R E V I S T A
J U R Í D I C A

Facultad de
Jurisprudencia y
Ciencias Sociales y
Políticas de la
Universidad Católica
de Santiago de
Guayaquil

2008/24

Director
Dr. Armando Serrano

Revista # 24
Carrera de Derecho
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil
www.ucsg-edu-ec.

Colaboración: Revista Jurídica
Apartado Postal 090111526
0904671
Guayaquil – Ecuador

La responsabilidad por los hechos, ideas y doctrinas
expuestos en esta publicación,
es exclusiva de los respectivos autores.

UNIVERSIDAD CATYLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y
CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

MIEMBROS DE CONSEJO DIRECTIVO

Dr. Iván Castro Patiño
Decano

Dr. Carlos Estarellas Velázquez
Director Carrera de Derecho

Lcda. Sandra Mendoza Vera
Directora de Carrera de Trabajo Social

Dr. Ernesto Salcedo Verduga
Profesor Representante Principal ante Consejo Directivo

Ec. Mercedes Arellano de Duque
Profesora Representante Suplente ante Consejo Directivo

Ab. Ma. Mercedes Ceprián Haz
Coordinadora Administrativa

Ab. Taryn Almeida Delgado
Coordinadora Académica

Sr. Juan Carlos León Cercado

Presidente Asociación de Estudiantes Carrera de Derecho
UNIVERSIDAD CATYLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

CONSEJO EDITORIAL

- DR. IVÁN CASTRO PATIÑO — PRESIDENTE
- DR. JOSÉ OSWALDO CASAS — ARGENTINO
- DR. RICARDO ARTEQUERA PARILLI — VENEZOLANO
- DR. PEDRO CARRASCO PARRILLA — ESPAÑOL
- DR. JAIME RODRÍGUEZ ARANA — ESPAÑOL
- DR. GUSTAVO ORTEGA TRUJILLO — ECUATORIANO
- AB. JOSÉ MIGUEL GARCÍA BAQUERIZO — ECUATORIANO
- DR. CÉSAR CORONEL JONES — ECUATORIANO
- DR. CARLOS SALMON ALVEAR — ECUATORIANO
- DR. MIGUEL HERNÁNDEZ — ECUATORIANO
- DR. JAVIER ZAVALA EGAS — ECUATORIANO
- DR. ROBERTO GÓMEZ-LINCE ORDEÑANA — ECUATORIANO

MENSAJE DEL DECANO

Ponemos a consideración de la comunidad universitaria y particularmente de profesores y alumnos de derecho, del Ecuador y el extranjero, la Revista Jurídica No. 24 que contiene 19 artículos sobre distintos campos del saber jurídico, escritos por ameritados profesores de diferentes universidades de América y Europa.

Este es el primer número de la Revista Jurídica que se edita bajo la dirección del Doctor Armando Serrano Carrión, a quien agradecemos por su dedicación. Su contenido será posible revisarlo, en su versión virtual, a través de la página web www.revistajuridicaonline.com en la que encontrarán, además, el contenido de, todos los números de nuestra Revista Jurídica desde su inicio en el año 1990, así como las obras que publicamos dentro del programa denominado "Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia", creado por esta Administración, con el auspicio de la M. I. Municipalidad de Guayaquil.

Confiamos que el rigor académico con el cual se analizan los diferentes temas que contienen los artículos de este nuevo número de nuestra Revista Jurídica ayudarán a consolidar su prestigio y servirán para suscitar inquietudes y profundizar el estudio de las ciencias jurídicas y sociales. Si ello se logra, habremos cumplido con uno de los aspectos primordiales de la misión de nuestra Facultad que es contribuir a la creación del nuevo derecho, analizándolo desde una postura crítica, a fin de adaptarlo a las cambiantes condiciones de la sociedad y a los nuevos contenidos que, a través de los años, van adquiriendo los permanentes valores de libertad, igualdad y justicia.

DR. IVÁN CASTRO PATIÑO

DECANO

NOTA DEL DIRECTOR

Efectuada la generosa designación por parte del Consejo Directivo, por intermedio del Dr. Iván Castro Patiño, Decano de la Facultad de Jurisprudencia, empeñé todos los esfuerzos necesarios para conseguir un ejemplar a la altura académica de los anteriores números de la Revista Jurídica, y además, obtener su indexación que, anhelamos ocurra hasta antes de fin de año.

A la presente fecha, hemos conseguido aportaciones valiosas no solamente del cuerpo docente de la Universidad Católica, con magníficos artículos respecto de temas de mucha actualidad, algunos directamente vinculados con el proceso constitucional que le toca enfrentar al país en los próximos días y que, esperamos sirvan de orientación para la reflexión académica en un tema tan profundo. Además, hemos logrado también, algunos artículos extraordinarios de destacados profesores internacionales, cuyo ilustrado criterio dará brillo a la presente edición.

En cuanto al proceso de la indexación, el SENACYT le concedió el registro ISSN, cuyo número es el 1390-4434 en formato impreso, y anhelamos que antes de concluido el presente año, podamos haber avanzado sustancialmente en el propósito de la acreditación final, que nos permitirá un reconocimiento e indexación, para propósitos académicos de nuestra querida revista jurídica.

Tenemos la firme convicción de que el esfuerzo colectivo para producir este ejemplar, estará a la altura de las ediciones anteriores, y sobre todo, constituirá un instrumento de investigación académica, que motivará a la consulta tanto a estudiantes, profesionales y catedráticos, con lo cual se cumpliría el propósito sustancial de este esfuerzo.

Saludos cordiales,
Dr. Armando Serrano Carrión

ÍNDICE GENERAL

Mensaje del **DECANO** ……..…….. 9

Nota de la **Dirección** ……. 11

PROPIEDAD INTELECTUAL

Derechos Humanos y Derechos de Propiedad Intelectual.
Dr. Santiago VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ. …… 19

El Contenido de los Derechos de Imagen y su posible Catalogación como Canon.
Dra. Soraya RODRÍGUEZ LOZADA ……..… 63

La Remuneración por Copia Privada y el Caso Ecuador.
Dr. Antonio PAZMIÑO YCAZA (1966) …….. 73

DERECHO CONSTITUCIONAL

La acción de cumplimiento en el Proyecto de nueva Constitución del Ecuador.
Dr. Iván CASTRO PATIÑO ……..……. 103

Poder Constituyente y Estado de Derecho.
Dr. Nicolás CASTRO PATIÑO ..……. 119

Régimen Procesal del Hábeas Data en el Ecuador.
Dr. Carlos SALMON ALVEAR ..…….. 133

¿Normativismo Radical o Normativismo Moderado?
Dr. Manuel ABANTO VASQUEZ ……... 187

DERECHO PENAL

La Prescripción de la Acción Penal.
Dr. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL ……..…... 257

Amparo de la Libertad.
Dr. Jorge ZAVALA BAQUERIZO ……..…. 281

Litigación Oral durante la Investigación Procesal Penal en el Ecuador.
Fernando YAVAR UMPIÉRREZ ..…….. 293

Neonaticidio.
María Laura QUIÑÓNES URQUIZA …….. 323

DERECHO TRIBUTARIO

El Delito de Defraudación Tributaria
Dr. Jorge ZAVALA EGAS ……..... 331

El Procedimiento de Recaudación Tributaria en España.
Dr. Pedro J. CARRASCO PARRILLA ……. 357

Reforma Tributaria 2008.
Dr. Armando SERRANO CARRIÓN ……. 375

DERECHO PROCESAL CIVIL

La Agregación de la Posesión del antecesor para alegar la Prescripción Extraordinaria de Dominio (Consulta).
Dr. Jorge G. ALVEAR MACÍAS ……..…..….. 399

El Uso de Documentos y Escritos en la Audiencia de Juicio Oral.
Dr. Alejandro DECASTRO ……..…. 409

DERECHO INTERNACIONAL

Concepto, Principios y Fuentes del Derecho Internacional Privado en el Ecuador.
Dr. Carlos ESTARELLAS VELÁZQUEZ ……..… 437

DERECHO SOCIAL

Los Colegios de Abogados en el Ecuador. Su Utilidad Social, y la necesidad de una Colegiatura obligatoria
Dr. Ernesto SALCEDO ORTEGA …… 445

La Libertad Religiosa y el Principio de Laicidad en los Centros Educativos de Francia: A propósito de las manifestaciones religiosas ostensibles en las aulas
Dra. María LOURDES LABACA ZABALA ……..… 457

Propiedad Intelectual

DERECHOS HUMANOS Y
DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Dr. Santiago Velázquez Velázquez

La presente ponencia tiene por objeto acreditar la vinculación existente entre los Derechos de Propiedad Intelectual y los Derechos Humanos, y más concretamente como los primeros son una especie de los segundos y coadyuvan a la vigencia y eficacia de otros derechos humanos.

Para el efecto revisaremos, en primer lugar, ciertas nociones sobre los Derechos Humanos; para luego, a partir de este marco, conceptualizar a los Derechos de Propiedad Intelectual y determinar varios puntos de convergencia e interacción entre estos derechos.

I. DERECHOS HUMANOS

I.1. FUNDAMENTOS.-

La fundamentación de los Derechos Humanos nos lleva, necesariamente, a pensar tanto en la concepción Positivista del Derecho como en la Iusnaturalista. De éstas dos concepciones primarias se han generado una serie de modelos que buscan conceptualizar lo que conocemos como Derechos Humanos.

En la actualidad la concepción más difundida y aceptada es la dualista que concibe a los Derechos como elementos éticos y jurídicos, debiendo destacarse que dentro de esta vertiente existen una serie de subcorrientes.

Por no ser el objeto principal de este trabajo analizar el fundamento de los Derechos Humanos simplemente destacaremos que la concepción dualista, a la que nos referimos, parte de una caracterización abstracta de los derechos morales que se nutren de situaciones espaciales y

temporales específicas para determinar las exigencias y pretensiones fundamentales, resultando en un punto intermedio entre el objetivismo y el no objetivismo. Se hace especial hincapié en la figura del hombre como sujeto moral racional cuyas decisiones se encuentran influenciadas por los valores sociales que imperan en la sociedad en la que nace y vive.

Esta teoría reconoce que la sociedad ha asumido una serie de valores y principios que se encuentran íntimamente vinculados a la persona en cuanto tal y a ésta como parte la sociedad. Estos valores y principios adquieren una dimensión jurídica cuando los ordenamientos positivos los incorporan, precisándose que estos sistemas normativos pueden ser de naturaleza internacional, regional, nacional, etc. Los derechos humanos buscan un fundamento común a la persona, pero reconociendo particularidades de tipo geográfico, cultural, histórico, entre otros.

En otras palabras los Derechos Humanos son inherentes a la naturaleza de la persona, y por tanto constituyen preceptos que no deben ser vulnerados por normas de carácter positivo.

Los Derechos Humanos, comúnmente, suelen denominarse Derechos Fundamentales aunque resulta más propio afirmar que los segúndos son los reconocidos por la Constitución de un ordenamiento jurídico concreto, pudiendo afirmarse que los Derechos Fundamentales son Derechos Humanos constitucionalizados.

I.2. ORIGEN HISTÓRICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.-

Las primeras formulaciones jurídicas de los Derechos Fundamentales se realizaron en Inglaterra a finales del siglo XVII en la denominada "Bill of Rights" en 1689, en Estados Unidos en las Constituciones Estatales, y en Francia en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Con el devenir del tiempo los Derechos Fundamentales han sufrido cambios que han generado su ampliación y expansión.

En la actualidad se habla de la existencia de varias generaciones de derechos, según el momento histórico en los que aparecieron, o por la naturaleza de los mismos.

En todo caso, es evidente que los primeros derechos en ser garantizados por los textos positivos son los conocidos como civiles y políticos, que consisten fundamentalmente en una delimitación negativa del ámbito de actuación del individuo, pues al ser derechos fundamentalmente de libertad imponen al poder público una obligación de abstención.

Los derechos económicos, sociales y culturales, a los que se conoce como de segunda generación, se caracterizan por ser derechos prestacionales es decir implican una actitud activa del poder público que debe realizar acciones concretas para hacerlos efectivos. Esta generación de derechos, para efectos de la presente exposición, tiene importancia por cuanto como se determinará posteriormente algunos de ellos tienen una vinculación estrecha con los derechos de propiedad intelectual, aclarándose que esto no excluye la circunstancia que los derechos intelectuales también se encuentran vinculados con otras generaciones de derechos humanos.

La tercera generación es la de los derechos colectivos que tienen fuertes vínculos con la propiedad intelectual y la cuarta generación es la conocida como derechos difusos.

Las clasificaciones de los derechos no significan, de modo alguno, que éstos no tengan relación entre sí, ni tampoco que puedan considerarse en forma aislada unos de otros. La conferencia de Derechos Humanos de Teherán de 1968 proclamó la indivisibilidad e interdependencia de los Derechos Humanos, destacando que los derechos civiles y políticos no pueden ser realizados en forma cabal sino existe un goce de los derechos económicos, sociales y culturales.

La Declaración y Programa de Acción de Viena originada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Junio de 1983 estatuye: "Todos los Derechos Humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí, la Comunidad Internacional debe tratar los derechos de manera global, de manera justa y equitativa y dándoles a todos un mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia

de las particularidades nacionales y regionales así como los diversos patrimonios históricos además los Estados tienen el deber, sean cuales fueran sus sistemas políticos, económicos y culturales de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales".

Puesto que los mayores puntos de contacto entre los Derechos Humanos y los de Propiedad Intelectual se dan en los denominados derechos de segunda generación (económicos, sociales y culturales) como el derecho a la salud, a la cultura, a la educación, entre otros, se vuelve necesario recalcar que éstos gozan de plena efectividad, y el hecho que el artículo segundo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, les de carácter progresivo de ninguna manera significa que sean de menor importancia que los de primera generación, y mucho menos que sean meras aspiraciones o enunciados generales. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a través de diversas observaciones ha destacado como dentro de las obligaciones, generadas del Pacto en cuestión, existen muchas que deben cumplirse en forma inmediata, adicionalmente la Comisión Internacional de Juristas que se reunió del 2 al 6 de Junio de 1986 dio nacimiento a los denominados Principios de Elimburgo que resaltan el carácter de vinculantes y de aplicación inmediata de los derechos que estamos comentando.

En cuanto a la titularidad de los Derechos Sociales se reconoce que corresponde a los hombres y mujeres miembros de los Estados partes del Pacto, pues la ratificación de éste ha generado verdaderos derechos en los nacionales de los países miembros, con la correspondiente protección de su ejercicio.

En el caso ecuatoriano es evidente que los derechos sociales son auténticos derechos, plenos y eficaces que constituyen una garantía para la democracia y el goce efectivo de los derechos individuales y políticos. Manifestamos lo anterior por cuanto la Constitución ecuatoriana en su artículo 18 no hace distinción alguna respecto de los derechos consagrados en la misma, al contrario expresamente establece la regla que en materia de derechos y garantías constitucionales se debe estar a la interpretación que favorezca a su vigencia. La Constitución ecuatoriana no determina a los derechos fundamentales como programáticos, ni destaca que se requiera para su aplicación y reconocimiento un desarrollo legislativo, por el contrario de sus prescripciones se infiere que puede

ser exigido su cumplimiento ante cualquier juez o autoridad administrativa.

II. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

II. 1. FUNDAMENTOS.-

Siguiendo al profesor Ricardo Antequera afirmamos que: "en sentido amplio, la Propiedad Intelectual es concebida como un espacio jurídico dentro del cual coexisten diversos sistemas normativos que protegen bienes de naturaleza incorporal de distintos órdenes."[1] Por tanto se caracteriza por referirse a bienes diferentes de los corporales y por su amplitud, pues no es meramente una rama del Derecho, sino que va más allá, ya que tiene conexiones con diversas ramas de éste y llega a ocupar un amplio espacio del mismo

Entre las diversas facetas de la Propiedad Intelectual se encuentran las relacionadas a bienes industriales, comerciales, artísticos, técnicos, científicos y literarios.

La Propiedad Intelectual se refiere a productos del intelecto, los derechos intelectuales protegen siempre el resultado de una actividad creativa, pero no deben confundirse con la forma a través de la cual se exteriorizan en su soporte material, tampoco deben confundirse los objetos protegidos por ésta con el mero trabajo intelectual, pues se trata de cosas distintas.

La expresión "Propiedad Intelectual" no siempre tiene el mismo alcance en las legislaciones, sin embargo en la actualidad se encuentra en un franco proceso de universalización para abarcar dos grandes sistemas: derechos de autor y propiedad industrial. Este concepto alcanzó carácter universal con la creación mediante el Convenio de Estocolmo de 1967 de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, organismo de las

[1] Antequera Parilli Ricardo, Artículo "La Propiedad Intelectual en sus Diversas Facetas" publicado en Congreso Internacional Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Propiedad Industrial. Homenaje al Dr. Ricardo Antequera, Tomo I, Universidad de Margarita, 2004, Pág. 16.

Naciones Unidas con competencia en materia de invenciones, diseños industriales, signos distintivos, obras literarias y artísticas, interpretaciones y ejecuciones artísticas, producciones fonográficas y emisiones de radiodifusión, es decir que dicha entidad actúa en temas de propiedad industrial, derechos de autor y derechos conexos.

Los derechos de propiedad intelectual tienen elementos específicos, los que en criterio de Robert Sherwood son lo siguientes:

- Son derecho de exclusiva, pues permiten a sus titulares excluir de su explotación y comercialización a terceros.
- Poseen mecanismos que permiten la creación del derecho.
- Tienen una duración limitada.
- Existen normas relacionadas a la comercialización del derecho de exclusividad.
- Existen medidas que rigen el flujo de productos intelectuales a través de las fronteras.
- Existen reglas expresas para hacer efectivo el derecho de exclusividad.

El alcance de la Propiedad Intelectual ha sido definido con acierto por la Corte Constitucional de Colombia en el fallo C-975-02 del 13 de noviembre del 2002 en el que expresa: "la Propiedad Intelectual comporta entonces, aquella disciplina normativa a través de la cual se busca proteger y asegurar las creaciones intelectuales surgidas del esfuerzo, el trabajo o la destrezas del hombre, que en todos los casos son dignas de obtener el correspondiente reconocimiento y salvaguarda jurídica. El concepto de propiedad industrial, abarca en un primer aspecto la propiedad industrial que se refiere esencialmente a la protección de las invenciones, las marcas comerciales y de fábrica, los diseños industriales, el nombre comercial, los modelos de utilidad, la enseñanza y el control y represión de la competencia desleal, y en un segundo aspecto, el derecho de autor, que comprende las obras literarias, científicas y artísticas, otorgando también la debida protección a los artistas, intérpretes y ejecutantes, a quienes son productores de fonogramas y a los propios organismos de radiodifusión respecto de su emisión".

Desde un punto de vista filosófico, los derechos de propiedad intelectual encuentran su justificación deontológica, en la teoría de Locke respecto del trabajo, en virtud de ésta todo individuo es titular de un

derecho de propiedad sobre su cuerpo y la apropiación de un objeto se efectúa a través de la aplicación del trabajo humano al mismo. Esta teoría permite afirmar la propiedad sobre los bienes intelectuales que son productos de la mente, asimismo explica el carácter temporal de los derechos de propiedad intelectual, y el porqué de un período mayor de protección a los derechos de autor que al titular de una patente.

Desde un punto de vista consecuencialista los derechos de propiedad intelectual se justifican por cuanto son, como afirma Michael Lehman, restricciones a la competencia en beneficio de la competencia.

Por otra parte Horacio Spector justifica la existencia de la propiedad intelectual en las siguientes razones:

a) por su estructura institucional basada en consideraciones de eficiencia económica; y
b) porque incorpora una variante posicional admisible desde un punto de vista deontológico, esto es, desde una perspectiva que respete el derecho de las personas al fruto de su esfuerzo y talento.

Desde una perspectiva histórica, la propiedad intelectual encuentra su justificación en el hecho que el concepto de riqueza ha variado a través del tiempo, puesto que en un momento histórico estaba asociado a la extensión del territorio que se tenía en propiedad. Posteriormente este concepto fue cediendo para entender la riqueza en relación a la propiedad de máquinas y materiales necesarios para la producción industrial, lo que cambió como consecuencia de la importancia que adquirieron las acciones, participaciones, bonos e instrumentos financiero comerciales en el mercado de capitales.

Actualmente como consecuencia del avance tecnológico y principalmente de las telecomunicaciones, se ha establecido un sistema de generación de riquezas basado en la mente, la información y el conocimiento. Hoy el trabajo intelectual y el conocimiento son determinantes en la economía mundial, en la que las ganancias de las empresas cada vez tienen una relación más estrecha y directa con sus activos intangibles, dentro de los que se encuentran los derechos de propiedad intelectual.

Dado el actual rol protagónico de la propiedad intelectual en la economía mundial, existen un sinnúmero de instrumentos internacionales sobre esta rama del Derecho, tanto más que las tendencias actuales determinan la integración comercial de los países, para lo que se celebra acuerdos entre éstos, en los que siempre uno de los temas es precisamente el de la propiedad intelectual, pues como bien afirma Marco Antonio Palacio: "en el esquema de las relaciones comerciales, la propiedad intelectual está incorporada en la agenda de las negociaciones dirigidas a la celebración de tratados de libre comercio o complementación económica y se ha constituido en un elemento esencial para asegurar un mayor flujo comercial de bienes y servicios lícitos"[2]

Existen ciertos hechos concretos que denotan la importancia de los derechos de Propiedad Intelectual:

1. Son fuentes creadoras de trabajo, por ejemplo, en el caso de los derechos de autor convergen varias industrias alrededor de éste, como las primarias, entre las que se encuentran editoriales, productores audiovisuales, industrias de diseño, agencias publicitarias, productoras de multimedia; secundarias, entre las que se encuentran las fábricas de equipo de producción, productoras de materia prima para fijación de obra en soportes materiales, fabricantes de instrumentos musicales, industrias de equipo de grabación y reproducción sonora; e industrias auxiliares, entre las que se encuentran imprentas, encuadernadoras de soportes gráficos, diseñadoras en portada de libros, carátulas de disco, así como de afiches de obras cinematográficas, estudios de grabación y montaje de fijaciones sonoras y audiovisuales. Pero adicionalmente a estas industrias que están vinculadas directamente con los derechos de autor, existen otras actividades económicas que se benefician de la explotación de las obras del ingenio, como por ejemplo restaurantes, discotecas, clubes, sistemas de transportes, organismos de radiodifusión, actividad publicitaria, el comercio de aparatos destinados al uso de soporte materiales de obras.

---

[2] Palacios Marco Antonio, Artículo "La Protección de los Derechos de Propiedad Intelectual y el Nuevo Escenario Económico Internacional" publicado en Congreso Internacional Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Propiedad Industrial, Homenaje al Dr. Ricardo Antequera, Tomo II, Universidad de Margarita, 2004, Pág. 746.

2. Estimulan la creación y la investigación a través de la protección del interés privado de los inventores.
3. Ponen a disposición de los miembros de la comunidad las invenciones hechas con anterioridad, facilitando el conocimiento del estado de la técnica industrial para que otros se aprovechen de los conocimientos ya conseguidos.
4. Fomentan la efectiva aplicación de los nuevos conocimientos tecnológicos.
5. Incentivan la cultura.

Mucho se ha criticado a los derechos de propiedad intelectual señalando que éstos tienden a establecer una forma de propiedad de las ideas y en consecuencia monopolios respecto de las mismas, afirmación ajena totalmente a la realidad pues ninguna de las vertientes de creaciones del ingenio humano –materia de los derechos de propiedad intelectual – trata de aquello, al contrario el principio que las ideas son y deben ser libres constituye un pilar de esta clase de derechos, pues sin él no cabe suponer siquiera la existencia de actividades creadoras.

Ninguna de las ramas de la propiedad intelectual ha sido establecida o delineada para proteger ideas en abstracto, tienen que ver con la protección de la novedad, originalidad y rasgos meritorios de las mismas.

II.2. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Como se ha mencionado, la amplitud de los derechos de propiedad intelectual ha originado que los mismos sean agrupados según determinadas características para su mejor análisis y comprensión, resaltándose con claridad la división entre los derechos de autor y los denominados de propiedad industrial.

En el caso del Ecuador la Ley de Propiedad Intelectual realiza la siguiente clasificación;

a) Derechos de autor y derechos conexos, se encuentran agrupados en el primer libro.
b) El libro segundo versa sobre los derechos de propiedad industrial en los que se encuentran las patentes de invención, modelos de

utilidad, certificados de protección, dibujos y modelos industriales, esquemas de trazados de circuitos semiconductores, información no divulgada, marcas, nombres comerciales, apariencias distintivas e indicaciones geográficas.

c) El libro tercero versa sobre las obtenciones vegetales y el cuarto sobre la competencia desleal.

Naturalmente todas la figuras jurídicas antes indicadas obedecen a los mismos principios generales y son consideradas como derechos de propiedad intelectual por el legislador, por lo que cualquiera que sea su naturaleza deben estar acordes con las disposiciones constitucionales y respetar los derechos humanos.

II.3. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de Bogotá de 1948 en su artículo XIII señala: "Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor."

Posteriormente, el 10 de Diciembre de 1948, tiene lugar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 27 1. señala: "Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora."

La Convención Americana sobre Derechos Humanos también conocida como "Pacto de San José de Costa Rica" de 1969 en el artículo 26 del Capítulo III denominado de los Derechos Económicos, Sociales y

Culturales establece: "Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" consagra, entre otros, los derechos a la cultura, a la salud, a la familia, etc.

Por la importancia del tema es necesario hacer puntualizaciones sobre la naturaleza de estos instrumentos, dos de ellos son Declaraciones, esto es en sentido estricto no son Tratados Internacionales, sin embargo es indudable que son fuente del Derecho Internacional, pues en éste existen varias fuentes, como se puede apreciar no sólo de la doctrina, sino de disposiciones constantes en Tratados, por ejemplo el artículo 38 del Tratado relativo a la Corte Internacional de Justicia señala como fuentes del Derecho Internacional las siguientes: convenciones, costumbre internacional, principios Generales de Derecho Internacional, las decisiones judiciales y la doctrina. El contenido de esta norma no es más que la reproducción del articulo 38 del Tratado de la Corte Permanente de Justicia Internacional y contiene la misma enumeración a la que se refería la Décimo Segunda Convención de La Haya de 1907. Pero tal como señala Marco Monroy, en su obra de Derecho Internacional Público, existen otras Fuentes del Derecho Internacional como las resoluciones de la Corte Internacional de Justicia, la legislación Internacional y el acto unilateral.

Es indudable, en la actualidad, el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 a pesar que ésta no es formalmente un Tratado Internacional.

En cuanto al Protocolo de San Salvador, por su categoría jurídica se puede afirmar es accesorio al Pacto de San José de Costa Rica.

En materia de Derecho Internacional ocupan un lugar destacado los principios generales del derecho que son, en palabras de Truyol y Serra, "exigencias éticas inmediatamente aplicables en orden a las relaciones internacionales de cada época o situación histórica. Estas exigencias son válidas independientemente que sean o no recogidas por las fuentes formales de creación del Derecho Internacional"[1].

Por su parte el Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se refiere a las denominadas normas de ius cogens, como: "normas imperativas de derecho internacional general, es una norma aceptada y reconocida por la comunidad general de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter".

El artículo 103 de la Carta de Organización de las Naciones Unidas le otorga primacía a este instrumento internacional respecto de los diversos convenios que puedan suscribir los Estados cualquiera fuera la naturaleza de éstos. Dicha disposición es del siguiente tenor: "En caso de conflicto entre las obligaciones contraidas por los miembros de las Naciones Unidas, en virtud de la presente carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquiera otro Convenio Internacional prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente carta".

La Propiedad Intelectual ha tenido también un reconocimiento constitucional en el Ecuador, pues el tercer inciso del artículo 30 de la Carta Política ecuatoriana establece: "Se reconocerá y garantizará la propiedad intelectual en los términos previstos por la Ley y de conformidad con los Convenios y Tratados vigentes".

III. PUNTOS DE CONVERGENCIA ENTRE DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS INTELECTUALES.

[1] TRUYOL Y SERRA. Citado por MONROY CABRA, Marco Gerardo. "Derecho Internacional Público". 5 ta Edición. Editorial Temis. Bogotá, 2002. Pág. 91.

En primer lugar se aclara que el subtítulo enunciado tiene por objeto resaltar circunstancias o derechos específicos donde claramente la Propiedad Intelectual se refiere a Derechos Humanos pero, como se ha mencionado, en realidad la Propiedad Intelectual es un Derecho Humano.

Los fundamentos de la Propiedad Intelectual se encuentran en los aspectos constitutivos del ser humano, y ésta es inherente a la persona debiéndose por lo tanto proteger adecuadamente a los derechos intelectuales para permitir un desarrollo adecuado e integral de la persona.

Con la aclaración precedente vamos a indicar como algunos de los derechos intelectuales repercuten directamente en la vigencia y desarrollo adecuado de otros derechos humanos. De ninguna forma los puntos a desarrollarse deben ser considerados como únicos, pues se tratan de meros ejemplos.

III.1. LOS DERECHOS DE AUTOR Y LOS DERECHOS HUMANOS

III.1.1. NOCIÓN Y CONTENIDO DE LOS DERECHOS DE AUTOR.

Los derechos de autor protegen fundamentalmente la forma de expresión mediante la cual las ideas del autor son descritas, desarrolladas, explicadas o incorporadas a las obras del ingenio. La protección a las obras tiene lugar prescindiendo de su mérito, género o finalidad. Los derechos de autor son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra y su goce o ejercicio no está supeditado al registro o trámite de ninguna naturaleza.

El contenido de los derechos de autor es sumamente amplio y comprende dos clases de derechos, los morales y los patrimoniales.

Los primeros son irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles, y consisten en: reivindicar la paternidad de la obra; mantener la obra inédita; exigir que se mencione el nombre del autor o su seudónimo cada vez que se utilice la misma; oponerse a deformaciones, mutilaciones o modificaciones de la obra; acceder al ejemplar único o raro de la misma que se encuentra en posesión de un tercero.

Los derechos patrimoniales hacen relación a la potestad de explotar la obra en cualquier forma y obtener por ello beneficios. El contenido de este derecho de explotación está dado por la facultad de realizar, producir o prohibir:

- La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
- La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
- La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
- La importación; y,
- La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

La explotación de la obra por cualquier forma, y especialmente mediante cualquiera de los actos enumerados es ilícita sin la autorización expresa del titular de los derechos de autor, salvo las excepciones previstas en la Ley.

Importante es resaltar que pese a que la persona jurídica puede ser titular de los Derechos de Autor solamente la persona natural puede ser autor.

A continuación procuraremos esbozar una serie de ejemplos, bajo los cuales se podrá apreciar como los derechos de propiedad intelectual, y en el caso que nos ocupa los derechos de autor, reportan un beneficio al ejercicio y expansión de los derechos humanos:

III.1.2. DERECHOS DE AUTOR Y DERECHO A LA IDENTIDAD

Los primeros instrumentos internacionales que se refirieron al derecho a la identidad, circunscribieron el mismo a la necesidad imperiosa que toda persona sea dotada de un nombre que le permita distinguirse de los demás y que éste sea registrado en un archivo público especial para estos fines.

Instrumentos normativos más recientes como la Convención sobre los Derechos del Niño suscrita el 20 de Noviembre de 1989 en Nueva York amplían el ámbito de este derecho y señalan que la identidad de la persona va más allá de lo indicado y que se extiende al derecho de contar

con una nacionalidad e incluso alude en forma expresa a las relaciones familiares.

Consideramos que esta noción del derecho a la identidad de las personas no debe ser entendida en sentido literal sino, que debemos interpretar la misma en la forma que permita más adecuadamente comprender e identificar las diversas circunstancias y elementos de carácter social, político, cultural y económico que generan que una persona tenga unas determinadas características que constituyen su núcleo esencial como ser humano.

Los derechos de autor, como se ha mencionado, protegen la forma de expresión de las ideas que constituyen las obras, lo que para el caso puntual reviste trascendental importancia pues las manifestaciones artísticas, literarias, cinematográficas, científicas, constituyen aportes significativos en la vida de la comunidad, que influyen directamente en los miembros de ese conglomerado, transmitiéndoles valores e ideas, que van a constituirse en elementos forjadores de la identidad de las personas.

El derecho a la identidad, en cuya vigencia apropiada tienen un rol protagónico los derechos autorales, ha adquirido en la actualidad relevancia pues el mundo exige el respeto a la pluriculturalidad, la cual incluso ha merecido el reconocimiento por parte de textos constitucionales como el ecuatoriano. Vale la pena resaltar que el debate entorno a la multiculturalidad se encuentra en íntima vinculación con la noción de los derechos humanos.

III.1.3. LOS DERECHOS DE AUTOR Y EL DERECHO A LA CULTURA

Como se expresó con anterioridad los llamados derechos de segunda generación -entre los cuales consta el derecho a la cultura- son verdaderos derechos y por tanto exigibles por los seres humanos.

Un desarrollo integral del ser humano no puede darse prescindiendo de un real acceso a la cultura. Los derechos de autor constituyen un importante vehículo que permite al ser humano acceder a la cultura, en tanto en cuanto, estimulan la creación intelectual e incentivan las

manifestaciones artísticas y literarias, cuyo desarrollo no sería, posible en los términos que hoy conocemos, sin un sistema normativo apropiado que permita conocer a los artistas y personas en general, que el dar rienda suelta a sus talentos e imaginación va a ser debidamente reconocido y conservado por la sociedad, pues los derechos morales protegen la integridad de la obra y los patrimoniales permiten que el autor pueda generarse recursos para satisfacer sus necesidades vitales.

La relación entre la cultura y los derechos intelectuales se encuentra en la esencia misma de la protección de los derechos autorales, incluso podemos afirmar que el Convenio de Berna de 1886, que es un instrumento pensado para la protección de los Derechos de Autor, contiene disposiciones que terminan siendo protectoras del derecho a la cultura.

El concepto de cultura que inicialmente era restringido en cuanto a su amplitud ha sufrido, al igual que el de identidad, al que nos referimos anteriormente, una evolución que ha llevado a una expansión del mismo. Actualmente no es posible hablar de cultura sin considerarla como un patrimonio de las mayorías, como un verdadero conjunto de expresiones sociales, de formas de vida (entendiéndose como parte de aquella las costumbres, prácticas, religión, normas de comportamiento, etc).

La cultura, rescatándola en su verdadera repercusión como expresión de la identidad de los seres humanos y como factor esencial de nuestra evolución, reviste tal importancia que la Organización de las Naciones Unidas creo en el año de 1945 la denominada Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Dicha entidad fue creada para "Contribuir a la conservación de la paz y de la seguridad estrechando, mediante la educación, la ciencia y la cultura, la colaboración entre las naciones con el fin de asegurar el respeto universal de la justicia, de la ley, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, de sexo, de idioma o de religión, que la Carta de las Naciones Unidas reconoce a todos los pueblos"[2].

La UNESCO, en su Declaración de México del año 1982, refirió:

[2] http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=6206&URL_DO= DO_TOPIC&URL_SECTION = 201.html

"...que la cultura da al hombre la capacidad de reflexionar sobre sí mismo. Es ella la que hace de nosotros seres específicamente humanos, racionales, críticos y éticamente comprometidos. A través de ella discernimos los valores y efectuamos opciones. A través de ella el hombre se expresa, toma conciencia de sí mismo, se reconoce como un proyecto inacabado, pone en cuestión sus propias realizaciones, busca incansablemente nuevas significaciones, y crea obras que lo trascienden."[3]

El Congreso de Hamburgo de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores realizado en 1956 aprobó la "Carta del Derecho de Autor" que, entre otras cosas, señala: "Es preciso evitar el confundir la idea de protección de los intereses generales que implica la libre difusión de la cultura y de la información, con la idea de la protección de los intereses industriales y comerciales que se derivan de la explotación de las obras del espíritu. El interés del autor es ver sus obras divulgadas lo más extensamente posibles y es protegiendo la creación intelectual en su origen como se favorece de la manera más eficaz el desarrollo general de la cultura y su difusión en el mismo"[4].

En este sentido, como señala el profesor Jesús Pietro de Pedro, los derechos de autor convergen y se asocian claramente con este derecho humano, ya que a través de éstos se puede comprender al derecho a la cultura en su real dimensión es decir como aquel "que garantiza el desarrollo libre, igualitario y fraterno de los seres humanos en esa capacidad singular que tenemos de poder simbolizar y crear sentidos de vida que podemos comunicar a otros"[5].

Varios instrumentos internacionales han recogido en sus textos esenciales mecanismos de protección sobre los derechos culturales. En este orden podemos rescatar:

---

[3] http://es.wikipedia.org/wiki/Cultura

[4] "Carta del Derecho de Autor" publicada en el "Derecho de Autor en América". Consejo Panamericano de la CISAC. Buenos Aires, 1969. pp. 17-28 citado por Antequera Parilli, Ricardo. "Derecho de Autor". Material de Derechos de Autor de la Especialización en Propiedad Intelectual e Industrial dictado por el Sistema de Posgrados de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2005.

[5] PIETRO DE PEDRO, Jesús. "Derechos Culturales y Desarrollo Humano". Revista de Cultura Piensa Iberoamérica en http://www.oei.es/pensariberoamerica/ric07a07.htm

Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966:
Y el Protocolo de San Salvador que en su artículo 14, señala:
"Derecho a los Beneficios de la Cultura:

1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a:

a. participar en la vida cultural y artística de la comunidad;
b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;
c. beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte.
3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
4. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia."

En el Ecuador los artículos 62 al 65 de la Constitución Política de la República destacan la importancia de la cultura como derecho fundamental de las personas, explícitamente se indica que ésta es patrimonio del pueblo y elemento esencial de su identidad.

III.1.4. DERECHOS DE AUTOR Y DERECHO A LA EDUCACIÓN

El derecho a la educación es un derecho humano de segunda generación cuyo fundamento esencial es permitir a todas las personas el desarrollo de una armónica relación con sus congéneres, la explotación óptima de sus potencialidades y la consecución de las expectativas de

vida en el marco del respeto y absoluto conocimiento de los derechos del hombre.

La educación entendida como un proceso de retroalimentación destinado a compartir los elementos culturales que constituyen los pilares de una sociedad tiene y tendrá una relevancia suprema frente al desarrollo –político, social y económico- de los pueblos y a la prevalencia de un estado de paz.

Los procesos educativos sin duda alguna propenden a la concienzación de los individuos, quienes dotados de identidad, pueden con las herramientas necesarias iniciar, desde temprana edad, su proceso de integración social y fomento de la ciencia y la creación artística.

Expresada como está la singular importancia que reviste la educación para el efectivo goce de otros derechos humanos es menester indicar que, sin duda este proceso educativo continuo y permanente requiere de la existencia de personas que consagren sus esfuerzos y recursos a la investigación, análisis y desarrollo de actividades científicas y culturales en general.

Naturalmente surge la necesidad de contar con instrumentos efectivos que alienten las producciones intelectuales indicadas, uno de estos incentivos es el sistema de derechos de autor que brinda la protección adecuada para lo mencionado.

En realidad el derecho a la educación, como cualquier derecho humano, es interdependiente y complementario con los otros, pero especialmente podemos apreciar este particular con los derechos antes comentados, esto es a la identidad y a la cultura.

Mucho se ha referido respecto de los sistemas de protección a los intereses de los autores, que así como constituyen un incentivo para éstos, pueden llegar a convertirse en trabas para la circulación del conocimiento y de las expresiones culturales atentando por tanto contra los derechos fundamentales referidos.

Sin embargo esta apreciación que, a priori, pareciera ser fundamentada carece de asidero, pues los sistemas de protección a los derechos autorales no son conjuntos normativos rígidos e inflexibles, sino que al

contrario efectivamente cumplen con el postulado de considerar a la persona como el centro de la actividad normativa, y por tanto contienen disposiciones expresas que facultan, sin lesionar los derechos de autor la utilización de las obras en ciertas circunstancias en que un bien jurídico superior al derecho del autor lo exige.

Así por ejemplo, siempre que se respeten los usos honrados y no atenten a la normal explotación de la obra ni causen perjuicio al titular de los derechos, se permite:

La inclusión en una obra de fragmentos de obras ajenas, cuando se realiza a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Utilización que sólo podrá efectuarse con fines docentes y de investigación.

La ejecución de obras musicales en actos oficiales de instituciones del Estado o ceremonias religiosas, de asistencia gratuita.

La reproducción, distribución y comunicación pública de artículos y comentarios sobre sucesos de actualidad y de interés colectivo difundidos por medios de comunicación social siempre que se mencione la fuente y nombre del autor.

La difusión por la prensa o radiodifusión con fines informativos de conferencias, discursos y obras similares divulgadas en reuniones públicas sobre asuntos de interés general.

Las lecciones y conferencias dictadas en universidades, colegios y escuelas y centros de educación podrán ser recogidas por las personas a quienes van dirigidas para su uso personal.

La reproducción o comunicación de una obra divulgada para actuaciones judiciales o administrativas.

El derecho a la educación se encuentra contemplado y protegido en instrumentos de carácter internacional de Derechos Humanos tales como: La Declaración de los Derechos Humanos (artículo 26); El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 13) y el Protocolo de San Salvador.

III. 1.5. DERECHOS DE AUTOR Y DERECHO A LA INFORMACIÓN

El derecho a la información, en términos del investigador mexicano Sergio López Ayllón, "comprende tres facultades interrelacionadas las de buscar, recibir o difundir informaciones, opiniones o ideas, de manera oral o escrita, en forma impresa, artística o por cualquier otro procedimiento".[6]

Comprendemos, entonces, que el derecho a la información constituye un verdadero derecho humano que encierra indiscutiblemente la capacidad que tiene todo hombre de comunicarse libremente, receptar o difundir un hecho para propiciar su desarrollo vital y una cabal práctica de la democracia en términos de respeto a las libertades y el cumplimiento de obligaciones.

En este punto podemos resaltar que el derecho a la información supone dos facetas: una individual y otra colectiva. La primera referida como una libertad fundamental de todo ser humano para expresarse sobre su entorno y su realidad y la segunda cuando se proyecta al plano institucional o corporativo (circunscrito a los medios de comunicación colectiva).

De acuerdo a lo expresado en el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 13 inciso 1) los ciudadanos no son meros agentes receptores de la libertad de expresión monopolizado por una minoría: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier procedimiento de su elección".

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 establece en el artículo 19 que "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

---

[6] http://www.bibliojuridica.org/libros/1/7/5.pdf

El derecho a la información en su relación con los derechos autorales se encuentra en una circunstancia similar a la que ocurre entre los citados derechos intelectuales y los derechos humanos de acceso a la cultura y a la educación, esto es determinar si se trata de intereses contrapuestos o al contrario, constituyen intereses preexistentes bajo un justo equilibrio.

Consideramos que la normativa de derechos de autor en relación a la información justamente logra el punto medio referido, pues el derecho de autor no es absoluto y tiene limitaciones expresas en circunstancias que corresponde a cada legislación, ponderando los intereses en juego, determinar.

El Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas en su artículo 9 no. 2 reserva a las legislaciones internas de los miembros de la Convención permitir la reproducción de las obras en casos especiales siempre y cuando esto no cause un perjuicio injustificado para el autor.

En consecuencia no existe, a ciencia cierta, un óbice creado por el derecho autoral para que la información pueda ser buscada, recibida y comunicada: siempre y cuando aquello se cumpla dentro de ciertos parámetros, pues de lo contrario las obras del intelecto humano pasarían a ser consideradas como cualquier mercadería.

El Tratado de la Organización de Propiedad Intelectual sobre Derechos de Autor de 1996 en su Preámbulo formula la necesidad de mantener un equilibrio entre el derecho de los autores y los intereses del público en general en el ámbito educativo y el acceso a la información.

III.2. LOS DERECHOS CONEXOS A LOS DERECHOS DE AUTOR Y LOS DERECHOS HUMANOS

En muchas ocasiones la obra del autor, es conocida y por tanto incorporada a la cultura a través de la actividad de terceras personas: artistas, intérpretes y ejecutantes quienes por la naturaleza de sus actividades y el indudable aporte que realizan con su accionar son objeto de protección de los derechos intelectuales.

Naturalmente su situación jurídica no es exactamente igual a la de los autores propiamente dichos por lo que los derechos que les corresponden se denominan "conexos".

Estos derechos, al igual que los autorales, se encuentran en íntima relación con los derechos humanos y podemos predicar de ellos lo que hemos referido al ilustrar la relación entre los derechos humanos y los derechos de autor.

III.3. LAS EXPRESIONES DEL FOLCLORE Y LOS DERECHOS HUMANOS

Las expresiones del folclore han sido abordadas para su protección en ocasiones a través del sistema de derechos de autor, pero en la actualidad la opinión mayoritaria es que se tratan de expresiones sui géneris que deben ser protegidas como tales.

La Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador define a las expresiones del folclore de la siguiente forma:

"Art 7. Para los efectos de este Título los términos señalados a continuación tendrán los siguientes significados:

…Expresiones del folklore: Producciones de elementos característicos del patrimonio cultural tradicional, constituidas por el conjunto de obras literarias y artísticas, creadas en el territorio nacional, por autores no conocidos o que no se identifiquen, que se presuman nacionales del País, de sus comunidades étnicas y se transmitan de generación en generación, de manera que reflejen las expectativas artísticas o literarias tradicionales de una comunidad…".

Como se infiere de la definición las expresiones del folclore abarcan un sinnúmero de obras y actividades, que contienen en la mayor parte de las ocasiones el resultado de un proceso prolongado de interacción e intercambio de conocimientos y actividades de personas que tienen una identidad cultural común.

Generalmente, los países en vías de desarrollo suelen tener un gran acervo de expresiones de esta clase que, por razones inherentes a su

calidad de países no desarrollados, no pueden preservar o promover con la eficacia deseada.

Afortunadamente, existe ya en las diversas latitudes mundiales conciencia de la necesidad de proteger al folclore para impedir que estas manifestaciones sean desnaturalizadas, o lo que es peor atribuidas a quienes nada tienen que ver con las mismas.

En el orden internacional, el Acta de París de 1970 del Convenio de Berna establece en el artículo 15 una disposición introducida en la Revisión de Estocolmo de 1967 referida a las obras no publicadas en que resulte desconocida la identidad del autor, disposición que, en opinión de Delia Lipcszyc, tiene por objeto la protección de las obras del folclore, aunque no lo mencione explícitamente por la dificultad de definirlas con exactitud. Dicha disposición opta por exigir el cumplimiento de tres condiciones acumulativas: debe ser una obra no publicada, de autor desconocido y todo debe hacer suponer que el autor es nacional de un país de la Unión de Berna.

En 1982 un Comité de expertos reunido en Ginebra por parte de UNESCO y de la OMPI aprobó las disposiciones tipo para la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras explotaciones lesivas.

En estas disposiciones se utilizan los términos expresiones y producciones del folclore en lugar de referirse a obras del folclore para destacar que se trata de disposiciones sui géneris y diferenciarlas del derecho de autor.

Se hace alusión al patrimonio artístico, exceptuando de las manifestaciones del folclore a las creencias y leyendas. Se aceptan que las expresiones del folclore puedan expresarse mediante palabras, sonidos, movimientos corporales o expresiones incorporadas en objetos materiales. Como excepciones se señalan y por tanto constituyen utilizaciones lícitas de las expresiones del folclore sin algún tipo de autorización de autoridad competente o de comunidad involucrada:

- Las actividades pedagógicas,
- Las utilizaciones con fines de ilustración,

- La toma de elementos del folclores para la creación de una obra original; y,
- La utilización incidental.

En la recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular aprobada por la conferencia general de la UNESCO en su Vigésima Quinta reunión se definió a la cultura tradicional y popular como: "el conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición expresadas por un grupo o por individuos y que reconocidamente responde a las expectativas de la comunidad en cuanto expresión de su identidad cultural y social. Las normas y los valores se transmiten oralmente por imitación o de otras maneras. Sus formas comprenden entre otras: la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los titos, las artesanías, la arquitectura y otras artes".

En el ámbito de los derechos humanos la protección a las expresiones del folclore se encuentran relacionadas directamente con los denominados derechos colectivos o de tercera generación. Cabe manifestar que dentro de la enumeración de estos derechos colectivos se hayan alusiones a derechos sociales y culturales, lo que no es extraño por la tantas veces mencionada interdependencia de los derechos humanos.

Los derechos de tercera generación conocidos con el nombre de colectivos, comenzaron a tener relieve en la segunda mitad del siglo XX, prueba de esto es que en 1957 se adoptó el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo que versa sobre pueblos Indígenas y Tribales.

Sin embargo se considera como punto de inicio de esta generación de Derechos a la Declaración Universal de los Pueblos de Argel de 1976.

Para referirse a esta generación de derechos algunos autores utilizan las expresiones "derechos étnicos" o "derechos de la solidaridad". Los derechos colectivos se caracterizan por pertenecer a comunidades que tienen elementos en común como costumbres, territorio, lengua, entre otros, que deben ser respetados y conservados por lo que se denomina "civilización occidental" por tanto protegen a las diversas culturas del "universalismo".

En el Ecuador la reforma constitucional de 1995 introdujo en el artículo primero de la Carta Política el carácter del estado ecuatoriano de pluricultural y multiétnico, lo que sin duda es el antecedente de la consagración de los derechos de los pueblos indígenas en la Codificación de la Constitución que nos rige desde 1998.

El capítulo 5 del Título III de la Constitución vigente "De los Derechos Colectivos" se encuentra dividido en tres secciones: De los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos, Del medio ambiente y De los consumidores. De estas secciones las dos últimas corresponden en realidad a derechos difusos.

Uno de los puntos más controvertidos en este tema de los derechos colectivos es el de la titularidad de los mismos, lo que nos lleva a determinar el alcance del término "pueblo" y la pertinencia de la utilización de este vocablo. Esto se aprecia con claridad en lo acontecido con el "Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas", el cual entre otros motivos por el uso del término "pueblo" no ha podido ser aprobado.

Este proyecto ha sido criticado por el Comité Jurídico Inter-americano que sugiere se utilice la palabra "poblaciones" en lugar de "pueblos", así como por las propias poblaciones indígenas. Sobre este punto José Luis Nieto expresa:

"En relación a la segunda y tercera cuestiones, el Proyecto de Declaración utiliza la expresión pueblo de la siguiente manera:

1. Esta Declaración se aplica a los pueblos indígenas, así como a los pueblos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otras secciones de la comunidad nacional, y cuyo status jurídico es regulado en todo o en parte por sus propias costumbres o tradiciones o por regulaciones o leyes especiales.
2. La autoidentificación como indígena deberá considerarse como criterio fundamental para determinar los pueblos a los que se aplican las disposiciones de la presente declaración.
3. La utilización del término pueblos en esta Declaración no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que

atañe a otros derechos que puedan atribuirse a dicho término en el derecho internacional"[7]

Otro de los aspectos importantes en este tema es el de dimensionar si los titulares de estos derechos colectivos son los pueblos en su conjunto o los miembros de éstos individualmente considerados.

Aspecto que toma más relevancia si consideramos que aceptar la primera posición nos llevaría a consideraciones sobre la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, negros o afroecuatorianas.

No compartimos la tesis sobre la exigencia de dotar de personalidad jurídica a los pueblos indígenas, negros o afroecuatorianos, para que éstos puedan exigir sus derechos, por las siguientes razones:

El tema de los derechos humanos es de tal importancia que su tratamiento desborda consideraciones clásicas y figuras procesales rígidas en torno a la legitimación activa que son más propias de otras ramas del Derecho.

El beneficio último de la vigencia y aplicación de los derechos humanos lo recibe la persona natural, aunque desde luego el beneficio de la comunidad como tal es innegable.

Sobre este punto debemos tener presente al artículo 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos que señala: "cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de derechos de esta Convención por un Estado parte".

Por lo anterior consideramos que la titularidad de estos derechos reconocidos a los pueblos indígenas, negros o afroecuatorianas, no necesariamente deberá ser de carácter colectivo, pues pueden presentarse peticiones individualmente por miembros de dichas colectividades. Incluso una persona no perteneciente a estos pueblos puede presentar

[7] REVISTA DE DERECHO. FORO. Área de derecho. Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación Editora Nacional. Numero 2. 2003-2004. Quito. Pág 118.

una denuncia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violación de los derechos de éstos.

En el Ecuador los derechos colectivos de los pueblos indígenas, negros o afroecuatorianas, se encuentran consagrados y protegidos fundamentalmente por los artículos 84 y 191 de la Constitución y por el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales suscrito el 27 de junio de 1989, que es conocido como el Convenio de la OIT No.169.

De estos derechos colectivos resultan pertinentes para esta ponencia las siguientes:

A. Derechos sobre identidad y tradiciones.-

El número 1 del artículo 84 de la Constitución del Ecuador se refiere al desarrollo y fortalecimiento de la identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico, norma que no hace más que incorporar al texto constitucional lo dispuesto en la letra b) del número 2 del artículo 2 del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales citado en líneas anteriores, que impone a los estados la obligación de adoptar medidas para promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones.
A estos derechos, también aluden los artículos 3, 62, 66, 69, y número 12 del artículo 97 de la Constitución del Ecuador a los que nos referimos anteriormente.

En realidad, estos derechos constituyen la base de los demás derechos colectivos, pues el reconocimiento de las tradiciones, costumbres, identidad, cultura es lo que determina la necesidad de garantizar por ejemplo la propiedad sobre sus tierras, la propiedad intelectual de sus conocimientos ancestrales, etc.

B. Derecho a la propiedad intelectual de sus conocimientos ancestrales

Este derecho constituye sin duda uno de los tópicos de mayor debate en la actualidad por los expertos en propiedad intelectual, pues el inmenso valor de los bienes intelectuales atribuidos a

conocimientos ancestrales hacen que el tema se encuentre en constante estudio y debate.

La propiedad intelectual es sumamente amplia y recoge diversos aspectos, evidentemente en el tema que nos ocupa fundamentalmente las referencias deben hacerse a derechos de autor, patentes y obtenciones vegetales. La amplitud e importancia de la propiedad intelectual se pone de manifiesto en una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia en el caso identificado como C-975-02 del 13 de noviembre del 2002, la misma que fue citada en su parte pertinente al inicio de este trabajo.

En desarrollo de este derecho de los pueblos indígenas, negros o afroecuatorianos encontramos las siguientes normas que forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano:

El artículo 3 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que señala: "los Países Miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. En tal virtud, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional".

El artículo 26 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina versa sobre el contenido de solicitud de una patente, y para el tema que nos interesa contiene el siguiente enunciado en su letra i): "de ser el caso, la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, negra o afroamericanas o locales de los Países Miembros, cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países Miembros

es país de origen, de acuerdo a lo establecido en la Decisión 391 y sus modificaciones y reglamentaciones vigentes"

III.4. LA PATENTE DE INVENCIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS.

III.4.1. CONSIDERACIONES GENERALES

La patente de invención tiene por objeto, entre otras cosas, estimular la investigación fundamentalmente en el campo de la tecnología para lo cual confiere al inventor la capacidad de excluir de la utilización de su invento a las personas que carezcan de su autorización para el efecto.

La obtención de la patente de invención presupone el cumplimiento de tres requisitos: novedad, nivel inventivo y nivel industrial.

El primero de ellos, la novedad, hace alusión al estado de la técnica, se considera novedoso a todo lo que no haya sido accesible al público a través de una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente.

El nivel inventivo se lo determina considerando si una invención puede derivarse, de manera evidente, del estado de la técnica o resultar obvia para una persona del oficio normalmente versada en la materia.

Por otra parte, la aplicación industrial tiene que ver con la posibilidad de utilizar la invención en cualquier actividad productiva incluidos los servicios.

A diferencia de los derechos de autor, la patente de invención requiere ser concedida previo el cumplimiento de los requisitos indicados, y otras particularidades expresamente consignadas en el trámite correspondiente.

Se suele manifestar, en forma equivocada que este instituto jurídico ocasiona el surgimiento de monopolios y constituye un obstáculo para que las personas puedan acceder a determinadas conquistas tecnológicas

que posibiliten el respeto y conservación de derechos humanos fundamentales, tales como la salud y la vida.

Sin embargo, esta apreciación es errónea pues justamente la misión de la patente de invención es incentivar la investigación y estimular la inversión en las áreas científicas y tecnológicas. Sin esta inversión y producción no existirían, seguramente, muchos de los adelantos que actualmente hay en la civilización.

Por otra parte, no es cierto que las patentes de invención generen monopolios, entre otros motivos esta afirmación queda desvirtuada con la institución de las licencias obligatorias y por el hecho que la protección del inventor tiene un límite temporal.

Las patentes de invención tienen relación directa con algunos derechos humanos como por ejemplo el derecho a la salud y con los derechos colectivos en virtud de los denominados conocimientos ancestrales.

Antes de entrar a revisar las relaciones indicadas, es importante precisar que no todo objeto es susceptible de patentamiento, a pesar de poder ser una invención y además existen ciertos casos que no se consideran invenciones.

En tal sentido los artículos 15 y 20 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina prescriben:

"Artículo 15.- No se considerarán invenciones:

a) los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos;
b) el todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural;
c) las obras literarias y artísticas o cualquier otra protegida por el derecho de autor;
d) los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, juegos o actividades económico-comerciales;
e) los programas de ordenadores o el soporte lógico, como tales; y,

f) las formas de presentar información.

Artículo 20.- No serán patentables:

a) las invenciones cuya explotación comercial en el territorio del País Miembro respectivo deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moral. A estos efectos la explotación comercial de una invención no se considerará contraria al orden público o a la moral solo debido a la existencia de una disposición legal o administrativa que prohiba o que regule dicha explotación;
b) las invenciones cuya explotación comercial en el País Miembro respectivo deba impedirse necesariamente para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales, o para preservar los vegetales o el medio ambiente. A estos efectos la explotación comercial de una invención no se considerará contraria a la salud o la vida de las personas, de los animales, o para la preservación de los vegetales o del medio ambiente sólo por razón de existir una disposición legal o administrativa que prohiba o que regule dicha explotación;
c) las plantas, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos;
d) los métodos terapéuticos o quirúrgicos para el tratamiento humano o animal, así como los métodos de diagnóstico aplicados a los seres humanos o a animales."

III.4.2. LAS PATENTES DE INVENCIÓN Y EL DERECHO A LA SALUD

Partiremos definiendo a la salud. El concepto esgrimido dentro del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, la define como: "un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de dolencia o enfermedad" es tal vez el más claro y nos ayuda a vislumbrar las características, elementos y fundamental importancia del mismo pues el Derecho a la Salud, tal como expresa **Susana Chiarotti Boero,** "constituye un derecho en sí mismo y a su vez es una condición habilitante para el ejercicio de los demás derechos humanos"[8]. Anota además que es este Derecho Humano del cual

[8] http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/doctrina/clad1.htm

depende la vigencia y regularidad en el cumplimiento de los demás, originándose una verdadera interacción entre estos.

La salud como derecho ha sido reconocida en múltiples instrumentos internacionales tales como en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, que en su artículo 12 reza:

"Los Estados partes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

1. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

   a. La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños y niñas;
   b. El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y el medio ambiente;
   c. La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas;
   d. La creación de las condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad."

En la Declaración Universal de Derechos Humanos lo instaura en el artículo 25, párrafo 1, en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979; y entre otros, en los artículos 24, 25, 26 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña.

Este derecho fundamental consiste, en su dimensión global, en la facultad que tiene todo ser humano de acceder a todas y cada una de las facilidades, bienes y servicios necesarios para alcanzar un bienestar físico, mental y emocional de tal forma que pueda desenvolverse en sociedad y procurarse una vida digna.

Como se ha expresado el sistema de patentes motiva el incremento de la investigación científica siendo una de las áreas en que se puede apreciar con mayor claridad lo indicado la industria farmaceútica, que sin duda no invertiría los recursos que actualmente destina, de no existir esta protección. Evidentemente existen casos en que los medicamentos resultan, para cubrir los costos de investigación y desarrollo, onerosos en su precio final para el consumidor. Sin embargo para esta hipótesis existen excepciones como el caso de las licencias obligatorias, así mismo cada Estado está llamado a elaborar e implementar políticas y sistemas de salud pública.

Como consecuencia de la constitución de la Organización Mundial de Comercio se encuentran vigentes los Acuerdos sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), los mismos que en este punto han sido duramente criticados por cuanto supuestamente atentan contra derechos humanos, sin embargo cabe resaltar, que dicha apreciación es incorrecta pues tal como se señaló en la Declaración Ministerial adoptada el 14 de Noviembre de 2001 en Doha, Qatar: "En virtud de las normas de la Organización Mundial de Comercio no deberá impedirse a ningún país que adopte medidas para la protección de la salud y la vida de las personas y los animales o la preservación de los vegetales, o para la protección del medio ambiente, a los niveles que considere apropiados, a reserva de la prescripción de que esas medidas no se apliquen de manera que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones o una restricción de los Acuerdos de la OMC".

Esta conferencia de la OMC aprobó una declaración sobre los ADPIC y la Salud Pública en la cual se reconoce la importancia de la propiedad intelectual para el desarrollo de los medicamentos originales y se expresó que los ADPIC se interpretan de manera compatible con la protección de la salud pública asegurando el acceso a las medicinas haciendo uso de la flexibilidad que sus normas ofrece, obviamente respetando los principios en materia de interpretación del Derecho Internacional Público.

III.4.3. LAS PATENTES DE INVENCIÓN Y LA CULTURA

Como hemos manifestado cuando se analizó la relación existente entre los derechos de autor y el derecho humano a la cultura ésta tiene una vasta extensión, en la cual se abarca a cierto tipo de conocimientos que, sin duda son producto de la investigación científica que se estimula a través del sistema de patentes por lo que éste contribuye además a la plena vigencia del derecho a la cultura.

III.4.4 LAS PATENTES DE INVENCIÓN Y LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

La amalgama de saber y contenido científico, ecológico y medicinal que las culturas ancestrales del mundo y que los pueblos del planeta, han desarrollado a lo largo de su evolución histórica constituye sin duda un baluarte incuantificable. Miles y miles de años de historia, de información transmitida oralmente, de explotación de recursos biológicos constituyen lo que hoy podemos definir como conocimientos tradicionales.

En el Seminario Internacional sobre la Biodiversidad, Propiedad Intelectual y Derechos Indígenas celebrado en el año de 1999 en Nicaragua se esbozó una definición de conocimientos tradicionales expresando que aquellos "son todos los conocimientos, costumbres y creencias (materiales y espirituales) que son transmitidas verbalmente, de generación en generación, en el seno de un pueblo o una comunidad"[9].

Por conocimientos tradicionales se entiende, tal como lo refieren Vanesa Lowenstein y Pablo Wegbrait al "conjunto de prácticas adquiridas por una comunidad a través de la observación y convivencia con el ecosistema en el cual habita. Estos conocimientos tienen que ver con lo que en nuestro sistema 'tradicional' de derechos intelectuales se protegería por el derecho de patentes o información no divulgada"[10].

Básicamente los conocimientos tradicionales se caracterizan por ser enriquecidos con el paso de cada generación, adquiridos y probados en la

---

[9] TOBON, Natalia. Los conocimientos Tradicionales como Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina. Revista Derechos Intelectuales. Número 3. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1988. Página 136.

[10] LOWENSTEIN, Vanesa y WEGBRAIT, Pablo. Protección de los Conocimientos Tradicionales, Recursos Genéticos y Folclore. Cuadernos de Propiedad Intelectual. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires, 2005. Pág. 150

práctica, por estar relacionados con el territorio y el medio ambiente y ser un reflejo de la cultura, religión y educación.

Es tan vasto el campo en que se desenvolvieron las sociedades que nos precedieron – muchas de ellas han persistido en su cultura y sistemas sociales- que todos sus avances en los campos agrícolas, medio-ambientales y medicinales siguen contribuyendo al desarrollo de bienes y servicios significativos para el avance de la tecnología global.

Normalmente se asocia todo el conjunto de conocimientos tradicionales que en diversos aspectos de la vida tenían nuestros antepasados, con sus expresiones culturales; esto sin duda debido a la esencial visión holística del mundo que tenían aquellos. Puede también considerarse a priori que a este tipo de conocimiento se lo denomina como tal por su antigüedad (es decir por su vigencia temporal) lo cual es una apreciación equivocada pues lo que se quiere referir con esta denominación es básicamente la forma en que estos conocimientos han sido transmitidos.

Los conocimientos tradicionales constituyen un patrimonio susceptible de ser protegido y llamado a ser rescatado para su preservación en beneficio de los derechos humanos y la conservación de este legado.

Natalia Tobón nos señala en su trabajo "Los Conocimientos Tradicionales como Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina" múltiples razones y beneficios de la protección a los conocimientos tradicionales.

Las razones básicas por las cuales la protección de este tipo de conocimientos es necesaria son:

1. Evitar la pérdida de nuestras culturas y tradiciones.
2. Defender a los grupos étnicos frente a una explotación indiscriminada de terceros que pretenden enriquecerse con el aprovechamiento de aquellos.
3. Impedir la imposición de una suerte de homogeneización de pensamientos en el mundo.

Sin duda los beneficios que reporta a toda una comunidad y a la humanidad en general la protección legal de los conocimientos tradicionales son muchos, entre los cuales resaltan:

1. La reducción de la injusticia social en el planeta, ya que es un mecanismo idóneo para romper monopolios y evitar la explotación de pueblos pobres o desprotegidos.
2. Impiden las restricción en el uso del conocimiento.
3. Amplían la producción de recursos.

Varios instrumentos internacionales han desarrollado normativas jurídicas de carácter proteccionista de la diversidad biológica y los conocimientos ancestrales así podemos citar al Convenio de la Diversidad Biológica de 1992, la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales del año 2005, la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones.

El ordenamiento de propiedad intelectual, en materia de patentes, respeta los conocimientos tradicionales así como el patrimonio biológico y genético pues reconoce expresamente su importancia, que ha quedado ya mencionado. De hecho la Decisión 486 de la Comunidad Andina dentro de sus disposiciones generales contiene una norma que imperativamente dispone a los países miembros respetar y salvaguardar el patrimonio biológico, genético así como los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales. Para que dicha disposición tenga vigencia práctica se ha supeditado el otorgamiento de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o de conocimientos tradicionales a que éstos hayan sido adquiridos atendiendo al ordenamiento jurídico nacional, comunitario e internacional. Adicionalmente en el ordenamiento comunitario andino se establece como uno de los requisitos de la solicitud de patentes, para éstos casos, el documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales.

Por otra parte la Decisión a que hemos aludido reconoce el derecho y la facultad de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de decidir sobre sus conocimientos colectivos. Es evidente que el sistema de

patentes, concebido con respeto a estos conocimientos ancestrales, como en efecto lo está, lejos de perjudicar a los mismos contribuye a la difusión de éstos y porque no decirlo a generar –bajo su efectiva explotación- condiciones de progreso para los titulares de los mismos.

III.4.5. LAS PATENTES DE INVENCIÓN Y LOS DERECHOS DIFUSOS

La cuarta generación de derechos humanos es conocida con el nombre de Derechos Difusos, se diferencian de los Colectivos en cuanto que en éstos es posible establecer de manera concreta a los titulares del derecho mientras que en los Difusos los titulares son todas las personas.

El derecho al medio ambiente es de esta categoría jurídica el más difundido. Debiendo entenderse como señala Messina de Estrella Gutiérrez que "el medio ambiente comprende la recíproca influencia e interrelación entre una serie de elementos (los recursos naturales, el patrimonio histórico, artístico, urbanístico, paisajístico, etc) que en su conjunto constituyen un valor distinto de la suma de sus componentes singulares, tendientes a satisfacer las necesidades humanas de educación, información, salubridad, paz, etc."[11]

El Derecho al Medio Ambiente sano y ecológicamente equilibrado comprende, entre otras cosas la recuperación de los espacios naturales degradados, el manejo sustentable de los recursos naturales, la conversión de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país.

En tal sentido es evidente la conexión que existe entre las patentes de invención y este derecho humano. Como se ha expresado la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina protege el patrimonio biológico y genético que constituyen elementos que permiten obtener la consecución de un ambiente ecológicamente equilibrado.

---

[11] MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela. "Daño Ambiental en Lecciones y ensayos". Abelardo Perrot. Buenos Aires, 1999. citada por Emén Kalil, Nahím. Derechos Difusos. Editorial Jurídica Míguez & Mosquera. Guayaquil, 2006. página 159.

Además, en esta misma línea, hemos indicado también que las disposiciones de los ADPIC deben interpretarse de una forma que los haga compatibles con los derechos humanos.

La protección de la biodiversidad resulta trascendental para el mantenimiento de condiciones ambientales equilibradas y para la satisfacción de múltiples necesidades humanas, por lo que la Comunidad Internacional ha considerado importante contar con un instrumento normativo al respecto y así tenemos al Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992 que en su Preámbulo, entre otras consideraciones, realiza las siguientes acotaciones sobre la importancia de la biodiversidad:

"…Reconociendo la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos, y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes…

…Conscientes de que la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica tienen importancia crítica para satisfacer las necesidades alimentarias, de salud y de otra naturaleza de la población mundial en crecimiento, para lo que son esenciales el acceso a los recursos genéticos y a las tecnologías, y la participación en esos recursos y tecnologías…"[12]

Por otra parte respecto de los recursos genéticos debemos manifestar que el Comité Intergubernamental de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual ha tratado varias cuestiones relacionadas a la interacción entre recursos genéticos y la propiedad intelectual para lo cual ha coordinado con la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. La labor del citado comité se desarrolla fundamentalmente en tres esferas:

[12] http://www.prodiversitas.bioetica.org/doc1.htm

- La protección preventiva de recursos genéticos a través de medidas que impiden la concesión de patentes sobre recursos de este tipo que no cumplan con los requisitos de novedad y no evidencia. Entre otras medidas se han perfeccionado los instrumentos de búsqueda y sistemas de clasificación para los examinadores de solicitudes de patentes.

- Se ha puesto especial énfasis al acceso de recursos genéticos y acuerdos de participación equitativa de los beneficios derivados del uso de éstos, para lo cual el comité encargó la elaboración de una base de datos y ha elaborado principios y proyectos de directrices relativas a los aspectos de propiedad intelectual de los acuerdos de participación equitativa en los beneficios.

- Finalmente se está trabajando respecto de los requisitos de divulgación en las solicitudes de patentes relacionadas con recursos genéticos y conocimientos tradicionales.

En definitiva la protección de los recursos genéticos es, por supuesto, trascendental en el contexto de la multiplicidad de culturas y la inmensa diversidad biológica que existe en nuestro país por lo que el legislador ecuatoriano ha expedido la denominada Ley de Biodiversidad en la que señala la indispensable obligación del Estado de "preservar el medio ambiente, la vida y la salud del pueblo ecuatoriano, coadyuvando a preservar la del planeta…".

En el marco de esta misma ley se consideran como bienes nacionales de uso público a las especies que integran la diversidad biológica del país (es decir a aquellos organismos vivos de cualquier fuente, los ecosistemas terrestres y marinos, los ecosistemas acuáticos, etc).

IV. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS EN RELACIÓN A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LOS DERECHOS HUMANOS.

Como se ha expuesto a lo largo de esta ponencia existen muchos puntos de convergencia entre los derechos humanos y los de propiedad intelectual, particular que ha motivado el tratamiento de éstos por parte

de organismos especializados, tal es así que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual creo, a través de su Asamblea General en el año 2000, el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore con el objeto de contar con un foro internacional de debate acerca de los derechos intelectuales, los conocimientos internacionales, los recursos genéticos y las expresiones culturales tradicionales.

Los Estados miembros de la OMPI lo son también del referido Comité Intergubernamental, en este importante foro se acepta en calidad de observadores a organizaciones no gubernamentales regionales e internacionales y a organizaciones y entidades que han sido admitidas como observadores ad hoc destacándose que existen más de 130 ONG S en calidad de observadores.

Otro punto, digno de destacar es que los Estados miembros han permitido la participación directa de los representantes de indígenas y comunidades locales.

Por otra parte, la subcomisión de Derechos Humanos de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos expidió la resolución 2001/21 sobre Derechos de Propiedad Intelectual y Derechos Humanos en la cual entre otras consideraciones se hacen las siguientes:

Se destaca que conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales debe protegerse los intereses morales y materiales de la persona por razones de las producciones científicas, literarias y artísticas con sujeción a las limitaciones del interés público. Se destaca el interés de proteger los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas.

Se hace hincapié a las salvaguardas de la diversidad biológica y los conocimientos autóctonos respecto de ella.

Se pide a los gobiernos que integren en sus políticas nacionales y locales normas que acordes con las obligaciones y principios internacionales, en materia de derechos humanos, protegan la función social de la propiedad intelectual.

VI. CONCLUSIONES

De lo manifestado a lo largo de esta ponencia podemos concluir:

1. Que tanto los derechos humanos como los derechos de propiedad intelectual se encuentran consagrados en instrumentos internacionales.
2. Que tanto los derechos humanos como los de propiedad intelectual permiten el desarrollo de la persona.
3. Que los derechos de propiedad intelectual no constituyen un óbice para la vigencia de los derechos humanos, sino que al contrario permiten la plena vigencia de estos.
4. Que los derechos de propiedad intelectual en realidad son también derechos humanos.
5. Los Derechos de Propiedad Intelectual representan un gran estímulo para la actividad artística, literaria y el progreso tecnológico, conservando la libertad de las personas que en ejercicio de ella optan por volcar sus esfuerzos en este tipo de actividades.

BIBLIOGRAFÍA

1. SPECTOR, Horacio. Lineamientos de una Teoría Justificatoria de los Derechos de Propiedad Intelectual e Industrial. Revista Derechos Intelectuales. Número 3. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1988.
2. TOBÓN, Natalia. Los Conocimientos Tradicionales como Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina. Revista Derechos Intelectuales. Número 3. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1988.
3. CHALOUPKA, Pedro. La Propiedad de las Ideas. Revista Derechos Intelectuales. Número 3. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1988.
4. PÉREZ TREMS, Pablo. "Los Derechos Fundamentales. Teoría General". Los Derechos Fundamentales. Volumen 3. Programa de Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador. Corporación Editora Nacional. Quito, 2004.
5. DE ASIS ROIG, Rafael. "Escritos sobre Derechos Humanos". Ara Editores. Perú, 2005.
6. ADAME GODDARD, Jorge. "Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Deberes de Solidaridad". Derechos Fundamentales y Estado. Memorias del 7 mo. Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2002.

7. VELÁZQUEZ COELLO, Santiago. La Exigencia de los Derechos Sociales. Revista Temas Constitucionales. Número 8. Tribunal Constitucional del Ecuador. Quito, 2006.
8. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Derecho de Autor. Tomo I. Segunda Edición. Editorial Venezolana, 1998.
9. LIPSZYC, Delia. Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ediciones UNESCO. Cerlac. Zavalia. Bogotá, 2001.
10. VALENCIA CARMONA, Salvador. Educación, Ciencia y Cultura. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México, 2002.
11. NUQUES MARTÍNEZ, Teresa y VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, Santiago. Derechos de los Pueblos Indígenas.
12. DÍAZ MULLER, Luis. "Bioética, Salud y Derechos Humanos". Editorial Porrúa. México, 2001.
13. RODRÍGUEZ ESPINOZA, Héctor. "El derecho al desarrollo". Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
14. KRESALIA ROSSELLO, Baldo. "Anuario Andino de Derechos Intelectuales". Palestra. Lima, 2007.
15. LOWENSTEIN, Vanesa y WEGBRAIT, Pablo. Protección de los Conocimientos Tradicionales, Recursos Genéticos y Folclore. CUADERNOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires, 2005.
16. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. "Derecho de Autor". Material de Derechos de Autor de la Especialización en Propiedad Intelectual e Industrial dictado por el Sistema de Posgrados de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2005.
17. EMÉN KALIL, NAHÍM. Derechos Difusos. Editorial Jurídica Míguez & Mosquera. Guayaquil, 2006.

LEYES

1. Constitución Política del Ecuador.
2. Convenio de Berna.
3. Tratado OMPI sobre Derechos de Autor.
4. Declaración Universal de Derechos Humanos.
5. Declaración Americana de los Derechos del Hombre.
6. Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador.
7. Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

8. Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador".
9. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
10. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
11. Acuerdos sobre los Aspectos en Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC).
12. Convención sobre los Derechos del Niño y Niña.
13. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
14. Convención Americana de Derechos Humanos.
15. Carta de la Organización de las Naciones Unidas.
16. Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
17. Recomendación de la UNESCO sobre salvaguardia de la Cultura Tradicional.
18. Convenio de Diversidad Biológica.
19. Convención sobre la protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales.
20. Declaración Interministerial de Doha, 2001.
21. Ley de Biodiversidad del Ecuador.
22. Documento de Constitución de la Organización Mundial de la Salud.
23. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
24. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
25. Resolución 2001/21 Subcomisión de Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos.

PÁGINAS WEB

1. http://es.wikipedia.org/wiki/Cultura
2. http://www.oei.es/pensariberoamerica/ric07a07.htm
3. http://portal.unesco.org
4. http://www.bibliojuridica.org

El Contenido de los Derechos de Imagen y su Posible Catalogación como Canon

Dra. Soraya Rodríguez Losada
Becaria de Tercer Ciclo de la Xunta de Galicia
Universidad de Santiago de Compostela*

1. Concepto de derecho de imagen

Los ingresos percibidos por personajes famosos, en su mayoría artistas y deportistas, en virtud de la explotación comercial o publicitaria de su imagen llegan han alcanzado en los últimos tiempos una magnitud importante en términos cuantitativos[1].

Recordemos que el derecho a la propia imagen se encuentra consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución Española[2], enmarcándose, de este modo, en el conjunto de derechos fundamentales. Este artículo se encuentra desarrollado por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad familiar y a la propia imagen. De su articulado se pueden extraer las siguientes notas definitorias: el derecho a la propia imagen se encuentra dentro de los *derechos de la personalidad*; se trata de un derecho irrenunciable, inalienable e imprescriptible; ahora bien, se permiten intromisiones legítimas con el consentimiento del titular de estos derechos. Se tratará de un consentimiento revocable en cualquier momento, aunque el titular del derecho a la propia imagen deberá satisfacer al cesionario una indemnización por los daños y perjuicios causados, así como por las expectativas justificadas. Es decir, serán indemnizables tanto el daño emergente sufrido por el cesionario, como el lucro cesante.

---

* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto Libertades Comunitarias y Derecho Tributario Nacional (PGIDT 06CS20203PR) financiado por la Xunta de Galicia.

1 FRANQUET SUGRAÑES, M.T., *El contrato de personality merchandising.* Valencia: Tirant Lo Blanch. 2005. P. 32.

2 El tenor literal de este artículo es el siguiente: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

El Tribunal Supremo ha definido en multitud de ocasiones esta categoría, entendiendo por imagen "la representación gráfica de la figura humana", mediante un procedimiento mecánico -y con ello cualquier técnica adecuada- para obtener su reproducción. Por su parte, define el derecho a la propia imagen como el derecho "que permite impedir a un tercero no autorizado el obtener, reproducir y publicar la misma (*ius excludendi alienus*)[3]".

Esta concepción recoge tan sólo la vertiente negativa o de exclusión del derecho a la propia imagen. Pero el derecho a la propia imagen tiene un doble contenido: el negativo, que ya ha sido expuesto, y el positivo, referido a la facultad otorgada a su titular de reproducir la propia imagen, exponerla, publicarla y también comerciar con ella.

Es necesario añadir en este punto la posibilidad de incluir los derechos de imagen (la imagen personal) en el concepto de marca[4]. A la vista del gran valor publicitario de la imagen, muchos autores hacen hincapié en la necesidad de dotarla de una adecuada tutela jurídica. Es más, incluso llegan a afirmar que resulta más favorable el tratamiento de los derechos de imagen como marca en lugar de la protección ofrecida por la Ley Orgánica 1/1982, siempre y cuando la imagen tenga un importante valor comercial[5]. E incluso, desde el punto de vista fiscal, puede tener ciertas ventajas.

Como se ha puesto de manifiesto, el titular del derecho a la propia imagen puede consentir que su imagen sea utilizada para una determinada finalidad, y "en este caso, no se dispone del derecho a la propia imagen abstractamente considerado, sino de una facultad de

---

[3] Cfr. SSTS 11 abril 1987 (RJ 1987/2703), 9 mayo 1988 (RJ 1988\2480), 29 marzo 1988 (RJ 1988\2480), 9 febrero 1989 (RJ 1989\822), 13 noviembre 1989 (RJ 1989\7873), 29 septiembre 1992 (RJ 1992\7424), 19 octubre 1992 (RJ 1992\8079), 7 octubre (RJ 1996\7058) y 21 octubre 1996 (RJ 1996\8577), y 30 de enero de 1998 (RJ 1998\358), entre otras.

[4] Para un estudio más exhaustivo, puede consultarse VILLAVERDE GÓMEZ, M. B., *Fiscalidad de las marcas.* Madrid: Marcial Pons. 2005. Págs. 27 y ss.

[5] ROVIRA SUEIRO, M. E., *El Derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*. Granada: Comares. 1999. Pág. 58.

índole patrimonial". En este sentido, "otorgaría a la persona la facultad de reproducir la propia imagen, exponerla, publicarla y comerciar con ella o, al menos, controlar esas actividades según criterio y a utilidad propia[6]".

La doctrina constitucionalista y civilista ha distinguido entre la consideración, por un lado, del derecho a la propia imagen como derecho fundamental o, por otro, como derecho de la personalidad. Con relación a esta última concepción, esto es, la imagen entendida como derecho de la personalidad, se pone de relevancia su ejercicio personalísimo y su extrapatrimonialidad, constituyendo "un grupo de derechos absolutos, con eficacia *erga omnes*, innatos, irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles[7]".

Como bien recoge el Magistrado Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, en su voto particular a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1998 (RJ 1998\358), "el derecho a la imagen […] tiene una doble vertiente, el *aspecto personal* y el *aspecto patrimonial*. El *aspecto personal* está relacionado estrechamente con el derecho a la *intimidad* y efectivamente así apareció históricamente en la jurisprudencia anglosajona de principio de siglo (*Roberson v. Rochester Holding Box Co. y Pavesich v. New England Life Insurance Co*) e incluso la Sentencia de esta Sala de 29 de marzo de 1988 (RJ 1988\2480) y más tarde la de 17 de julio de 1993 (RJ 1993\6458), los relaciona. Distinto […] es el *aspecto patrimonial* del derecho a la imagen, del que se ha dicho (en la doctrina anglosajona) que se trata de un derecho *sui generis*, mezcla de derecho personal, de propiedad y también de protección de la competencia desleal. En nuestro ordenamiento, el derecho a la imagen aparece expresamente recogido en la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad familiar y a la propia imagen, desarrollando el contenido del artículo 18.1º CE. Esta norma dispone que es intromisión ilegítima la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga".

---

6 LACRUZ BERDEJO, L.L., *Elementos de Derecho Civil I*. Madrid: Dykinson. 2007.

7 DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil.I.* Madrid: Technos. 1995.

Con respecto a esto, el Tribunal Constitucional ha confirmado "que la dimensión constitucional queda restringida al concreto ámbito de natural reserva de la propia esfera íntima, quedado sus numerosas vertientes colaterales (entre ellas los derechos patrimoniales) a lo que al respecto establezca la legalidad ordinaria[8])". De este modo, en el momento en el que el titular del derecho a la propia imagen realiza una explotación comercial del mismo, "no se está haciendo una renuncia del derecho potestad, ni una cesión o transmisión del mismo, sino, por el contrario, un acto de disposición de su titular mediante el cual se permite a un tercero un determinado aprovechamiento de la imagen, siempre bajo tutela del titular de la potestad que no por el hecho de la cesión ve menoscabado su poder[9]".

2. Explotación económica del derecho a la propia imagen

El derecho a la propia imagen es un derecho de exclusiva y de carácter patrimonial sobre un bien inmaterial (la imagen), que puede ser transmitido a un tercero.

En aras a la libertad de pactos existente en nuestro ordenamiento jurídico, la explotación económica de los derechos de imagen se puede efectuar de diversas formas: a través de un contrato de arrendamiento de servicios –un contrato singular entre el interesado y una empresa de publicidad o de otro tipo, en el cual el primero le cede a la segunda el derecho a utilizar su imagen[10]-, dentro de una relación contractual preexistente. Así, por ejemplo, en el caso de un artista o deportista, éste cede sus derechos de imagen a su club, con el que tiene un contrato de trabajo, y al que ahora añade la cesión del derecho patrimonial a su

---

8 Cfr. STC 11 de abril 1994 (RTC 1994\99).

9 CORDERO SAAVEDRA, L., "Las rentas por cesión de derechos de imagen. Calificación en el derecho interno y en los convenios para evitar la doble imposición". En: *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*. Núm. 264. Abril-Junio 2002. Págs. 421-445.

10 CLAVIJO HERNÁNDEZ, F., FALCÓN Y TELLA, R., QUERALT, J.M., PALAO TABOADA, C., y PÉREZ ROYO, F., "El tratamiento jurídico-tributario aplicable a los pagos que un Club de Fútbol satisface a las sociedades titulares de la explotación comercial de derechos de imagen de deportistas". En: *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia.* Tomo I. 1996. Págs. 518-542.

imagen como obligación vinculada al contrato de trabajo[11]. De esta manera, además de la relación contractual que le liga a su club, estipula su participación en los beneficios derivados de la explotación comercial de su imagen por parte de la entidad. Finalmente, puede darse el caso en el que el titular de los derechos de imagen, en lugar de explotarlos en su propio nombre, los cede a un tercero, que será el que contrate con otras entidades[12]. En virtud de todo lo expuesto, la explotación comercial de los derechos de imagen se puede realizar dentro de un contrato de trabajo o al margen del mismo. Y los derechos de imagen podrán ser explotados por la misma persona que los genera (su titular) o bien por un tercero al que se le haya cedido la explotación.

Como se ha explicado anteriormente, el derecho de imagen es fundamental y personalísimo, por lo que, al ser objeto de un negocio jurídico, no existe una transmisión de su titularidad, aunque sí se produce una cesión del derecho a la explotación de la imagen de la persona.

A cambio de la autorización a la explotación del uso de la imagen se perciben una serie de rentas, que podrán ser una cantidad fija a tanto alzado, satisfecha en el momento de concluir el contrato o bien una participación en los ingresos de explotación a lo largo de toda la duración del contrato, o un sistema mixto de los dos anteriores.

Ahora bien, en virtud de la modalidad utilizada para la autorización de explotación de derechos de autor, las rentas percibidas por el titular del derecho a la propia imagen tendrán la categoría de retribuciones salariales, rendimientos de capital mobiliario o cánones. Y es de sobra sabido que según se opte por una u otra calificación, la Hacienda española podrá gravar totalmente las cantidades que residentes en España o incluso terceros abonen a extranjeros por la explotación de la imagen.

---

[11] BOSCH CAPDEVILA, E., *La prestación de servicios por deportistas profesionales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006. Pág. 145.

[12] TOVILLAS MORÁN, J.M., *El tratamiento tributario del derecho de imagen.* Madrid: Marcial Pons. 2001. Pág. 62.

En lo que a nosotros nos interesa a efectos de este trabajo, le dedicaremos especial atención a la tributación de no residentes. Y, dentro de ese caso, diferenciaremos dos posibles regímenes: el régimen aplicable en ausencia de CDI y el régimen aplicable en presencia de CDI.

En ausencia de CDI, la norma aplicable es el TRLIRNR. Pueden darse varios casos: en primer lugar, puede suceder que el no residente actúe en España a través de un establecimiento permanente, lo que nos llevaría a una tributación según las normas del Impuesto de Sociedades; en segundo lugar, en ausencia de establecimiento permanente, obtendría los rendimientos por un trabajo o actividad personal, lo que conlleva a la tributación de un no residente según las normas del IRPF[13]. Por otro lado, en el artículo 13.f.3º TRLIRNR se dispone que tendrán la consideración de rendimientos de capital mobiliario, entre otros, los cánones satisfechos por personas o entidades residentes en territorio español o por establecimientos permanentes situados en éste, o que se utilicen en territorio español. Se añade que tendrán la consideración de cánones, entre otros, las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso, o la concesión de uso de "derechos personales susceptibles de cesión, tales como los derechos de imagen".

A través del articulado del TRLIRNR, el legislador interno asimila los pagos por derechos de imagen a los pagos por derechos de autor, para concluir que estas rentas se considerarán cánones.

Éste no ha sido el criterio seguido por la normativa comunitaria, ya que la Directiva 2003/49/CE del Consejo de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros no engloba esta categoría dentro de las rentas susceptibles de ser catalogadas como cánones[14]. Ni tampoco en la normativa internacional[15], si por tal entendemos las directrices dictadas por el MOCDE.

---

13 Cfr. STSJ País Vasco, de 14 de junio de 1993 (AS 1993\2860).

14 A este respecto, *vid.* MARTÍN JIMÉNEZ, A., "Artículo 12. La tributación de los cánones o regalías". En: CALDERÓN CARRERO, J.M., y RUÍZ GARCÍA, J.R. *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España.* A Coruña: Fundación Pedro Barrié de la Maza. Instituto de Estudios Económicos de Galicia. 2004. Pág. 655. o CARMONA FERNÁNDEZ, N., *Convenios*

En la mayoría de los casos, la cesión de la explotación de los derechos de imagen se realiza a través de una sociedad residente en un Estado con el que España tiene firmado un Convenio para evitar la doble imposición.

En presencia de CDI, los rendimientos obtenidos por el titular del derecho a la imagen podrían enmarcarse, por un lado, dentro del artículo 7 MC OCDE (rendimientos de actividades empresariales), y en caso de tratarse de una empresa establecida en territorio del otro Estado suscriptor, esas rentas no se gravarían en España.

Por otro lado, la OCDE le dedica un precepto distinto (el artículo 17) a la tributación de artistas y deportistas. En virtud de este artículo estas rentas serán gravadas en el territorio donde tienen lugar las actuaciones. El artículo 17.1º MOCDE se antepone a la aplicación de los artículos 7[16] y 15[17] del Modelo de Convenio de la OCDE.

Finalmente, estos ingresos podrían incardinarse en el artículo 12 del MC OCDE, tras una asimilación del derecho a la explotación comercial de la propia imagen a los derechos de la propiedad industrial e intelectual. Sin embargo, la doctrina no es unánime a la hora de considerar la remuneración por la imagen como un canon. A modo de ejemplo, CARMONA FERNÁNDEZ considera que en la redacción del artículo 12 MC OCDE no se contempla que el derecho a la explotación comercial de la propia imagen genere un canon, por lo tanto, no entrarían en esta categoría estas rentas. Ahora bien, si la imagen se incorpora a uno de los varios soportes amparados como propiedad intelectual, si sería posible calificar las rentas obtenidas como cánones[18]. La asimilación de las rentas procedentes de la explotación de derechos de imagen con las obtenidas

---

Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea. Valencia: CISS Wolters Kluwer. 2006. Pág. 274 y ss.

15 Excepto en algunos casos muy concretos de CDI suscritos por España, como es el caso del CDI con Chile y Luxemburgo, donde se consideran excepcionalmente como cánones las rentas derivadas de la cesión de "otros derechos" distintos de los arquetípicos.

16 Relativo a los rendimientos de actividades empresariales.

17 Relativo a la tributación de los servicios profesionales dependientes.

18 CARMONA FERNÁNDEZ, N., *Todo sobre el Impuesto sobre la Renta de No Residentes.* Madrid: Praxis. 1999. Pág. 151.

por derechos de la propiedad industrial y, en concreto, con las marcas, es una tesis bastante difundida en la doctrina y que podemos considerar sustancialmente correcta[19].

A modo de conclusión, se puede indicar lo siguiente: la cesión del derecho de explotación de la propia imagen se incluye en las rentas del artículo 17 MC OCDE cuando los honorarios se perciban por la actuación musical o deportiva, así como por una reproducción simultánea o en vivo de aquella actuación en radio o televisión. Caerán en la órbita del artículo 12 cuando los pagos se realicen al artista o deportista, o a otra persona interpuesta, como consecuencia de la cesión de derechos de propiedad intelectual o industrial. Por ejemplo, por la grabación de la actuación para su retransmisión en diferido o para su incorporación en un soporte físico destinado a la venta; o por la cesión del derecho a explotar determinados logotipos, marcas o nombres registrados[20]. Finalmente, será de aplicación el artículo 7 (rendimientos empresariales) si se realizan en el marco de una empresa.

Bibliografía

BOSCH CAPDEVILA, E., *La prestación de servicios por deportistas profesionales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

CARMONA FERNÁNDEZ, N., *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea.* Valencia: CISS Wolters Kluwer. 2006.

CARMONA FERNÁNDEZ, N., *Todo sobre el Impuesto sobre la Renta de No Residentes.* Madrid: Praxis. 1999.

CLAVIJO HERNÁNDEZ, F., FALCÓN Y TELLA, R., QUERALT, J.M., PALAO TABOADA, C., y PÉREZ ROYO, F., "El tratamiento jurídico-tributario aplicable a los pagos que un Club de Fútbol satisface a las sociedades titulares de la explotación comercial de derechos de

[19] JIMÉNEZ COMPAIRED, I., *El régimen tributario de la explotación comercial de la propia imagen*. Madrid: Marcial Pons. 2001. Pág. 98.

[20] MORENO GONZÁLEZ, S., "Régimen de tributación internacional de los cánones". En: COLLADO YURITA, M.A., *Estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria.* Madrid: Colex. 2005. Pág. 436.

imagen de deportistas". En: *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia.* Tomo I. 1996.

CORDERO SAAVEDRA, L., "Las rentas por cesión de derechos de imagen. Calificación en el derecho interno y en los convenios para evitar la doble imposición". En: *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*. Núm. 264. Abril-Junio 2002.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil.I.* Madrid: Technos. 1995.

FRANQUET SUGRAÑES, M.T., *El contrato de personality merchandising.* Valencia: Tirant Lo Blanch. 2005.

JIMÉNEZ COMPAIRED, I., *El régimen tributario de la explotación comercial de la propia imagen*. Madrid: Marcial Pons. 2001.

LACRUZ BERDEJO, L.L., *Elementos de Derecho Civil I.* Madrid: Dykinson. 2007.

MARTÍN JIMÉNEZ, A., "Artículo 12. La tributación de los cánones o regalías". En: CALDERÓN CARRERO, J.M., y RUÍZ GARCÍA, J.R. *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España.* A Coruña: Fundación Pedro Barrié de la Maza. Instituto de Estudios Económicos de Galicia. 2004.

MORENO GONZÁLEZ, S., "Régimen de tributación internacional de los cánones". En: COLLADO YURITA, M.A., *Estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria.* Madrid: Colex. 2005.

ROVIRA SUEIRO, M. E., *El Derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*. Granada: Comares. 1999.

TOVILLAS MORÁN, J.M., *El tratamiento tributario del derecho de imagen.* Madrid: Marcial Pons. 2001.

VILLAVERDE GÓMEZ, M. B., *Fiscalidad de las marcas.* Madrid: Marcial Pons. 2005.

DRA. SORAYA RODRÍGUEZ LOSADA

LA REMUNERACIÓN POR COPIA PRIVADA Y EL CASO ECUADOR

Dr. Antonio Pazmiño Ycaza (1966)

Profesor de Propiedad Intelectual en las Facultades de Jurisprudencia de las universidades Católica de Santiago de Guayaquil, titular; De Especialidades Espíritu Santo, visitante; Del Pacífico, visitante; Profesor de Signos Distintivos en el Postgrado en Propiedad Intelectual, en la universidad Católica de Santiago de Guayaquil, titular; Profesor de Introducción al Derecho de Patentes en el Postgrado en Propiedad Intelectual, en la universidad Católica de Santiago de Guayaquil, titular; Director del Postgrado en Propiedad Intelectual en la universidad Católica de Santiago de Guayaquil; Presidente de la Academia Ecuatoriana de Propiedad Intelectual; Árbitro de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual; Miembro del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (por cuatro ocasiones); Director de la Revista de Propiedad Intelectual de la universidad Católica de Santiago de Guayaquil; Director de Investigaciones en el área de Propiedad Intelectual en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

I.- RESPECTO DE LA FIJACIÓN Y LA REPRODUCCIÓN:

El presente trabajo tiene como finalidad realizar un breve estudio del **Caso Ecuador**, respecto de la Remuneración por Copia Privada. En efecto, en nuestro país, en la Ley Nacional, así como en los convenios internacionales a los cuales se ha adherido el Ecuador, se encuentra una institución denominada "Remuneración por Copia Privada", esto es, una especie de derecho compensatorio que se debe de cancelar a quienes importen o comercialicen equipos que permitan, de una u otra forma, fijar sonidos o imágenes como podría ser el caso de un CD, antes de un casete; o, a quienes importen o comercialicen equipos que sirvan ya no para fijar sino para reproducir determinada obra, como lo podría ser un quemador de CD o una fotocopiadora.

La idea o el motivo de existencia de esta disposición, es la de proteger de alguna manera a los autores o titulares de obras protegidas en materia de Derecho de Autor, en forma tal que, en determinado momento, la reproducción hecha en forma privada, no afecte sus derechos patrimoniales.

No podemos iniciar el estudio del **Caso Ecuador**, que consiste en una inadecuada acción de inconstitucionalidad que se presentó en contra de una Resolución del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual que fijaba los valores que se deberían de cancelar como compensación por la Remuneración por Copia Privada, así como respecto de todas las normas legales que establece la creación y obligación de pagar la misma, sin primero estudiar dos características fundamentales de la Remuneración por Copia Privada, como son la **fijación** por un lado; y, por otro la **reproducción**, que no es sino un derecho patrimonial que tiene el titular de una obra para explotarla.

De conformidad con el artículo 6 de Propiedad Intelectual, fijación: es la incorporación de signos, sonidos, imágenes o su representación digital, sobre una base material que permita su lectura, percepción, reproducción, comunicación o utilización. Entonces, fijación no es sino el acto que permite grabar un sonido, una imagen o un texto en un instrumento que luego permita que a su vez ese sonido, imagen o texto pueda ser reproducido. Así, por ejemplo, fijación es cuando grabamos una canción en un casete antes, en un CD ahora en un pendrive; o, cuando acudimos a una imprenta a reproducir, o a imprimir el texto de una obra literaria por ejemplo entonces, queda claro, cuál es el concepto de fijación.

Por su parte, para el Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual OMPI Sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas TOIEF, ratificado por el Ecuador mediante Decreto Ejecutivo número 439, publicado en el Registro Oficial número 93 del 3 de agosto de 2000; y cuyo texto (el del Convenio) fue publicado en el Registro Oficial número 711 del 25 de noviembre de 2002, Fijación es, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 literal c):

> "…la incorporación de sonidos, o la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo…"

Por otro lado, también es importante entender en que consiste o qué es la reproducción. La primera reflexión que se debería hacer respecto a ¿qué es la reproducción? Es la de decir que es una forma de explotar una obra, tal como lo indica el literal a) del artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual. Importante es indicar que la reproducción de una obra es también un derecho patrimonial. No nos olvidemos que en materia de Derecho de Autor existen Derecho Morales y Derechos Patrimoniales pero, para efectos del presente trabajo, nos interesa solamente revisar el Derecho Patrimonial de Reproducción. Y, si queremos, por otra parte ubicar el concepto de reproducción podemos volver a acudir al artículo 7 de la Ley de Propiedad Intelectual que textualmente nos dice:

> *"reproducción consiste en la fijación de la obra en cualquier medio o en cualquier procedimiento conocido o por conocerse, incluyendo su almacenamiento digital, temporal o definitivo y la obtención de copias de toda o parte de ella".*

Por su parte, el Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual OMPI Sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas TOIEF, al referirse al Derecho de Reproducción (en fonogramas) nos indica que:

> "…Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma. (6)…"

Entonces, podríamos pensar que **fijación** es el acto de grabar una obra en un soporte digital; y, **reproducción** podríamos entenderlo como que es la forma también de fijarlo en un soporte digital pero para obtener copias de toda o parte de ella. ¿A qué quiero llegar? a que podríamos entender que la reproducción va un poco más allá de lo que es

sencillamente la fijación, es decir, reproducción podría entenderse como una forma de explotación de una obra.

En este punto, lo importante es indicar, que de conformidad con la normativa legal ecuatoriana y ya no solamente me refiero a la legislación local que estaría entendida o integrada por la Ley de Propiedad Intelectual, sino en este caso, por la Decisión 351 y, por todos y cada uno de los convenios respecto de los cuales el Ecuador es parte que la reproducción de una obra protegida a través del Derecho de Autor si se la hace sin el consentimiento del autor de la misma o de quien sea el titular de sus derechos, constituye pues un acto ilegal. Esto lo indica, entre otras normas, el artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana que, en su parte pertinente dice*:*

> *"…la explotación de la obra por cualquier forma, y especialmente por cualquiera de los actos numerados en este artículo es ilícita sin la autorización expresa del titular de los Derechos de Autor, salvo las excepciones previstas en esta ley…".*

Entonces, como ustedes podrán entender una obra protegida en materia de Derecho de Autor no puede ser utilizada por terceros, salvo las excepciones que, por tratarse en efecto de excepciones, deben de ser especial y claramente detalladas en la ley y, lo que es más importante, interpretadas en forma restrictiva. Cualquier institución jurídica que establezca la posibilidad de una excepción debe ser siempre hecha bajo un acto normativo legal y debemos entender siempre esa excepción o, mejor dicho, debemos interpretar siempre esa excepción en forma limitada. Si acudimos por ejemplo a la Ley de Propiedad Intelectual y queremos entender o revisar cuales son las excepciones en materia de Derecho de Autor, pues deberemos acudir al artículo 83 en donde consta una lista que, de alguna u otra forma nos indica, cuando la utilización de una obra protegida pues no constituye una infracción. Así, por ejemplo, si el día de mañana alguien cita en su obra a un tratadista, pues mientras indique el nombre del tratadista, el nombre de la obra y siempre y cuando se cite a esa obra **en la medida justificada para el fin de esa incorporación**, no constituye una infracción.

De tal forma que si yo quiero en efecto citar a un tratadista, sin que eso constituya un plagio o un uso no honrado, deberé yo citar necesariamente el nombre del tratadista, el libro del cual he extraído yo ese concepto o esa reflexión de él y, como lo indica la ley nacional, debe ser en la medida justificada para el fin de su incorporación. Mal podría yo por ejemplo, citar a Antequera, a Lipszyc, Otero Lastres o a Rengifo y transcribir dos o tres páginas integras de una obra de ellos a manera de cita. No, ya ahí realmente no se está tratando de una cita sino de una reproducción, por lo tanto, cuando yo cite a un tercero o cuando alguien quiera citar a un tercero pues deberá hacerlo siempre en la **medida justificada**. El artículo 83 de la ley nacional y otros pertinentes en la Decisión 351 o en los tratados internacionales determinan otra serie de casos en los que se considera como uso honrado la utilización de una obra de un tercero sin que eso constituya un delito.

Y, una de estas excepciones es justamente la **Copia Privada**, que consta establecida en algunas legislaciones, así como en Tratados Internacionales. Así, por ejemplo, el Convenio de Berna, acto normativo de naturaleza supra nacional, al cual el Ecuador se adhirió el 2 de octubre de 1979, conforme se desprende del Decreto Ejecutivo No. 2469, publicado en Registro Oficial 697 de 4 de Junio de 1991; y cuyo texto (el del Convenio) fue publicado en el Registro Oficial número 844 del 2 de enero de 1992, establece la posibilidad de que las legislaciones nacionales puedan establecer excepciones, siempre y cuando, no se afecten los derechos del autor de la misma.

El texto del numeral 2 del artículo 9 dice dice:

"…Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor…"

II.- RESPECTO DE LA PRELACIÓN DE LOS TRATADOS:

Una vez que hemos definido de alguna forma conceptos importantes como el de **fijación** y el de **reproducción;** creo pertinente, antes de adentrarnos a revisar en que consiste la **Remuneración por Copia Priva-**

da y tomando en cuenta que no existe una rama del Derecho tan universal como la Propiedad Intelectual, ya que la uniformidad de normas que hay a nivel mundial es realmente de un altísimo grado, hacer referencia a la Prelación que los Tratados y/o Convenios Internacionales tiene en el Ecuador.

1.- Supremacía Constitucional:

Existe, en mi criterio, una inadecuada interpretación, en el sentido de que los Tratados y/o Convenios Internacionales (entre los que se encuentran las Decisiones de la CAN) están por encima de la Constitución. Esto, ha hecho, que no solo otros autores, sino magistrados del Tribunal Andino de Justicia digan, cada vez y cuando, que existe una preeminencia de los indicados actos normativos lo cual, por lo menos en el Ecuador, no se puede dar.

La Constitución de nuestro país, en su artículo 163, en forma expresa, determina el nivel de gradación que tienen los Tratados Internacionales, cuál es, el de prevalecer incluso sobre nuestras leyes. No dice, en ninguna parte de la Constitución, que estos Tratados prevalecen sobre ésta.

> "…Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados[1] en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y **prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía**…"

Por su parte, el artículo 272 de la Constitución dice:

> "…La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposi-

[1] Se usa en forma equivocada la palabra promulgación, lo correcto es publicación. Promulgar es el acto por el cual el Presidente de la República sanciona una ley.

ciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteren sus prescripciones…"

Las dos normas citadas, son las que establecen la gradación (pirámide de Kelsen) de las normas en el Ecuador y, ninguna de ellas, hace referencia a que un Tratado y/o Convenio Internacional, está por encima de la Constitución. Es más, tanto un Tratado y/o Convenio Internacional no está por encima de la Constitución que, previo a su aprobación, se requiere primero, un dictamen del Tribunal Constitucional. ¿y, para que se requiere un dictamen? pues para conocer si el Tratado y/o Convenio a aprobar guarda o no relación con la Constitución ¿y, cuándo es importante la jerarquía de las normas? pues solo cuando existe contradicción. Y, tanto no puede estar por encima de nuestra Constitución un Tratado que, en el caso de que se requiera primero una reforma constitucional para que sea aprobado un Tratado, primero debe de darse la reforma y luego la aprobación. Esto ratifica, que la Constitución prevalece, hasta sobre los Tratados.

"…La aprobación de los Tratados y Convenios, se hará en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Congreso.

Previamente se solicitará el dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución.

La aprobación de un Tratado o Convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma…" [2]

Sin perjuicio del breve análisis jurídico hecho, el Tribunal Andino de Justicia, ha expedido, de tiempo en tiempo, algunos fallos en el sentido de que las Decisiones de la CAN están por encima de cualquier norma de carácter local, entre otros argumentos, en base a una disposición que obliga a los países a no expedir actos normativos contrarios a los de la CAN lo cual, es perfectamente válido en tratándose de leyes y normas

[2] Artículo 162 de la Constitución.

inferiores, pero, por ningún concepto, respecto de la Constitución. Una disposición en la que se basa el Tribunal Andino de Justicia es el artículo 4 de la Decisión 472 que dice:

> "…Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.
>
> Se comprometen, así mismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculicen su aplicación…".

Lo subrayado es mío.

Insisto, esta disposición no puede ser válida para nuestra Constitución. Sí, para leyes y normas de inferior jerarquía y, de darse el caso, el Ecuador podría ser objeto de una acción de incumplimiento por parte de la Secretaría General de la CAN o de un País Miembro

Respecto a la supremacía de la norma comunitaria sobre la legal nacional (principio con el que sí estamos de acuerdo) existen muchos fallos del Tribunal Andino de Justicia, a saber:

> "…No se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue a la norma nacional preexistente, al igual que ocurre en el plano del derecho interno, puesto que son dos ordenamientos jurídicos distintos, autónomos y separados, que adoptan dentro de sus propias competencias formas pecuniarias de crear y extinguir el derecho, que por supuesto no son intercambiables. Se trata, más propiamente, del efecto directo del principio de aplicación inmediata y de la primacía que en todo caso ha de concederse a las normas comunitarias sobre las internas. Hay –se ha dicho- una ocupación del terreno con desplazamiento de las normas que antes lo ocupaban, las cuales devienen inaplicables en cuanto resulten incompatibles con las previsiones del derecho comunitario ("preemition"). La norma interna, sin embargo, podría continuar vigente aunque resulte inaplicable, y permanecer en estado de latencia hasta que el derecho comunitario que la desplazó se modi-

fique eventualmente y le deje libre el terreno, si es que la norma nacional llega a resultar compatible con él…" [3]

"…Las medidas de simple ejecución que en casos concretos pudiera adoptar un País Miembro tampoco pueden servir de excusa válida para alterar el efecto directo y uniforme propio de tales regulaciones. La entrada en vigor de estas, por tanto, ha de determinar automáticamente la inaplicabilidad del derecho interno que sea contrario a sus determinaciones o que, de alguna manera, las desnaturalice, y ello en virtud de la primacía que tiene la norma comunitaria. La posible colisión de normas, en consecuencia, ha de resolverse sin vacilaciones ni reticencias a favor del derecho de integración". Asimismo, en la citada sentencia se dice: "En cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto , la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en tal caso corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria"…". Este principio de desplazamiento de la norma nacional como resultado del principio de aplicación preferente, resulta especialmente claro cuando la ley posterior –que ha de primar sobre la anterior de acuerdo con principios universales del derecho- es precisamente la norma comunitaria…" [4]

"…Sostuvo el Tribunal en el mencionado Proceso No. 2-IP-90, Gaceta Oficial No. 69 de 11 de octubre de 1990, lo siguiente: "El Derecho de la Integración, como tal, no puede existir si no se acepta el principio de su primacía o prevalencia sobre los derechos nacionales o internos de los Países Miembros …". El legislador queda así inhabilitado para modificar, sustituir o derogar el Derecho Común vigente en su territorio así sea con el pretexto de reproducirlo o de reglamentarlo, y el juez nacional, a cuyo cargo está la aplicación de las leyes comunitarias, tiene la obligación de

[3] Proceso No. 2-IP-88. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo I.

[4] Proceso No. 5-IP-89. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo II.

garantizar, tiene la obligación de garantizar la plena eficacia de la norma común …. El Derecho de la Integración no deroga leyes nacionales, las que están sometidas al ordenamiento interno: tan solo hace que sean inaplicables las que resulten contrarias …" "…Los Países Miembros, en consecuencia, conservan su competencia para legislar en esta materia, sobre aspectos no regulados por el Derecho de la Integración, o para desarrollar o complementar los que no hayan sido regulados de modo exhaustivo, según se ha señalado en la parte motiva de esta sentencia …"[5]

"… Analizadas así la demanda y las normas que se piden sean interpretadas perjudicialmente , debemos en primer lugar partir del hecho, de que el ordenamiento jurídico de la integración andina, prevalece sobre las normas internas de cada uno de los países, entendiéndose sin embargo que la prevalencia se materializa cuando las normas internas van en contraposición de las normas comunitarias …" [6]

> "…Por lo que se entiende mutatis mutandis que no sólo tienen vigencia las normas nacionales ya existentes –siempre que no contradigan a la Decisión 344- sino que también, las normas a dictarse deberán guardar esa misma armonía y unidad jurídica, no sólo porque se trata de la voluntad del legislador andino expresada en el "Régimen Común", sino también porque éste emerge por imperio del artículo 27 del Acuerdo de Cartagena y porque los países signatarios de él, se han comprometido por imperio del artículo 5 del Tratado de Creación del Tribunal Andino a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento del Ordenamiento Jurídico del Acuerdo y asimismo, se han comprometido a no adoptar, ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

---

[5] Proceso No. 3-IP-94. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo III.

[6] Proceso No. 5-IP-90. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo III.

Este Tribunal Comunitario ha sido minucioso en el análisis de las relaciones entre el ordenamiento jurídico andino y el derecho interno de los países. El efecto directo de la norma comunitaria, su preeminencia sobre el derecho nacional de los Países Miembros, la obligatoriedad en la aplicación de los fallos de este Tribunal y la complementariedad entre una y otro han sido objeto de examen, a guisa de ejemplo, en las sentencias 1-IP-87 de 3 de diciembre de 1987, 2-IP-88, 5-IP-89, 2-IP-90 y 3-IP-94, recogidas en lo esencial por la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, entre otros, en fallos de septiembre 1 de 1988 y febrero 7 de 1991 y por el Consejo de Estado del mismo país, entre otros, en fallos de septiembre 9 de 1988, mayo 11 de 1990, febrero 7 de 1991 y abril 3 de 1992.

De esta forma se ha logrado establecer una estrecha relación entre el Tribunal Comunitario y las jurisprudencia de los más altos tribunales colombianos que coinciden en otorgar al ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, la capacidad de regir la conducta de los países comprometidos en asuntos de interés común, fundamentales para el desarrollo de la actividad económica, y a su función de aplicarse en forma directa en el orden interno por encima del derecho nacional. Asimismo se ha reconocido por el mencionado Consejo de Estado, la obligación de los Países Miembros de asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena y de abstenerse de aplicar o probar cualquier medida de derecho interno que esté en contradicción con el mismo. Como consecuencia de lo anterior, la alta jurisdicción colombiana ha reconocido el carácter obligatorio de las sentencias de interpretación prejudicial del Tribunal para el juez nacional, conforme al mandato del artículo 31 de su Tratado de Creación…"[7]

"…Desde la interpretación prejudicial 1-IP-87 y posteriormente en la 2-P-88, sentadas en vigencia del artículo 84 de la Decisión 85 (equivalente al 144 de la Decisión 344 hoy vigente) este Tribunal reconoció el principio de la preeminencia de la norma comunitaria sobre el derecho interno de los países y en la segunda de ellas señaló

[7] Proceso No. 6-IP-94. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo IV.

que "en caso de conflicto la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente ya que … la norma interna resulta inaplicable". Resaltó además el Tribunal la claridad del principio de preeminencia cuando la ley anterior comunitaria es precisamente norma superior que debe primar sobre la anterior, de acuerdo con principios universales de derecho; advirtiendo sin embargo que ello no implica la derogatoria de la una sobre la otra, sino que lleva la inaplicabilidad de la primera en la medida en que resulte incompatible con las previsiones del derecho comunitario.

El desarrollo de la ley comunitaria por la legislación nacional, es empero excepcional y por tanto a él le son aplicables principios tales como el del "complemento indispensable", según el cual no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas. Este régimen de excepción , dada su naturaleza de tal, debe ser aplicado en forma restringida de acuerdo con normas elementales de hermenéutica jurídica. Significa esto que para que tenga validez la legislación interna se requiere que verse sobre asuntos no regulados en lo absoluto por la comunidad, lo cual resulta obvio dentro del espíritu y el sentido natural y lógico de la expresión "régimen común sobre tratamiento" que utiliza el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena. Como lo ha dicho el Tribunal en la interpretación del artículo 84 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena (caso 2-IP-88), no es posible que la legislación nacional modifique, agregue o suprima normas sobre aspectos regulados por la legislación comunitaria "o que se insista en mantener la vigencia de leyes nacionales anteriores a la norma comunitaria incompatibles con ella", debiendo únicamente legislar sobre lo no comprendido en la Decisión Comunitaria …" [8]

"… Si bien es cierto que en este artículo se establece el Principio de Prevalencia de la norma comunitaria, debemos tener en cuenta como consustancial al derecho comunitario la "prevalencia" sobre el derecho interno de los Estados Miembros, asunto que reiteradamente ha sostenido este Tribunal en virtud de lo cual torna en

[8] Proceso No. 10-IP-94. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo III.

inaplicable la norma interna, en tanto cuanto, colisione o modifique el texto del derecho de la integración, cuya configuración queda definida de otra parte, en el artículo 1 del mencionado Tratado de creación del Tribunal y, que concuerda con el artículo 6 del Tratado Marco del Acuerdo de Cartagena, que a su vez establece el principio de la Intangibilidad en el derecho comunitario, al disponer que: "La Comisión es el órgano máximo del Acuerdo y como tal tiene la capacidad de legislación exclusiva sobre las materias de su competencia". Así se establece con claridad que ninguna autoridad nacional puede al margen de la Comisión modificar o establecer reglas no previstas por los Ministros de Industrias de los Países Miembros o los Plenipotenciarios debidamente acreditados que integran la Comisión y que tienen la capacidad exclusiva para legislar por medio de las Decisiones.

El Tribunal como garante de la institucionalidad jurídica-administrativa de la integración, tiene la obligación de vigilar los actos ilegítimos o la desviación de las normas, porque el Acuerdo de Cartagena existe como Comunidad supranacional de derecho y el Tribunal está en la obligación de establecer la nulidad que nace de la ilegalidad de una acto, o de la violación del Tratado.

Tampoco era y es concebible que frente al silencio de la norma, los Estados miembros del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con el artículo 84 de la Decisión 85, puedan establecer válidamente requisitos adicionales a los contenidos en los artículos 56 y 58 de dicha Decisión para el registro de marca de cualquier clase de productos, ni señalar causales adicionales de cancelación de un registro, distintas a las establecidas en los artículos 76 y 77 de la citada Decisión. En la sentencia de este Tribunal en el caso Cavelier-Corte Suprema Colombiana (Proceso No. 2-IP-88, publicado en la Gaceta Oficial No. 33 de 26 de julio de 1988), se dijo además que: "Pretender hacerlo sería contrario al derecho comunitario"…"[9]

"…En cuanto a la remisión que hace la norma del artículo 66 a la legislación nacional como complementaria del Derecho Comunitario, debe entenderse que su aplicación es obligatoria en tanto no

[9] Proceso No. 5-IP-95. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo IV.

contradiga disposición alguna de la Decisión 85, y a quien corresponde precisar si se ha cumplido o no con ésta es al juez nacional, por las razones y motivos analizados en párrafos anteriores…" [10]

"…Finalmente diremos que el Tribunal no puede prejuzgar de hecho la solución final que se dará a un litigio por el juez nacional, salvo recordarle al juez que es a él a quien corresponde, en el caso de incompatibilidad entre el Derecho nacional y el comunitario, declarar que debe prevalecer este último…"[11]

Los subrayados son míos.

2.- Obligatoriedad o no de publicación en el Registro oficial:

El Derecho de la Integración es un derecho nuevo, ágil, comercial, de desarrollo, es por eso que, la vigencia de dichas normas, depende ya no de un poder interno (Congreso Nacional) sino de un órgano legislativo (La Comisión) el cual, por delegación, ha asumido la capacidad legislativa en ciertos ámbitos que tienen más bien relación a temas de carácter comercial. Por lo menos a esta fecha ya que, de seguir avanzando el proceso de integración andina, podría llegar a ser una verdadera Unión Económica en la que se legisle sobre temas de mayor importancia como: moneda común, unidad fiscal, políticas macroeconómicas, etc.

Esto, es decir, el principio de aplicabilidad directa, nace de lo establecido en el artículo 3 de la Decisión 472 cuyo texto dice:

"…Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

[10] Proceso No. 4-IP-94. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo IV.

[11] Proceso No. 9-IP-95. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo IV.

> Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro…"

En virtud de este principio, no se requiere que una Decisión de la CAN por ejemplo pase por el Congreso, ya que, dicho acto normativo, emana ya de un órgano legislativo y mal podría ser necesario que vaya nuevamente a otro órgano legislativo como sería el Congreso Nacional.

Respecto de los demás tratados y/o Convenios que no sean las Decisiones de la CAN, no hay duda y deben ser publicados en el Registro Oficial.

Existe innumerable jurisprudencia en el sentido anotado. Veamos:

> "…Estos criterios alcanzan plena vigencia como norma jurídica, con la entrada en vigor del Tratado constitutivo del Tribunal a partir del 19 de mayo de 1983 –en que este cuerpo legal comienza a regir en la Subregión- por cuanto su artículo 2 ratifica que las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sea aprobadas por la Comisión, y el artículo 3 dispone que las Decisiones serán directamente aplicables a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior y, sólo cuando su texto así lo disponga requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en casa País Miembro. Estos preceptos concuerdan con el artículo 5 del Tratado que obligan a los Países Miembros adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo, por lo que estos países, conforme a esta disposición, se comprometen a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación y, en consecuencia, cualquier incumplimiento de esta previsión puede ser demandado ante el Tribunal del Acuerdo en aplicación de lo establecido en la Sección Primera del Capítulo III, artículos 17 al 22 del Tratado…" [12]

[12] Proceso No. 1-IP-87. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo I.

"…La sola suposición de que las Decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta tuvieran que pasar por el tamiz legislativo de cada uno de los países miembros, antes de su aplicación interna, habría conducido a negar la existencia de un derecho comunitario andino.

El profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Presidente del Tribunal de las Comunidades Europeas, define la aplicabilidad directa de la norma comunitaria "como la capacidad de la misma para producir efectos jurídicos en un País Miembro sin que se requiera ningún complemento normativo de derecho interno".

Para el derecho europeo, dice, Muñoz Machado, una regla o norma "goza de aplicabilidad directa cuando no precise que los Estados Miembros dicten normas de incorporación, transposición o desarrollo para darle efectividad dentro de su territorio"

El profesor Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, define el principio manifestando que "La aplicabilidad inmediata significa que la norma comunitaria adquiere, automáticamente, de por sí, estatuto de derecho positivo en el orden interno de los Estados a que va dirigida. Ello supone que la norma comunitaria se integra de pleno derecho en ese orden interno, sin necesidad de ninguna fórmula de introducción o de recepción, que se impone en cuanto tal derecho comunitario y que genera en todo juez nacional la obligación de aplicarla"

El mismo Tratadista al referirse al principio de aplicabilidad directa del derecho comunitario ha dicho: "El derecho comunitario, por consiguiente, además de ser un ordenamiento jurídico autónomo, con su propios sistema de producción normativa, posee una fuerza específica de penetración en el orden jurídico interno de los Estados Miembros nacida de su propia naturaleza, que se manifiesta en su aplicabilidad inmediata y, fundamentalmente, en su efecto directo y su primacía"

En el área europea el principio de la aplicabilidad directa es reconocido a partir de la sentencia Van & Loos, 1963, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y precisado en la sentencia Simmenthal 1978, en la que se sostuvo que la aplicabilidad directa "significa que las reglas del derecho comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez; que de esa manera, estas disposiciones son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares que son parte en relaciones jurídicas que entran en el ámbito del derecho comunitario"

Este principio ha sido recogido también por los Presidentes Andinos al reiterar "la aplicación directa de las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, según se establece en el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, e instruir a las autoridades nacionales para que las apliquen sin restricciones y promuevan su difusión (Consejo Presidencial Andino. Acta de Caracas, mayo 18 de 1991)"

En conclusión, las resoluciones de la Junta de acuerdo a las normas comunitarias, a la doctrina y Jurisprudencia de este Tribunal, al pasar a formar parte del ordenamiento jurídico andino, son de efecto y aplicación directa en todos los Países Miembros desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, lo que significa que son de obligatorio e inmediato cumplimiento por los Países Miembros, los órganos del Acuerdo y los particulares…"[13]

Los subrayados son míos.

Finalmente, en este punto, importante es indicar cuáles son los actos normativos que se deben de verificar en el Ecuador, para que un Tratado y/o Convenio (con la excepción de las Decisiones de la CAN): Dictamen del Tribunal Constitucional[14], Aprobación por parte del Congreso

[13] Proceso No. 30-AI-96. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo VI.

[14] Artículo 162 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

Nacional[15] y finalmente la Ratificación del Presidente Constitucional de la República[16]

III.- REMUNERACIÓN POR COPIA PRIVADA

Quizás la mejor forma de comenzar entendiendo en qué consiste la Remuneración por Copia Privada es acudiendo al concepto que establece el artículo 108 de la Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana que textualmente dice:

> *"… se entenderá por copia privada la copia doméstica de fono-gramas o videogramas, o la reproducción reprográfica en un solo ejemplar realizada por el adquiriente original de un fonograma o videograma u obra literaria de circulación lícita, destinada exclu-sivamente para uso no lucrativo de la persona natural que la realiza. Dicha copia no podrá ser empleada en modo alguno contra-rio a los usos honrados. La copia privada realizada sobre soporte o con equipos reproductores que no hayan pagado la remuneración compensatoria constituye una violación del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos correspondientes…".*

Entonces, la copia privada no es sino la copia que alguien realiza para un uso personal o doméstico, podría alguien por ejemplo comprar un CD legalmente, esto es, en una casa musical que respete el Derecho de Autor y los Derechos Conexos, pagar el CD, llevarlo a su casa y hacer una copia para escuchar ese mismo CD en su auto. La reproducción que se a hecho de ese CD es una reproducción para un uso doméstico y privado; pero el hecho de que sea para un uso doméstico y privada no quiere decir que llegado un momento no se esté afectando el derecho patrimonial de reproducción del autor de esa obra musical en este caso, y, por lo tanto, al haberse afectado de alguna forma, al autor de la obra musical pues es injusto que él no gane una regalía por esa copia privada que se ha realizado.

Entonces, a que quiero llegar, a que estamos hablando, en buen romance, de una especie de **licencia no voluntaria (que puede ser legal u**

[15] Numeral 7 del artículo130 de a Constitución Política de la República del Ecuador
[16] Numeral 12 del artículo 171 de a Constitución Política de la República del Ecuador

obligatoria. Legal, cuando la ley la otorga en forma directa y obligatoria cuando por ley se establece la posibilidad de que el Estado la otorgue por cuerda separada). Así es, licencia no voluntaria porque no es que el autor de la obra o el titular de los derechos patrimoniales de la obra nos ha autorizado a realizar una copia privada no, lo que sucede, es que el avance de la tecnología ha sido tal que el legislador nacional, andino e internacional ha previsto la necesidad de que se pueda otorgar una especie de licencia no obligatoria a quien reproduce privadamente una obra. Pero, la carga del pago de esa remuneración por copia privada, no es de quien ejecuta el acto (reproducción), sino que el obligado es el importador o comercializador de los soportes o de los equipos que permitan la Copia Privada.

Por otro lado, creo pertinente indicar, que debería analizarse cuáles son las características de esta Institución y me permito indicar las siguientes:

1.- No es un impuesto.- Es fundamental indicar que la Remuneración por Copia Privada no implica una carga tributaria. Tanto no implica una carga tributaria, que no está sujeta al control del Servicio de Rentas Internas que es el órgano administrador de los tributos en el Ecuador, lo que quiere es establecerse el pago de una **compensación por un uso no autorizado por parte del autor de una obra**. Podríamos asimilar, en todo caso, a la Remuneración por Copia Privada al pago de una regalía y, bajo ningún motivo, a un impuesto. Insisto, quiero dejar claramente establecido que el pago por Remuneración por Copia Privada no **es en absoluto un tributo**.

2.- ¿Quién es el obligado al pago?.- Como hemos indicado, no es y puede sonar de alguna forma rara, quien reproduce el ejemplar de la obra quien está obligado al pago de esta compensación. Quienes están obligados, son los importadores o los comercializadores de los equipos y/o soportes.

En efecto el texto del artículo 107 nos permite aclarar el tema.

> *"… la persona natural o jurídica que ofrezca al público soportes susceptibles de incorporar una fijación sonora o*

> *audiovisual, o de equipos reproductores que no hayan pagado la remuneración compensatoria, no podrán poner en circulación dichos bienes y responderá solidariamente con el fabricante o importador por el pago de dicha remuneración, sin perjuicio de que el IEPI o los jueces competentes según el caso, requieren del comercio los indicados bienes hasta la solución de la remuneración correspondiente…"*

Y, por su parte, el artículo 105 de la Ley de Propiedad Intelectual nos aclara, nuevamente como hemos indicado en párrafos anteriores, quienes son realmente los obligados al pago de la remuneración por copia privada. Su texto dice:

> *"… la copia privada de obras fijadas en fonograma o videogramas, así como la reproducción reprográfica de obras literarias impresas estará sujeta a una remuneración compensatoria de conformidad con las disposiciones de este parágrafo.* ***Esta remuneración se causará por el hecho de la distribución de soportes susceptibles de incorporar una fijación sonora o audiovisual o de equipos reproductores de fonogramas o videogramas, o de equipos para reproducción petrográfica.***
>
> *La remuneración corresponderá por partes iguales a los autores, a los artistas, interpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas en el caso de fonogramas y videogramas y, corresponderá así mismo, por partes iguales a los autores y editores en el caso de obras literarias.*
>
> *La remuneración por copia privada de fonogramas y videogramas será recaudada por una entidad recaudadora única y común de autores, interpretes y productores de fonogramas y videogramas, cuyo objeto social será exclusivamente la recaudación colectiva de la remuneración compensatoria por copia privada. Igualmente la recaudación de los derechos compensatorios por reproducción reprográfica corresponderá a una entidad recaudadora única y común de autores y editores.*

Estas entidades de gestión serán autorizadas por el IEPI y observarán las disposiciones de esta ley…".

Sobre esto Antequera nos indica:

"… El Sistema más común consiste en aplicar esa remuneración en función de los equipos, aparatos, materiales y soportes idóneos para realizar la reproducción, de modo que no es pagada direc-tamente por el público, sino por los fabricantes o importadores de esos equipos o materiales y, en algunos textos, también por los operadores de equipos que prestan el servicio de fotocopiado al público…"[17]

3.- Quien la cobra.- De conformidad con lo establecido en el artículo 105 de la Ley de Propiedad Intelectual será una entidad recaudadora única, en el caso del Ecuador ENRUCOPI.

La parte pertinente de este artículo dice:

"…La remuneración compensatoria por copia privada de fonogramas y videogramas será recaudada por una entidad recaudadora única y común de autores,, intérpretes y productores de fonogramas y viedogramas, cuyo objetop social será exclusivamente la recaudación colectiva de la remuneración compensatoria por copia privada. Igualmente, la recaudación de los derechos compensatorios por reproducción reprográfica corresponderá a una entidad recaudadora única y común de autores y editores.

Estas entidades de gestión serán autorizadas por el IEPI y observarán las disposiciones de esta Ley…

Antequera comenta:

[17] ANTEQUERA PARILLI, Ricardo; Manual para la Enseñanza Virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, página 194.

> "…La tendencia más generalizada consiste también en confiar la recaudación y distribución de esa remuneración a las entidades de gestión colectiva constituidas para tal fin…"[18]

4.- Fijación porcentual.- Por otro lado, importante es indicar y quizás esta característica es la fundamental para el trabajo que estamos realizando, que la determinación de cuanto se deberá de pagar por Remuneración por Copia Privada **debe ser porcentual**, esto es, se debe de indicar porcentualmente cuál es el valor que debe de pagar quien importe CDs o quien importe copiadoras; y, no es que se puede determinar un valor fijo como equivocadamente lo hizo el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, al fijar valores fijos y no porcentajes para los equipos o implementos que están sujetos al pago de la Remuneración por Copia Privada.

Respecto de este punto me permito transcribir el artículo 106 de la Ley ecuatoriana que dice:

> *"… la remuneración compensatoria prevista en el artículo anterior será pagada por el fabricante o importador en el momento de la puesta en el mercado nacional de:*
>
> *a) La cintas u otros soportes materiales susceptibles de incorporar una fijación sonora o individual; y, de los equipos reproductores.*
>
> ***La cuantía porcentual de la remuneración compensatoria por copia privada deberá ser calculada sobre el precio de los soportes o equipos reproductores**, la misma que será fijada y establecida por el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual…".*

5.- Reproductor legitimado.- Esta característica también es muy importante por cuanto debe quedar claramente establecido que, única y

[18] ANTEQUERA PARILLI, Ricardo; Manual para la Enseñanza Virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, página 194.

exclusivamente el adquirente de una obra original, es el único que tiene derecho a reproducir la obra para su uso personal. Esto es, si el día de mañana le pido a un amigo que me preste un CD de una canción y, así el CD de él haya sido adquirido en forma completamente legal, eso no me da derecho a mí a reproducir dicho CD así sea para uso privado sino, exclusivamente a él.

5.- Uso no comercial.- Como consecuencia del uso personal de la Copia Privada, otra característica de esta institución es la que no se puede hacer reproducciones en serie menos para ser comercializadas. Por lo tanto si el reproductor realiza más de una copia y, de paso, la comercializa estará cometiendo un delito.

6.- No es una legalización de la piratería.- Tampoco puede entenderse esta institución como una legalización o legitimación de la piratería. Porque, piratería será reproducir en forma tal una obra que no consista en una para un uso personal.

Antequera reflexiona de la siguiente manera:

> "…En cualquier caso, dicha remuneración no se dirige a legitimar la "piratería" (reproducción o distribución al público de copias ilícitamente reproducidas), sino a compensar al titular del derecho de reproducción por aquellas duplicaciones reprográficas para uso personal expresamente permitidas como excepción al derecho exclusivo del autor de autorizarlas o no, de manera que la reprografía con fines comerciales de obras protegidas o su distribución al público tipifica delito…"[19]

IV.- RESOLUCIÓN CD-IEPI-03-133 DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Una vez que hemos ya ubicado claramente los textos legales normativos que hacen referencia a la institución denominada Remuneración por Copia Privada, vamos a conocer la Resolución del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual que fue en mi criterio, objeto de una indebida demanda de inconstitucionalidad. Importante es

[19] ANTEQUERA PARILLI, Ricardo; Manual para la Enseñanza Virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, página 194.

indicar, que la demanda en la forma como fue presentada fue realmente diminuta y equivocada, ya que lo correcto era no tanto iniciar una demanda de inconstitucionalidad, sino un recurso administrativo de nulidad u objetivo porque, como lo analizaremos luego, la Resolución del Consejo Directivo no tiene visos de inconstitucionalidad pero sí de ilegalidad.

El Consejo Directivo, amparado en lo previsto en la Ley Ecuatoriana de Propiedad Intelectual, resuelve expedir la Resolución de la referencia a efectos de determinar las tarifas que se deben de cancelar por concepto de Remuneración por Copia Privada. El error de esta Resolución, es de orden legal, en lo absoluto de naturaleza constitucional, porque lo único que sí hizo de mal esta Resolución es violar lo establecido en el artículo 106 de la Ley de Propiedad Intelectual que indica que la forma en cómo se debe fijar esta remuneración compensatoria es porcentualmente sobre el valor del objeto. Esto es, lo que debió haber hecho en su oportunidad el Consejo Directivo del IEPI es determinar los porcentajes no tarifas fijas que se iban aplicar para el pago de esta remuneración.

Si revisamos el artículo 1 por ejemplo de la Resolución veremos que se establece el ítem del soporte, la característica del soporte y luego la remuneración, pero se determina una tarifa fija para calcular la remuneración a pagar. Como ustedes podrán entender, esta Resolución en la forma como ha sido expedida es a todas luces ilegal, porque mal puede por ejemplo el Consejo Directivo del IEPI fijar como remuneración por ejemplo para un casete de audio de 90 minutos una remuneración de 0,32 centavos de dólar; o por ejemplo, para una cinta de video de 120 minutos de duración 0,52 centavos de dólar; o, para un equipo de grabación fonográfica 1,5 dólares por equipo; y finalmente por ejemplo, para un equipo de grabación videográfica 12,02 centavos de dólar por equipo. Insisto, lo que se debió hacer fue fijar porcentajes.

La parte pertinente de esta Resolución dice:

*"…**Art. 1.-** Fijar como remuneración compensatoria para los sistemas de grabación y soportes analógicos de grabación fonográficos, los siguientes valores:*

Aplicación de tarifas a los soportes analógicos

Soporte	*Duración*	*Remuneración*
Cassette de audio	*45 minutos o menos*	*0,15USD*
	60 minutos	*0.24USD*
	90 minutos o más	*0.32USD*

Art. 2.- *Fijar como remuneración compensatoria para los sistemas de grabación y soportes analógicos de grabación audiovisual, los siguientes valores:*

Aplicación de tarifas a los soportes analógicos		
Soporte	*Duración*	*Remuneración*
Cinta de video	*60 minutos o menos*	*0,40USD*
	120 minutos	*0.52USD*
	180 minutos o más	*0.70USD*

Art. 3.- *Fijar como remuneración compensatoria para los sistemas de grabación y soportes digitales de dedicación exclusiva fonográfica, los siguientes valores:*

Remuneración fonográfica digital	
Equipo de grabación fonográfica	*1,5 USD por equipo*
Soporte de grabación	*0,45 USD por hora*

Art. 4.- *Fijar como remuneración compensatoria para los sistemas de grabación y soportes digitales de dedicación exclusiva de audiovisuales, los siguientes valores:*

Remuneración videográfica digital	
Equipo de grabación videográfica	*12,02 USD por equipo*
Soporte de grabación	*1,20 USD por hora*

…"

El haber determinado de esta forma la Remuneración por Copia Privada, es un acto ilegal, porque lo que establece la Ley Ecuatoriana de

Propiedad Intelectual es un porcentaje respecto del valor. Esto es, si la Resolución lo que hubiera determinado es un porcentaje por ejemplo el 0,02% del valor del soporte o del equipo, esa sí es una forma adecuada de determinar.

Como podrán ustedes apreciar, insisto, de la lectura de estos artículos, queda claramente evidenciado que fue un error la forma en cómo ha sido determinada esta compensación. Pero, eso no quiere decir, que ese error involucra una causal de inconstitucionalidad, para que se crea que se tenga derecho a dejarlo sin efecto por esta vía. No, lo correcto era, iniciar un recurso en el Tribunal Contencioso Administrativo en forma tal que, luego del proceso de rigor, se determine que el acto administrativo que contiene la resolución que establece éstas tarifas es ilegal.

V.- RESPECTO DE LOS FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD:

El doctor Jaime Aníbal Álava Ricaurte presenta en el Tribunal Constitucional de la República del Ecuador una demanda tendiente a obtener dos cosas: por un lado la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos que hacen referencia a la Remuneración por Copia Privada en la Ley Ecuatoriana; esto es, de los artículos 105 al 108 y, por otro lado, la Resolución del Consejo Directivo que estableció las tarifas. En tal virtud, consideré importante analizar los equivocados criterios que tuvo el doctor Álava Ricaurte para iniciar esta demanda de inconstitucionalidad.

Los equivocados criterios son los que constan detallados a continuación:

1.- Confusión entre licencia no voluntaria y trabajo.- Dice el demandante que el establecer por vía de ley una Remuneración por Copia Privada es un acto inconstitucional porque afecta normas constitucionales que tienen que ver con el honorario por remuneración por un servicio. Equivocadamente, el demandante, quiere hacer aparecer al pago de la Remuneración por Copia Privada como una especie de contraprestación que se cancela por un servicio prestado y eso no es correcto, porque la Remuneración por Copia Privada es una compensación por

una licencia no obligatoria en materia de Derecho de Autor. ¿A qué quiero llegar? A que la Remuneración por Copia Privada no significa que se está cancelando valor alguno por un servicio contratado y menos no contratado. No, la remuneración compensatoria, lo que establece, es un derecho de un titular de un Derecho de Autor en forma tal que si el día de mañana se violan sus derechos intelectuales porque se reproduce una obra que es de su autoría, pues no se vea afectado su patrimonio, en forma tal que se le cancele a él una regalía por ese derecho que podría ser potencialmente vulnerado.

Si el día de mañana compro yo un CD original y hago una copia de ese CD para tener la copia en el equipo de sonido de mi carro ahí no se genera la obligación de cancelar la Remuneración por Copia Privada como equivocadamente lo considera el demandante, porque el demandante piensa que el sujeto obligado al pago de esta remuneración debe ser quien procede a copiar el disco y no porque, de conformidad con lo establecido en los artículos 105 y 106 de la Ley de Propiedad Intelectual, el sujeto obligado a este pago es el importador y/o el comercializador de cualquiera de uno de los soportes digitales que se puedan utilizar y que sirvan para fijar sonidos o imágenes; así como, respecto de los equipos de reproducción.

2.- Derecho de Copia: Equivocadamente cree el demandante que lo que se está haciendo en este caso es proceder al pago por un servicio no contratado, lo cual no es correcto. Porque, no es que yo estoy contratando a alguien para que ejecute un acto no, lo que estoy haciendo es copiar una obra para mi uso privado y es importante indicar algo, que únicamente quien tiene derecho a copiar una obra para uso privado es quien legalmente adquirió el soporte original. Y, en efecto, esto es importante, porque mal podría entenderse que el día de mañana yo le preste un libro a un amigo o le preste un CD a otro amigo y que quien reciba en préstamo mi CD o mi libro proceda y realice él una copia para su uso privado. No, en ese caso, lo que está haciendo el reproductor de la obra o lo que está cometiendo el reproductor de la obra es realmente un delito, porque el único que tiene permiso para proceder a realizar una copia para uso privado o doméstico es quien en su oportunidad adquirió el soporte original.

3.- Confusión societaria respecto de la naturaleza jurídica de las Sociedades de Gestión Colectiva: Por otra parte, el demandante tiene una seria confusión respecto de la naturaleza jurídica de las Sociedades de Gestión Colectiva, al intentar asimilarlas a las Compañías en Nombre Colectivo que establece la Ley de Compañías en su artículo 2.

Las Sociedades de Gestión Colectiva no son, en lo absoluto una variedad de las Compañías en Nombre Colectivo y, por lo tanto, las Sociedades de Gestión Colectiva no pueden estar al amparo o control de la Superintendencia de Compañías.

Lamentablemente, quien ha presentado esta demanda confunde realmente cual es la naturaleza jurídica, insisto, de estos dos tipos de personas jurídicas cuales son: las Compañías de Nombre Colectivo; y, por otro lado, las Sociedades de Gestión Colectiva.

4.- Reproducciones para comercialización: Por otro lado, el demandante en el acápite 5 del Capítulo 2 de su demanda equivocadamente hace creer al Tribunal Constitucional que quien realiza una copia privada es quien reproduce una obra para luego comercializarla y obtener réditos económicos no, porque la copia privada, es una copia única que la realiza solamente el dueño del soporte original para su uso personal, si el día de mañana alguien adquiere un soporte original y comienza a reproducir la obra, a comercializarla y por eso tiene réditos económicos, eso no es copia privada, eso sencillamente es una violación de derechos patrimoniales del autor de una obra o su titular derivado, porque en este específico caso ya se está violentando el Derecho de Autor para fines comerciales; y, como queda dicho anteriormente, cuando uno realiza una copia privada para su uso personal no aspira a obtener, de ninguna manera, un rédito de tipo económico, menos iniciar una actividad comercial.

5.- No hay prisión por deuda:- Por otra parte, indica el demandante, que de conformidad con la Constitución Política de la República del Ecuador, no existe prisión por deuda y mal podría haberse indicado que quien no proceda a cancelar la Remuneración por Copia Privada estaría sujeto a una sanción penal de tal naturaleza.

Respecto a este punto, importante es indicar, que no existe prisión en lo absoluto para quien no pague la Remuneración por Copia Privada, equivocadamente el demandante hace referencia al artículo 325 de la Ley de Propiedad Intelectual pero, en ninguno de los literales o del texto de esa norma, se establece una sanción de tipo penal, privativa de la libertad, para quien no haya cancelado esta remuneración. No, el tipo penal que sí se establece en esta norma, es el de sancionar a quienes permitan introducir aparatos que faciliten descifrar o decodificar señales codificadas, aquí no se sanciona a quien importó un CD o una grabadora y no pagó la Remuneración por Copia Privada no, aquí se sanciona a quien introdujo equipos que permitan burlar codificaciones. El texto pertinente del artículo 325 de la Ley de Propiedad Intelectual indica:

> *"… serán reprimidos con prisión de un mes a dos años y multa de 657 dólares de los Estados Unidos de América a 6.572 dólares de los Estados Unidos de América, tomando en consideración el valor de los perjuicios ocasionados, quienes en violación de los Derechos de Autor o Derechos Conexos:*
> *d) introduzcan al país, almacenen, ofrezcan en venta, vendan, arrienden o de cualquier otra manera pongan en circulación o a disposición de terceros aparatos u otros medios destinados a descifrar o decodificar las señales codificadas o de cualquier otra manera burlar o quebrantar los medios técnicos de protección aplicados por el titular del Derecho …"*

Como ustedes podrán apreciar no existe sanción de ninguna naturaleza de tipo penal, insisto con privación de la libertad, respecto de las personas que no honren este pago. Esto no es sino otra más de las equivocaciones del demandante en esta demanda.

Derecho Constitucional

La Acción de Cumplimiento en el Proyecto de Nueva Constitución del Ecuador

Dr. Iván Castro Patiño

Sumario: ***I.*** *Importancia Teórica De La Acción De Cumplimiento.* ***II.*** *El Estado Social De Derecho Y La Acción Cumplimiento.* ***III.*** *La Distinción Entre Validez, Vigencia Y Eficacia De La Norma Jurídica Y La Acción De Cumplimiento.* ***IV.*** *Semejanzas Y Diferencias Entre La Acción De Amparo Y La Acción De Cumplimiento.* ***V.*** *La Inconstitucionalidad Por Omisión Y La Acción De Cumplimiento.* ***VI.*** *Diferencias Y Semejanzas Entre La Acción De Cumplimiento Y La Acción De Inconstitucionalidad Por Omisión.* ***VII.*** *Propuesta Para Incorporar La Acción De Cumplimiento En La Constitución Ecuatoriana*

Como Vicepresidente de la Comisión de Juristas del Consejo Nacional de Educación Superior CONESUP que, a petición del Presidente Constitucional de la República, elaboró un Proyecto de Nueva Constitución, obtuve que se introduzca en el Proyecto, con el visto bueno de mis compañeros de Comisión, dos nuevas instituciones, tendentes a conseguir la plena eficacia de las normas constitucionales y legales así como la real aplicación del principio de la fuerza normativa de la Constitución. Estas dos nuevas instituciones son: La Acción de Inconstitucionalidad por Omisión y La Acción de Cumplimiento. Todo hace preveer que la Asamblea Nacional Constituyente, reunida en Montecristi, acogerá nuestra propuesta e incorporará estas dos nuevas instituciones en el Proyecto de Constitución, que será sometido a referéndum del pueblo ecuatoriano.

En esta ocasión me propongo destacar la importancia de la Acción de Cumplimiento como una nueva institución procesal, elevada al rango de garantía constitucional, destinada a coadyuvar a la concretación de los derechos constitucionales a la seguridad jurídica, a la plena eficacia de las

normas legales y administrativas y a la realización de postulados básicos del estado social de derecho.

I. Importancia Teórica de la Acción de Cumplimiento

Efectuando una revisión del derecho constitucional comparado, podemos apreciar que, durante las últimas décadas, hemos asistido, particularmente en América Latina, a un proceso de permanente y progresivo reforzamiento de los derechos humanos y de sus garantías. Con este propósito, se ha introducido en el ordenamiento constitucional una más clara y completa formulación de derechos y, simultáneamente, se han constitucionalizado diversos institutos procesales de exigibilidad y defensa de la Constitución y la ley. Uno de los más novedosos mecanismos de exigibilidad del cumplimiento de la ley, es aquel que las recientes Constituciones de Colombia (1991) y de Perú (1993) han denominado *Acción de Cumplimiento*[1], que en términos generales es el proceso constitucional por medio del cual se empodera a los ciudadanos, del derecho de acudir ante la justicia constitucional para demandar al juez que ordene a la autoridad, órgano o funcionario renuente o remiso, que dé efectivo cumplimiento a lo que imperativamente dispone una ley, norma o acto administrativo de carácter general.

Caso concreto seria, por ejemplo, la mora por parte de un buen número de municipalidades en dar cumplimiento con lo que disponen los Arts. 192, 201 y 203 del Código de la Niñez y Adolescencia, en concordancia con el Art. 52 de la Constitución Política del Ecuador, que los obliga a crear en su correspondiente jurisdicción el respectivo Consejo Cantonal de la Niñez. En casos como este, aunque la ley está vigente, la mora del obligado a cumplirla la torna ineficaz

Es innegable que la mora por parte de las autoridades y funcionarios públicos en cumplir con los mandatos y deberes contenidos en leyes o en

---

1 *Constitución de Colombia: Art. 87 "Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.*

Constitución de Perú. Art. 200: "Son garantías constitucionales: … 6) La Acción de Cumplimento que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley."

actos administrativos que la propia administración genera, es un mal de progresiva y cada día mayor incidencia. Esta situación constituye una burla para el orden jurídico basado en la Constitución, pues defrauda las fundadas expectativas, que deben tener los ciudadanos, de que los poderes constituidos y funcionarios públicos cumplan sus obligaciones legales y administrativas.

Ciertamente, el reiterado incumplimiento, de las obligaciones que le imponen las disposiciones constitucionales, legales y administrativas, por parte de los órganos y autoridades del poder público, constituye una perniciosa repetición -en tiempos actuales- de aquella clásica fórmula de inaplicación del derecho indiano durante la época colonial, que la sabiduría popular conoció bajo el lema ***"La Ley se acata pero no se cumple"***.

Todo país que se precie de vivir en un Estado de Derecho debe asegurar que en su territorio se respete y se cumpla la Constitución, las leyes y, en general, el ordenamiento jurídico vigente. Esta obligación corresponde no sólo a los ciudadanos sino, fundamentalmente, a las autoridades y a los órganos del poder público.

De la misma manera que la fuerza normativa de la Constitución como Ley Suprema repudia la posibilidad de que los órganos o funcionarios públicos puedan contrariar sus disposiciones por acción o por omisión, también es inconcebible que los poderes constituidos puedan dejar de aplicar la Ley o lo dispuesto en actos administrativos, bien sea por omisión en el cumplimiento de sus deberes, bien por ejecución de acciones que demuestren claramente que se incumple las normas legales o administrativas.

Repugna al recto criterio jurídico considerar que puede dejarse al arbitrio de los órganos del poder público y de las autoridades y funcionarios, la posibilidad de que, a su voluntad, puedan tornar ineficaz una norma legal o administrativa, por el sólo hecho de no actuar o, lo que da igual, de actuar de una forma distinta a lo preceptuado legalmente.

El incumplimiento, por acción u omisión, de las disposiciones legales o administrativas, vulnera principios básicos del derecho que están elevados a rango constitucional, como la seguridad jurídica y el derecho implícito que tenemos todos los gobernados a que las leyes y los actos administrativos se cumplan.

La mora de las autoridades y de los órganos del poder público, en cumplir con las obligaciones legales o administrativas trae aparejada graves consecuencias sociales, jurídicas e incluso políticas, al permitir la supervivencia del status quo e impedir el cambio que muchas veces la norma constitucional, legal o administrativa persigue.

II. El Estado Social de Derecho y la Acción Cumplimiento

Si los razonamientos anteriormente expuestos son válidos tratándose de la aplicación del orden jurídico basado en un estado clásico o liberal de derecho, adquieren mayor relevancia dentro de la concepción de un estado social de derecho, que es el tipo de estado que ha establecido nuestra Constitución desde el año 1998. Efectivamente, el estado social de derecho exige no sólo la vigencia, sino, además, la eficacia de los preceptos constitucionales, legales y administrativos en que se desarrolla su concepción, pues, el eficaz cumplimiento de sus preceptos son indispensables para la concretación material de sus principios, que tienden a asegurar un orden jurídico, social y económico justo.

En un Estado social de Derecho, la labor de los órganos del poder público no se agota con la simple formulación de normas o expedición de actos administrativos, pues es obligación del Estado y, en consecuencia, de sus instituciones y autoridades, lograr la efectiva vigencia del derecho en la sociedad.

Con razón se ha señalado que es justamente en las construcciones teóricas del constitucionalismo social y en su clara tendencia finalista en donde se encuentra el germen doctrinario de la acción de cumplimiento, como una garantía constitucional encaminada a conseguir la eficacia de las normas jurídicas y, a través de su aplicación, la vigencia de la normativa social y democrática en ellas inmersa.

La Corte Constitucional colombiana ha señalado que en un estado social de derecho es esencial consagrar la eficacia material de la norma-

tiva jurídica, así como de los actos administrativos que dentro de sus respectivas competencias expiden las autoridades. Por su parte, el Consejo de Estado de la República de Colombia, al referirse a la acción de cumplimiento, subraya que la eficacia de las normas jurídicas se encuentra íntimamente vinculada con la concepción del Estado Social de Derecho, al señalar:

"El referido derecho se nutre del principio constitucional de la efectividad de los derechos que no es ajeno al Estado Social de Derecho, pues si éste busca crear unas condiciones materiales de existencia que aseguren una vida en condiciones dignas y justas a los integrantes de la comunidad, y la acción de los poderes públicos para lograr estos propósitos se traducen en leyes y actos administrativos, toda persona como integrante de ésta, en ejercicio del derecho de participación política e interesado en que dichos cometidos materiales se realicen, tiene un poder activo para instar el cumplimiento de dichas leyes y actos, acudiendo para ello al ejercicio de una acción judicial."[2]

El pleno de la Corte Constitucional de Colombia mediante auto de 10 de diciembre de 1992, con ponencia del exmagistrado, Dr. Simón Rodríguez Rodríguez, señaló: *"La Acción de Cumplimiento está destinada a brindarle al particular la oportunidad de exigir de las autoridades la realización del deber omitido, a través de una facultad radicada en cabeza de todos los individuos, que les permite procurar la verdadera vigencia y verificación de las leyes y actos administrativos, acatándose de esta forma uno de los más eficaces principios del Estado de Derecho, como es el de que el mandato de ley o lo ordenado en un acto administrativo no puede dejarse a un simple deseo y tenga en cambio concreción en la realidad".*

Remarcando más la vinculación de la Acción de Cumplimiento con los principios medulares que conforman el Estado Social de Derecho la misma Corte Constitucional de Colombia, mediante sentencia C-157 del año 1998, señaló: *"…El objeto y finalidad de esta Acción es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la*

---

[2] Beatriz Londoño Toro: "Balance de las acciones de cumplimiento en la Constitución de 1991"; ensayo incluido en la obra "La Constitución por Construir" publicado por la Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política y el Centro Editorial de la Universidad del Rosario. Bogotá 2001. Páginas 100 y sgts.

posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida Acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tiendan a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económicos justos".

III. La distinción entre validez, vigencia y eficacia de la norma jurídica y la acción de cumplimiento

La acción de cumplimiento se encamina a conseguir que se de una efectiva correspondencia entre la validez y eficacia de una norma jurídica, o si se quiere, entre la validez, la vigencia y la eficacia de una norma jurídica. Veamos algo al respecto de esta clásica diferenciación.

El Maestro Hans Kelsen sostenía que la validez de una norma jurídica coincide con su obligatoriedad y por tanto con su eficacia. Por la razón expuesta, la noción de eficacia no reviste interés en la obra del maestro austriaco. Sin embargo, la realidad demuestra la existencia de innumerables normas que, aún siendo validas y justas, carecen de eficacia.

Esta falta de concordancia entre validez y eficacia puede darse a todo nivel del ordenamiento jurídico. Así, al analizar la existencia de normas constitucionales válidas pero ineficaces, el profesor Norberto Bobbio afirma: *"sin ir muy lejos, muchos artículos de la Constitución italiana no han sido aplicados hasta hoy. ¿Qué significa la tan a menudo deplorada desaplicación de la Constitución? Significa que nos encontramos ante normas jurídicas que, aún siendo válidas, esto es existentes como normas, no son eficaces."*[3]

La teoría de la norma jurídica plantea un triple orden de valoración con respecto a ella: 1.- si es justa o injusta; 2.- si es válida o inválida; 3.- si es eficaz o ineficaz. Estos tres criterios valorativos son absolutamente independientes entre si, ya que la norma jurídica puede conjugar todas

[3] Norberto Bobbio: "Teoría General del Derecho", 3ra reimpresión de la 2da. Edición, Editorial Temis S.A., Santa Fé de Bogotá, Colombia, año 1999, página 93

las combinaciones posibles. En efecto, ni la justicia depende de la validez o de la eficacia; ni la validez depende de la eficacia o la justicia; ni la eficacia depende de la justicia o de la validez.

El problema de la justicia es un tema tratado por la Deontología Jurídica, parte de la Filosofía del Derecho que se ocupa de la Teoría de la Justicia. El tema de la validez es tratado por la Ontología Jurídica y forma parte de los estudios de la Teoría General del Derecho. Y, el problema de la eficacia, es un tema fenomenológico del derecho y del él se ocupa la Sociología Jurídica.

Para el tema que nos ocupa, la mayor importancia radica en la distinción entre validez y eficacia de una norma jurídica o acto administrativo.

Con respecto al tema de la justicia, nos limitaremos a señalar que ésta se ocupa de establecer si existe o no existe correspondencia de la norma con los valores superiores que inspiran un determinado orden jurídico y garantizan la dignidad del ser humano.

En cuanto al tema de la validez, diremos que entendemos por validez jurídica, a la existencia de una norma como norma jurídica, independientemente del juicio de valor que se haga sobre ella e independientemente de su eficacia o aplicación práctica.

La Corte Constitucional colombiana establece una distinción entre lo que denomina *validez sustantiva* o *validez en estricto sentido* y, por otro lado, lo que denomina *validez formal* o *vigencia*. En efecto, la sentencia de la Corte Constitucional colombiana C- 443 del 18 de septiembre de 1997, cuyo ponente fue el doctor Alejandro Martínez Caballero, establece en estos términos la distinción anteriormente señalada:

"De un lado, se propone denominar ***validez sustantiva o validez en estricto sentido,*** *al hecho de que una norma de inferior jerarquía no contradiga las disposiciones superiores y en especial, que armonice con los valores materiales defendidos por el ordenamiento constitucional. De otro, se propone llamar* ***validez formal o vigencia*** *al hecho de que la norma formalmente haga parte del sistema, por haber cumplido los requisitos mínimos para entrar al ordena-miento..." (Las negrillas son nuestras)*

El tema de la eficacia de una norma es aquel que se ocupa de conocer si la norma es o no es cumplida por las personas a quienes se dirige, esto es, por sus destinatarios, bien sea que este cumplimiento se realice en forma voluntaria o que se lo haga valer por medios coercitivos que la autoridad le impone. La Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia referida en el párrafo anterior, señala respecto a la eficacia:

"...Y, finalmente, se designa ***eficacia jurídica o aplicabilidad****, a la posibilidad que la disposición produzca efectos jurídicos, o al menos sea susceptible de hacerlo. Sin embargo... este último concepto no debe ser confun-dido con el de* ***eficacia sociológica****, que se refiere al hecho de que las normas alcancen sus objetivos y sean efectivamente cumplidas y aplicadas o al menos, en caso de ser violadas, se imponga una sanción a su infractor."*

Finalmente, la ya referida sentencia de la Corte Constitucional colombiana, relaciona los conceptos de validez, vigencia y eficacia, en los términos siguientes:

"Como es obvio, la validez, la vigencia y la eficacia, así definidas, son fenómenos interrelacionados, pues en general, para que una disposición produzca efectos, es decir, para que sea aplicable y jurídicamente eficaz, es necesario que haya sido incorporada al sistema, esto es, que se encuentre vigente y que, además, no contradiga las normas superiores, es decir, que sea válida. Este hecho explica el que, en el lenguaje jurídico, a veces se utilicen indistintamente esas categorías sin que se produzcan confusiones."

Es justamente este problema de falta de concordancia entre la vigencia o validez de una norma jurídica, por un lado y su real eficacia, el que fue considerado por el constituyente colombiano al momento de establecer la acción de cumplimento para solucionar este problema jurídico. Así lo refiere la profesora Beatriz Londoño, quien reproduce tres intervenciones de miembros de Asamblea Constitucional Colombiana de 1971, que se refieren a la acción de cumplimiento en los términos siguientes:

"La acción de cumplimiento tiene su razón de ser en la falta de aplicación del ordenamiento jurídico y en el desacato cotidiano y recurrente de la ley[4]*"*

"Es que tenemos que reconocer que el problema legislativo que se ha visto en Colombia no es solamente porque el legislativo no legisla, en todos su órdenes, sino también que esa ley, esas ordenanzas, esos acuerdos, muchas veces no los ejecutan. Entonces lo que queremos establecer aquí es una acción para que una vez la ley ha cumplido con todo su trámite y ha entrado en vigencia a través de su publicación, o a través del mecanismo mediante el cual la misma norma prevé cuándo entra la vigencia, pues sea puesta en vigencia de verdad, y que las personas por ese interés general que les asiste…, tengan un mecanismo a través del cual se puedan hacer efectivos, y por eso las hemos denominado acción de ejecución de cumplimiento[5]*…"*

"…Lo mismo pasa con los actos administrativos. Se vé cómo muchas veces las situaciones administrativas se definen a través de los actos correspondientes, pero no se ejecutan; entonces la obra pública o el servicio público o la intervención en un caso determinado y concreto que se ha solicitado, sim-plemente no se ejecuta porque el funcionario no lo hace. Entonces lo que se está pidiendo aquí es que se le dé a la comunidad un mecanismo para que sea efectivo[6]*…"*

IV. Semejanzas y Diferencias entre la Acción de Amparo y la Acción de Cumplimiento

Acción de Amparo y la Acción de Cumplimiento tienen en común que en ambas se aplican los principios procesales comunes a todas las garantías constitucionales, como son:

a) **Petición de parte interesada** quien debe formular la demanda. El proceso sólo se puede iniciar mediante demanda formulada por una

---

4 Gaceta Constitucional, No. 57

5 Gaceta Constitucional, abril 17 de 1991, informe ponencia de los constituyentes Jaime Arias López, Darío Mejía Agudelo y Juan Carlos Esguerra Portocarrrero.

6 Intervención del constituyente Jaime Arias, el 6 de mayo de 1991, Comisión Primera Constituyente, Gaceta del Congreso, abril 25 de 1995, p. 4. Tomado del estudio de Beatriz Londoño Toro, ya citado.

persona, sin perjuicio de que la actuación procesal subsiguiente la impulse el Juez;

b) **Publicidad**, pues el expediente es público, no está sujeto a reservas y a él tienen acceso no sólo las partes sino las personas en general;
c) **Prevalencia del derecho substantivo sobre el procesal**, no pu-diendo sacrificarse la justicia por falta de formalidades o solem-nidades propias del ejercicio de las acciones judiciales. Por el con-trario, el Juez debe permitir, facilitar y garantizar el acceso ciuda-dano a la justicia, sin poner trabas para el ejercicio de la acción;
d) **Celeridad**, pues el Juez tiene un plazo perentorio para tramitar la causa y dictar el fallo;
e) **Economía,** concordante con el principio anterior, el Juez debe procurar que las actuaciones procesales sean sencillas y pertinentes a la economía en el trámite del proceso; y,
f) **Gratuidad**, pues la presentación de la demanda y la tramitación del proceso no implica gasto alguno.

La principal diferencia entre las acciones de cumplimiento y de amparo radica en que ésta tiene por fin la protección de un bien público individual, protegiendo o reparando la vulneración de derechos cons-titucionales subjetivos de las personas, en cambio que la acción de cumplimiento no protege derechos subjetivos individuales sino que se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y actos administrativos.

En efecto, como es sabido, la acción de amparo protege los derechos subjetivos de las personas agredidas por una acción u omisión ilegítima de una autoridad pública, en tanto que la acción de cumplimiento no se circunscribe a la protección de los derechos del accionantes, pues no pre-supone, necesariamente, para su ejercicio, la existencia de un derecho subjetivo supuestamente agraviado, como sí ocurre en el caso del amparo.

Debemos advertir, sin embargo, que tanto en Ecuador como en Colombia los artículos 95 y 86 de la Constitución, que regulan la acción de amparo o de tutela, respectivamente, establecen como legitimado activo a *"cualquier persona"* o a *"toda persona"*, según consta en la redac-ción del inicio de ambos artículos. Esta amplitud en cuanto a la legitimación activa es similar a la del artículo 87 de la Constitución

colombiana que se refiere a la acción de cumplimiento y que utiliza también la expresión *"toda persona"*. Pero, como bien lo afirma Juan Carlos Esguerra Portocarrero, *"mientras en el caso de la acción de cumplimiento la expresión "toda persona", literalmente exime de legitimación universal… y tiene en consecuencia carácter absoluto, en el de la tutela su alcance está limitado en función de la condición estrictamente particular de los derechos que protege."*

"La explicación de esa diferencia es simplemente de enfoque y radica en que con cada una de las dos acciones el constituyente busca proteger un interés jurídico distinto: con la acción de tutela, la efectiva vigencia de los derechos fundamentales de las personas, que son un bien público individual, y con la acción de cumplimiento, la efectiva vigencia de la ley que es un bien público colectivo[7]"

En el caso colombiano la Ley 393, del 29 de julio de 1997, que reglamentó la Acción de Cumplimiento, en su artículo 9, señala expresamente que la acción de cumplimiento no procede *"para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la acción de tutela"*. Si de hecho se presenta el caso, el Juez le debe dar de oficio a la solicitud el trámite de tutela. Lamentablemente esta norma ha sido utilizada por algunos tribunales para desvirtuar la esencia de la acción de cumplimiento, otorgándole una solución meramente formal al problema de la eficacia de la norma, que consiste en que toda acción de cumplimiento la convierten en acción de tutela, para concluir ordenando a la autoridad dar respuesta al derecho de petición consagrado en la Constitución, en vez de ordenar el efectivo cumplimiento de lo dispuesto en la ley, norma o acto administrativo de carácter general, que es el fin primordial de la acción de cumplimiento.

En el caso ecuatoriano, cuando se produce el incumplimiento de una norma constitucional como producto de la inacción de los poderes constituidos, que dejan de hacer aquello que la Constitución imperativamente dispone que realicen, no existe un remedio a esta patología constitucional, salvo en aquellos casos en que es posible interponer una acción de amparo, que si bien se refiere a la omisión, sólo tutela los casos

---

[7] Juan Carlos Esguerra Portocarrero. "La protección Constitucional del Ciudadano. Editorial Legis. Bogotá-Colombia. 2004. pág. 182.

de omisiones ilegitimas de una autoridad pública o de personas que por delegación presten servicios públicos, que impliquen o puedan implicar violación del ejercicio de un derecho subjetivo consagrado en la Constitución o en un convenio internacional vigente y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave.

V. La Inconstitucionalidad por Omisión y la Acción de Cum-plimiento

La acción de inconstitucionalidad consagrada en la Constitución ecuatoriana sólo permite reparar los daños a la Constitución como producto de la expedición o promulgación de un acto o de una ley contraria a la supremacía material o formal de la Carta Magna pero, no se aplica a la violación de la Constitución por omisión. Para corregir ésta grave falencia en el constitucionalismo ecuatoriano hemos propuesto la creación de la Acción de Inconstitucionalidad por Omisión, cuya tramitación correspondería a la Corte Constitucional[8].

Ahora bien, cuando la omisión afecta la eficacia de una ley o norma administrativa de carácter general, no existe un incumplimiento expreso de una norma concreta e imperativa de la Constitución, sino que en forma indirecta se afectaría a la Carta Suprema, al violar los derechos a la seguridad jurídica y a la aplicación de la ley que tenemos todos quienes habitamos en un Estado constitucional de derecho. En este supuesto, el remedio consistiría en crear una nueva garantía constitucional, que permita el inicio de un proceso, con la presentación de una Acción de Cumplimiento.

En mi concepto, se hace lo correcto, al ampliar la legitimación activa para la presentación de una Acción de Cumplimiento a toda persona, pues en materia del imperio de la ley y de los reglamentos de carácter

[8] En el Proyecto de Nueva Constitución de la Comisión de Juristas del CONESUP se faculta a la Corte Constitucional para las acciones de inconstitucionalidad por omisión, con el siguiente texto: Artículo 194:… 2. Declarar la inconstitucionalidad en que ocurran las funciones del Estado o autoridades públicas que pos omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos concretos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución, o, a falta de este el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. 2.1 Declarada la inconstitucionalidad por omisión, notificará al órgano o autoridad remisos, fijando un plazo perentorio para que se la subsane. 2.2 Si persiste la omisión la Corte Constitucional, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, los que regirán hasta cuando el órgano o autoridad pública competente cumplan con la obligación que establece la Constitución.

general, no debe aplicarse la máxima jurídica *"donde no hay interés no hay acción"*, ya que este precepto sólo es aplicable para temas de interés particular, pero no para los aspectos de interés común como es la eficacia de las leyes y normas generales vigentes en un país, que es un tema que debe interesar a todos.

VI. Diferencias y Semejanzas entre la Acción de Cumplimiento y la Acción de Inconstitucionalidad por Omisión

La Acción de Inconstitucionalidad por Omisión está destinada a corregir casos de omisión inconstitucional directa, mientras que la Acción de Cumplimiento se refiere a casos de omisiones inconstitucionales indirectas.

En efecto, la Inconstitucionalidad por Omisión se define como *"la inobservancia total o parcial de los mandatos concretos contenidos en normas constitucionales de cumplimiento obligatorio, producto de la inacción de los poderes constituidos o de los funcionarios públicos, dentro del plazo establecido en la Constitución o considerado razonable, que ocasiona la pérdida de eficacia normativa de la Constitución*[9]*"*.

Como se aprecia en la definición anterior, se produce la inconstitucionalidad por omisión y, en consecuencia, la posibilidad de pedir la reparación de esta violación a la Carta Suprema, cuando se produce la inobservancia total o parcial de mandatos constitucionales concretos, como producto de la inacción de los poderes constituidos o funcionarios públicos.

La Acción de Cumplimiento, en cambio, se dirige a remediar la omisión, por parte de las autoridades u órganos del poder público, en dar cumplimiento con los mandatos estatuidos en una norma legal o en un acto o norma administrativa de carácter general y tiene como finalidad conseguir que se acate y efectivamente se ejecute lo estatuido en dichas disposiciones. Precisamente, el artículo 66 del Código Procesal Constitucional de Perú, señala que es objeto del proceso de cumplimiento

[9] Dr. Iván Castro Patiño: "Inconstitucionalidad por Omisión" Corporación de Estudios y Publicaciones año 2006. página 95.

ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente: 1) Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenen emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.

Otra diferencia entre la Inconstitucionalidad por Omisión y la Acción de Cumplimiento es que mientras la primera se refiere básicamente, aunque no en forma exclusiva, a omisiones constitucionales de carácter legislativo, la Acción de Cumplimiento en cambio se refiere básicamente, aunque no exclusivamente, al control de las omisiones del ejecutivo, frente a mandatos contenidos en leyes o normas administrativas de carácter general.

La principal semejanza entre la Inconstitucionalidad por Omisión y la Acción de Cumplimiento radica justamente en que, el fin que ambas persiguen, es procurar la eficacia de las normas jurídicas. En el primer caso, frente a una violación directa, por omisión, de un mandato constitucional concreto; en tanto que, en el segundo, frente a una violación indirecta de las normas constitucionales y de los principios del Estado Social de Derecho que establecen el derecho de todos los ciudadanos a que las normas legales o administrativas vigentes se apliquen efectivamente en la realidad social.

VII. Propuesta para Incorporar la Acción de Cumplimiento en la Constitución Ecuatoriana

En razón de la importancia práctica y teórica que reviste para los ciudadanos de un estado que efectivamente se cumpla con las normas constitucionales y legales por parte de los órganos del poder público y de las autoridades, para así darle vigencia práctica a los principios de seguridad jurídica, supremacía y fuerza normativa de la Constitución, así como a los postulados del Estado Social de Derecho, la Comisión de Juristas del CONESUP, a pedido mío, estudió esta novedosa institución y resolvió establecer en el proyecto de Nueva Constitución un artículo que crea la Acción de Cumplimiento para, de esta manera, dotar a los ciudadanos ecuatorianos del poder para exigir a las autoridades públicas el pleno cumplimiento de lo que disponen las leyes, normas y actos administrativos.

El derecho constitucional cuya eficacia garantiza la acción de cumplimiento fundamentalmente es el de la seguridad jurídica que, según la formulación elaborada por la Comisión de Juristas del CONESUP, para el proyecto de Nueva Constitución y según lo establece la jurisprudencia y la doctrina constitucional prevaleciente, incluye, entre otros, los principios de publicidad, formalidad, razonabilidad, **eficacia y aplicaba-lidad del ordenamiento jurídico**. [10]

El artículo que sugerí que se incorpore en la Constitución y que aparece en el texto del proyecto del CONESUP, tiene la redacción siguiente:

"Art. 116 Toda persona podrá acudir ante el Juez Constitucional para hacer efectivo el cumplimiento de una ley, norma o un acto administrativo de carácter general. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad o funcionario renuente, el cumplimento del deber omitido, sin perjuicio de las responsabilidades de ley".

Debemos estar atentos a lo que resuelve la Asamblea Constituyente con respecto a esta importante innovación en el derecho constitucional ecuatoriano.

Guayaquil, 20 de junio del 2008

---

[10] El artículo 24 No. 28 del proyecto de Nueva Constitución, elaborado por la Comisión Especial de Juristas del CONESUP, incluye dentro de los derechos civiles el de la seguridad jurídica con la siguiente redacción: *"Art. 24 El Estado reconoce y garantiza a las personas los siguientes derechos:… No. 28. A la seguridad jurídica, que incluye, entre otros, los principios de publicidad, formalidad, razonabilidad, eficacia y aplicabilidad del ordenamiento jurídico."*

PODER CONSTITUYENTE Y ESTADO DE DERECHO

Dr. Nicolás Castro Patiño
Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia
Profesor Principal de Derecho Procesal Orgánico de
la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

El poder constituyente, cuyo titular es el pueblo,[1] no es lo mismo que el poder legislativo ordinario, que es un poder constituido.

El término "constituyente" no existe ni en Inglaterra, ni en Estados Unidos de Norteamérica. Que no exista en Inglaterra, en verdad, no ofrece ninguna dificultad, porque en ese país no se da como cosa distinta el poder constituyente y los poderes constituidos, en tanto el Parlamento británico ejerce conjuntamente ambos poderes. Pero, en cambio, el vacío idiomático para los Estados Unidos de Norteamérica es grave, porque históricamente es en este país donde se llevó a la práctica la doctrina del poder constituyente cuya fuente es Francia, así como la del constitucionalismo, que constituye su corolario.

Por esta razón los tratadistas norteamericanos frente al vacío técnico y doctrinario que produce el no poder contar con el vocablo "constituyente", se ven obligados a reemplazarlo por otro: "constitucional", confundiéndose e identificándose así dos conceptos jurídicos distintos, siendo ésta la razón por la cual a sus convenciones las denominan "convenciones constitucionales" y no como debiera ser, es decir, "convenciones constituyentes", en virtud de que aquéllas pueden ejercer

---

[1] VANOSSI, JORGE REYNALDO A. "*Teoría Constitucional*". De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1975, Tomo I. pág. 277: …*En la actualidad es difícil encontrar una negación abierta y total de la afirmación democrática y popular de la titularidad del poder constituyente. La inmensa mayoría de los regímenes políticos presentes se fundan en la proclamación del principio democrático como base constitutiva de su sistema, aunque en el ejercicio de los actos de creación se profesen prácticas pertenecientes al sistema autocrático.* Además, en el caso de Ecuador, la Constitución vigente proclama en el preámbulo que "el pueblo del Ecuador… establece en esta Constitución…"; mientras, el Art. 1, enuncia que "el Ecuador es un Estado social de derecho… democrático…" y, más adelante, que "la soberanía radica en el pueblo…"

el poder de reformar la Constitución, produciéndose una grave perturbación doctrinaria.

Resulta evidente que no es lo mismo **constituyente** que **constitucional:** aquel poder se ejerce cuando se dicta una Constitución o se enmienda o reforma la previamente dictada; éste, al contrario, denota el carácter que asume un acto de autoridad cuando ella se ejerce con sujeción a los preceptos constitucionales vigentes.

La doctrina sobre el poder constituyente es francesa y su autor es el abate Sieyés quien en su libro "**¿Qué es el Tercer Estado?"** dijo: "La Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente…". "En cada parte la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente…"[2]

Así mismo, no son iguales los conceptos de **acto constituyente, poder constituyente** y **constitución:** el primero, se refiere a hechos en los cuales se manifiesta la voluntad política del pueblo; el segundo, a la capacidad del pueblo de darse una organización política y un ordenamiento jurídico determinado; y, el último, es la voluntad jurídica en que la voluntad política del pueblo se convierte al adquirir carácter normativo.

Mientras en Europa se concibe el acto constituyente sin estado de derecho y sin Constitución escrita, en América, sucede todo lo contrario; pues, históricamente, le correspondió a los Estados Unidos de Norteamérica llevar a la práctica la doctrina del poder constituyente de Sieyés, abriendo un surco que luego es seguido por los demás países americanos, debido a que el acto constituyente en nuestros lares refleja al mismo tiempo tanto un acto de emancipación de la metrópolis como uno de proclamación de la soberanía interna e internacional.

---

[2] SIEYÉS, ENMANUEL. *¿Qué es el Tercer Estado?.* Pag. 108-110; en Borja Cevallos, Rodrigo, "*Principios de Derecho Político y Constitucional",* Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1964. *pág. 513.*

El profesor Segundo Linares Quintana[3], apunta bien la diferencia que hay entre el poder constituyente y los poderes constituidos, y expresa:

> "*El poder constituyente es la facultad soberana del pueblo a darse su ordenamiento jurídico –político fundamental originario por medio de una Constitución y a revisar ésta total o parcialmente, cuando sea necesario", en tanto que "los poderes constituidos son creados por la Constitución que los limita y regla, encontrándose, por consiguiente, en un plano de jerarquía institucional inferior al del poder constituyente".*

La diferencia entre ambos poderes es clara y se puede sintetizar en el hecho de que el poder constituyente llamado **originario,** por su cuota de poder, no está sometido a normas preexistentes de derecho positivo y puede ser **fundacional,** cuando dicta la primera Constitución al fundarse un Estado; y, **post-fundacional,** cuando opera después de la primera Constitución, pero también exento de reglas jurídicas preexistentes, tal y como actúa a consecuencia de una revolución. A contrario sensu, el poder constituyente llamado **derivado,** es el que actúa sujeto a reglas preexistentes de derecho positivo, para enmendar o reformar la Constitución, a la que incluso podría reemplazarla íntegramente, siempre que esté facultado para esto.

En verdad, hay ejercicio del poder constituyente originario si éste actúa en su etapa de **primigeneidad,** en el caso de una sociedad que se organice por primera vez en Estado, o en su etapa de **continuidad,** cuando por haberse interrumpido la vida institucional del Estado por algún motivo, éste se avoque al caso de dictar una nueva Constitución, lo que frecuentemente ocurre cuando el poder es asumido por la fuerza y se instaura una dictadura, hasta que se den las condiciones para normalizar la vida institucional, elaborando un nuevo texto para la Constitución.

Parecería, a la luz de lo explicado, que el poder de enmienda o de reforma de la Constitución, implica el ejercicio del poder constituyente derivado.

---

[3] LINARES QUINTANA, SEGUNDO. *"Teoría e Historia Constitucional"* Tomo I, pág. 82; en Borja, ob.cit., p. 526.

El poder constituyente originario tiene como su titular al pueblo y se encuentra frente a límites **fácticos, normativos** y **axiológicos** que no se pueden escamotear. Esta circunstancia no atenta a su condición de poder autónomo, incondicional y trascendente con relación al orden jurídico positivo; y, suele operar a través de dos sistemas: **monocrático** o **unipersonal,** como aconteció con la Constitución de Mónaco de 1962 que fue dictada por Rainiero III; y, **policrático** o **múltiple,** cuando el operador es plural, como ocurre si el poder constituyente es actuado por dos o más órganos, tal el caso en el que una Asamblea Constituyente es la encargada de redactar la Constitución y luego el pueblo, por la vía del referéndum, es el que finalmente la aprueba o nó. Aquí, en nuestra tierra, han denominado como Asamblea "Constituyente" a una que siendo de origen popular, es sólo "Proyectista"[4] y así debiera ser llamada, si actuamos con rigor académico y éste lo proyectamos a la expresión política.

En la Quinta Codificación de la Constitución de 1978 cuyo texto fuera aprobado el 5 de Junio de 1998, en Riobamba, y que entrara en vigencia, con la posesión de Mahuad como Presidente de la República, a partir del 11 de Agosto de 1998, no se ha producido desde esa fecha ninguna reforma constitucional trascendente[5]. Antes, desde 1979, luego

---

[4] CARBONELL, MIGUEL. (compilador). *"Teoría de la Constitución". Ensayos Escogidos;* Editorial Porrúa. 3ra. Edición. UNAM, México, 2005, ver Carpizo, Jorge *Algunas Reflexiones sobre el Poder Constituyente*. Pág. 215.. "*Las asambleas proyectistas son las electas por el pueblo para que redacten un proyecto de Constitución, el cual habrá de ser sometido después a la consideración del propio pueblo, a través de un referéndum. En el mundo, la primera vez que una Constitución se puso a referéndum fue en Francia, en Julio de 1793, aunque la Constitución nunca llegó a estar vigente".* En el caso de Ecuador, la Constitución de 1869, aprobada por la Asamblea Constituyente, reunida en Quito, el 9 de Abril de 1869, promulgada el 11 de Agosto del mismo año, siendo Presidente de la República Gabriel García Moreno, establece por primera vez en el Derecho Constitucional Ecuatoriano que la reforma de ella, para ser aprobada, requiere, además de serlo por dos legislaturas, del asentimiento popular (referéndum) expresado por el voto de los ciudadanos. Casi un siglo después se volvió a utilizar este procedimiento de democracia directa en la Constitución de 1967 que lo reguló para los asuntos más graves de la vida del Estado y para resolver las divergencias entre las funciones Legislativa y Ejecutiva, y lo hizo con el nombre de "Plebiscito" aunque, técnicamente, se trata de un referendum. El 15 de Enero de 1978, mediante referéndum, fue aprobada la Constitución vigente.

[5] La Asamblea Constituyente de 1997-98 reformó 156 artículos de la Constitución vigente e introdujo 103 nuevas disposiciones, como lo señalo en la pág. 140 de mi trabajo sobre

de ser aprobada por referéndum y no por una Asamblea Constituyente, como ha sido la tradición en el Ecuador, sufrió numerosas reformas, siendo las más importantes en los años 1983, 1986, 1990, 1992, 1995 y 1997-1998.

Devino la reforma constitucional como necesidad imperiosa del país. Los proyectos que hacia allá apuntaban permanecieron amontonados en el archivo del ahora extinto Congreso Nacional. Entre ellos, los presentados por Noboa y Palacio, que hicieron uso de la facultad de iniciativa que tiene el Presidente de la República.

Es cierto que nuestra Constitución es rígida y lo demuestra el obstáculo del llamado "candado constitucional". Sin embargo, la intención de llevar a cabo la reforma constitucional confirmó la sospecha de la reiterada incapacidad que tuvo el Congreso Nacional para procesar los conflictos que aquejan al país. También la tozudez e insensibilidad de la mayoría de los partidos políticos que actuaron en el Parlamento. Y de los diputados, que en un gran número de casos se limitaban a recibir y cumplir las órdenes que les impartían por celular, convirtiéndose en títeres de la voluntad de unas cuantas personas que se autoconsideraron como dueñas del destino nacional. Esto demostró que en la clase política no existe la cultura de la negociación y se practica la de la confrontación y pugna estéril, que genera violencia, erosiona las instituciones del sistema democrático y pone en riesgo la estabilidad institucional del país.

Quedó en claro, además, que los cambios reclamados por la gran mayoría de la nación no vendrán por generación espontánea. Que los beneficiarios del sistema que parece morir no cederán sus prerrogativas y que, en consecuencia, alterar el rumbo de los acontecimientos en el país es una dura lucha titánica.

La crisis fue estupendamente aprovechada por el entonces candidato a la Presidencia de la República Rafael Correa, que enarboló como su proyecto insignia la consulta popular para establecer la posibilidad de que se reúna una Asamblea Constituyente con el propósito determinado en el Art. 1 del Estatuto de Eección, Instalación y Funcionamiento de la

---

"La Reforma Constitucional del Poder Judicial", publicado en la Revista de Derecho del Colegio de Abogados del Guayas, año 2004

misma[6]: "*Transformar el marco institucional del Estado, y elaborar una nueva Constitución",* para lo que estará dotada de "*plenos poderes",* estable-ciéndose que ambas finalidades "*sólo entrarán en vigencia con la aprobación en referéndum de la nueva Constitución".* Según esta norma contenida en el Estatuto, conceptualmente, todo queda supeditado al referéndum apro-batorio que se realizará posteriormente para aprobar o improbar el texto de la nueva Constitución, de manera que si la respuesta soberana del pueblo es negativa no se producirán los cambios que hubiese consagrado la mal llamada Asamblea Constituyente.

Desde esta perspectiva la muletilla de los "*plenos poderes*" fue el caballo de batalla más importante de quienes se opusieron a la Asamblea Constituyente y votaron NO en la consulta popular del 15 de Abril del año 2007; pareciéndome inicialmente, que ese temor y otros que apuntaron a la idea de que la Asamblea Constituyente puede hacer lo que le dé la gana, escondía en el fondo el miedo a que el proceso político de cambio que está en marcha logre liquidar los vicios del pasado y, al hacerlo, desmonte las bases sobre las que se irguió el poder y la riqueza de quienes fueron los beneficiarios del sistema, que hoy sufren la posibilidad de perder privilegios, canonjías e impunidad.

En realidad los *"plenos poderes"* aluden al concepto mismo de lo que es el poder constituyente, que siendo autónomo y trascendente en relación al orden jurídico positivo, tiene límites insalvables que no podrá superar; entre ellos, los factores reales de poder, los topes normativos, axiológicos y de derecho natural que rigen en el seno de toda sociedad, que impedirán cualquier abuso en que pretenda incurrir la Asamblea Constituyente.

Desde esta óptica podrá, por ejemplo, ¿suprimir la república e instaurar la monarquía?. ¿Eliminar la división de los poderes?. ¿Destruir a las fuerzas armadas?. ¿Desaparecer el sistema financiero, con la banca a la cabeza?. ¿Eliminar la pobreza y concederle riqueza a cada ciuda-dano?. ¿Desconocer los tratados y convenios internacionales?. ¿Irrumpir contra valores como la justicia, libertad, igualdad, seguridad, paz y solidaridad?.

[6] R.O. Nº 37 del 9 de Marzo del 2007.

Evidentemente que no, precisamente, porque las limitaciones y topes a los que aludo, le imponen un cúmulo de restricciones no escritas pero vigentes en la realidad social de la nación. Y todo esto, sin perjuicio del escrutinio y seguimiento que puede y debe hacer la opinión pública y el poder ciudadano al recto desenvolvimiento de los asambleístas constituyentes.

Por otro lado, el Art. 23 del Estatuto que se aprobó, contiene una norma que daría la impresión de que lo único que tiene que someterse al referéndum aprobatorio es el texto de la nueva Constitución propuesto por la Asamblea Constituyente. En este artículo nada se dice sobre cuándo entraría en vigencia la transformación del marco institucional del Estado, como sí lo dice el Art. 1, lo que ha permitido que surjan varias interpretaciones: una, que entrará en vigencia cuando sea aprobada en referéndum; y otra, que su vigencia será inmediata, como es la tesis que enunció el gobierno nacional y que opera en el seno de la Asamblea Constituyente, hasta el punto que sus decisiones relacionadas con este aspecto que señalo se cumplen ipso facto, sin esperar el resultado del referéndum aprobatorio.

Sin embargo, me parece que el texto del Art. 1 del Estatuto es claro y no da lugar a equívocos. La omisión de señalar la misma condición en el Art. 23 no debiera llevar a una conclusión contraria, si consideramos que la interpretación del Estatuto debe ser contextual, así como que recién al aprobarse el nuevo texto constitucional es que entra a regir la transformación del marco institucional del Estado; pues, si no se aprobase el nuevo texto constitucional en el referéndum aprobatorio, es obvio que el reestructurado marco institucional del Estado se quedaría sin base de sustentación constitucional, puesto que la carta fundamental ahora vigente no tiene por qué contemplar la transformación que está llamada a realizar la Asamblea Constituyente.

La explicación que he dado sobre los *"plenos poderes"* parece tener identidad con la Resolución Nº 0008-07-TC en la que el Tribunal Constitucional avocó conocimiento de una demanda que interpusiera el entonces Presidente del Congreso Nacional, Arq. Jorge Cevallos Macías, con el propósito de que se declare la inconstitucionalidad por razones de forma y de fondo de la Resolución que adoptó el Tribunal Supremo

Electoral el 1º de Marzo del 2007, mediante la cual convocó a consulta popular, en base a los Decretos Ejecutivos Nº 002, 054 y 148 y sus estatutos adjuntos, expedidos por el Presidente Constitucional de la República, Econ. Rafael Correa, con la finalidad de que se convoque y elija a una Asamblea Nacional Constituyente, la misma que fue resuelta el 5 de Julio del 2007, tardíamente, cuando la consulta popular se realizó el 15 de Abril de tal año y que, finalmente, fue desechada por el Tribunal Constitucional.

Pero lo que me interesa destacar es que la Resolución Nº 0008-07-TC abordó in extenso el tema de los *"plenos poderes"* y, al hacerlo, fijó el ámbito y las limitaciones de la Asamblea Constituyente que está reunida en Montecristi.

En la Resolución se sostiene que en el Ecuador lo que va a funcionar es el *"poder constituyente originario postfundacional",* que se caracteriza porque no admite limitaciones de ninguna norma positiva que, previamente, pueda condicionar el contenido que el constituyente decida dar al nuevo texto constitucional.

Agrega la Resolución que no hay que equivocarse en cuanto al significado y alcance de los *plenos poderes.* Éstos sirven, sin duda, para establecer en la Constitución que se va a crear el marco institucional que el constituyente así decida; por ejemplo, el constituyente puede establecer el sistema político y la forma de gobierno que prefiera: gobierno parlamentario o presidencialista; estado social de derecho o liberal; sufragio directo o indirecto; órgano parlamentario unicameral o bicameral. Todo esto lo puede el constituyente, porque no está obligado a atender o reproducir las instituciones de la anterior Constitución, a la que reemplazará con la nueva que elabore; pero, siempre, una vez que ésta sea aprobada en referéndum.

No obstante, los "*plenos poderes"* no significan que la Asamblea Constituyente tenga facultad o atribución para designar funcionarios, juzgar o dictar leyes, porque esto sería a juicio del Tribunal Constitucional (Resolución Nº 0008-07-TC) *"arbitrario y concentrador del poder"*[7].

[7] Esta fue y es mi opinión, aunque advierto que, posteriormente, el Tribunal Constitucional, en la Resolución Nº 0043-07-TC, publicada en el R.O. S. Nº 286 de 3 de Marzo del 2008

Un poder ejercido, precisamente, en tales condiciones, ha convertido a la Asamblea Constituyente en una especie de *demiurgo omnipotente,* que todo lo puede, por ejercer poderes omnímodos; y, ante la cual, el ser humano, para no ser arrollado por un poder absoluto, debiera seriamente pensar en la posibilidad de que, en cualquier momento, pudiera verse constreñido a postrarse de hinojos para defender el último resguardo de sus derechos humanos, ínsitos en su propia dignidad

Las razones por las que esta degeneración de los "*plenos poderes*" equivale, técnicamente, a una dictadura, son varias y puntualizo sólo algunas: **i)** porque existe un poder constituido que está vigente hasta tanto no entre en vigencia el nuevo, que se va a crear; **ii)** porque en el orden constituido que está vigente constan cómo y de qué manera deben hacerse las designaciones que corresponden a los órganos constituidos; y, **iii)** finalmente, porque en el evento de que el nuevo orden entre en vigencia, la designación de funcionarios y demás, corresponderá a los nuevos poderes constituidos, para lo cual, tendrá que convocarse a elecciones generales, de todo lo cual el constituyente debe preocuparse tanto en las disposiciones constitucionales generales como en el derecho transitorio que apruebe, para poder pasar con el menor trauma posible de un sistema viejo a uno nuevo.

En cuanto a los "*plenos poderes*", en efecto, ocurrió lo que muchos temían, como se desprende del Mandato Constituyente Nº 1, del 29 de Noviembre de 2007, en el que se determina el contenido y alcance de los mismos en circunstancia que, en verdad, resultará fundamental para el futuro de nuestra democracia.

La consecuencia de carácter mediático de la definición sobre los "*plenos poderes*" fue que tanto la televisión, como algunos diarios del país, el Viernes 30 de Noviembre del 2007, titularon sus primeras páginas así: "Asamblea asume el poder" (El Comercio); "La Asamblea asume plenos poderes" (Expreso); y, bajo este último enorme titular pudimos leer exactamente lo siguiente: "El organismo se declara Función Legislativa, ratifica al Presidente Correa y ordena el receso del

cambia de criterio; sin que este cambio de criterio sea materia del presente análisis, pues, hay que hacerlo en otra ocasión.

Congreso", mientras en otro debajo del titular "Mayoría arrolladora" leímos: "PAIS destituyó al Fiscal y amplió el receso del Congreso. También reemplazó ayer al Superintendente de Bancos, ratificó al Presidente Correa, Corte Suprema de Justicia, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo Electoral y Contralor" (El Universo).

Es decir, la Asamblea Constituyente legisla y gobierna y a estas alturas de su gestión –cercana a los cinco meses- me parece que pocas dudas existen de que es no sólo instrumento de control institucional, constitucional y legal, sino mera dependencia gubernamental, adherida umbilicalmente a los designios y consignas del autodenominado gobierno de la revolución ciudadana en el que, finalmente, confluyen los poderes del Estado.

Está muy nítido lo que la Asamblea ha hecho en torno a dos de los poderes constituidos: Legislativo (al que ha extrañado) y Ejecutivo (únicamente en el papel, subordinado a sus mandatos); y un poco menos nítido lo que hasta el momento ha ocurrido en torno al Poder Judicial y los órganos de control, en virtud de que según los Arts. 8 y 9 del Mandato Constituyente Nº 1, se declararon concluidos los períodos para los que fueron designados los titulares de los órganos de control, ratificando a alguno de ellos, pero con un nombramiento de carácter provisional y revocable en cualquier momento, según lo preceptuado en el Art. 10; mientras que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Vocales del Consejo Nacional de la Judicatura, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Electoral, sólo "continuarán en el ejercicio de sus funciones mientras la Asamblea Constituyente no disponga lo contrario".

Sin duda, la situación actual de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y la de los vocales del Consejo Nacional de la Judicatura, es precaria, en virtud de que si continúan o no en el ejercicio de sus cargos, dependerá única y exclusivamente del querer y voluntad de la mayoría de la Asamblea Constituyente.

En cuanto a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia se refiere está herido de muerte el *principio de la inamovilidad* en el ejercicio de sus cargos, consagrado en el Art. 202 de la actual

Constitución. La independencia de la Función Judicial, bajo estas circunstancias, no existe y es una quimera, como lo destacara hace muchos años atrás la Suprema Corte de los Estados Unidos, que al referirse a la garantía de inamo-vilidad de la que constitucionalmente gozan sus Magistrados, dijo: "*Es por completo evidente que el que conserva su cargo solamente por el tiempo que quiera otro no es digno de confianza para conservar una actitud de inde-pendencia contra la voluntad de ese otro*"[8].

La misma suerte ha corrido el *principio de la irreductibilidad de la remuneración* tocado en el Segundo Mandato Constituyente, por el que se redujo la que percibían los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia lo que, literalmente, limita o impide el ejercicio idóneo de tan alta magistratura, afectándose una garantía fundamental de la que gozan también los Magistrados de la Suprema Corte de los Estados Unidos, como lo atestigua el pronunciamiento de tan alto Tribunal de Justicia que al referirse a esta garantía consignada en el Art. III de la Constitución, afirmó que sin ella la independencia judicial deviene en un imposible, sobre todo si se tiene en cuenta lo que dijeron Hamilton, Madison y Jay en *El Federalista:* "El poder sobre la subsistencia de un hombre equivale al poder sobre su voluntad".

En la misma situación están los vocales del Consejo Nacional de la Judicatura, aunque éstos son funcionarios públicos designados a períodos fijos por la propia Corte Suprema de Justicia. Y en la misma precaria circunstancia estaban también los vocales del Tribunal Constitucional, éticamente comprometidos con la Resolución que emitieron sobre los "*plenos poderes*", la misma que posteriormente cambiaron, asegurando así y en la práctica, una pírrica estabilidad.

Lo curioso de todo esto es que en el Art. 5 del Mandato Constituyente Nº 1 aparece el texto siguiente: "*La Asamblea Constituyente ratifica y garantiza la existencia del Estado de Derecho",* lo que supone que el Estado, todo el Estado, tiene que marchar bajo el imperio de la ley, en democracia, siendo una de las características del estado de derecho, la de que en el mismo exista la separación de los poderes.

---

[8] Caso: "Humprey v. Estados Unidos", 1935

Se acaba de publicar un importante libro en cuyas primeras páginas se fundamenta y establece que en el Ecuador de nuestros días por el imperio del Mandato Constituyente Nº 1, aunque haya Constitución vigente, el principio de la supremacía ha quedado eliminado y por ende "*los derechos fundamentales de los ecuatorianos no se imponen al poder público*", se conculca el derecho de los ecuatorianos a una tutela judicial efectiva y a la posibilidad de control sobre los actos de la Asamblea, extinguiéndose la división de poderes.[9]

La verdad es que mientras la Quinta Codificación de la Constitución de 1978[10] define al Ecuador como "*Estado Social de Derecho*", el proyecto de Constitución que elaboró la comisión de juristas del CONESUP, que se formó a instancia del Presidente de la República, formula un agregado y lo define como "*Estado Social y Democrático de Derecho*".

Que el Estado sea de Derecho[11], sintetiza la idea de que el Estado a diferencia de lo que ocurrió durante el Absolutismo Monárquico, está sometido al Derecho y no puede actuar ni arbitraria, ni despóticamente; siendo su obligación garantizar los derechos que se reconocen en beneficio de las personas. De lo que se trata, es de racionalizar el poder políti-

9 ZAVALA EGAS, JORGE. "*La Agonía del Derecho*". EDINO. Guayaquil, Ecuador, 2008. Pág. 13 y ss.

10 Hay polémica sobre si la actual es una nueva Constitución o es la 5ta. Codificación de la que fuera aprobada el 15 de Enero de 1978, mediante referéndum. Al respecto, podría consultarse el prólogo que escribe el Dr. Hernán Salgado Pesantes en la obra colectiva "*Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*", editada por la Fundación Konrad Adenauer, Quito, 1999, pág. 15; el Informe al Congreso Nacional del año 2001, presentado por el Presidente del TC, Dr. Marco Morales Játiva, pgs. 88-90. Estos constitucionalistas, sostienen que se trata de una codificación, que es la 5ta., publicada en el R.O. Nº 1 de 11 de Agosto de 1998, tal como también yo lo sostengo. Otros, como Hernán Ribadeneira y Carlos Jaramillo, afirman que se trata de una nueva Constitución, para lo que puede consultarse la obra "*La justicia constitucional en la actualidad*", bajo la conducción de Luis López Guerra, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002, pps. 232-233. El TC , en Resolución Nº 094/99/A/TP, determina que la Constitución vigente es la de 1978 en su 5ta. Codificación.

11 Desde 1832 Bonn Mohl, consagró el concepto.

co, creando la imagen de la "*nomocracia*" o gobierno impersonal de la Ley.[12]

Mientras, el concepto de *Estado social y democrático de Derecho,*[13] significa, por un lado, que sólo en democracia se puede realizar plenamente el *Estado de Derecho*; y, por otro, que no se trata excluyentemente sólo del Estado de Derecho y del Estado social de Derecho e incluso del llamado Estado de bienestar social, sino de todos ellos conjuntados, porque cada uno con su característica especial, nutre a los demás.

De modo que el Estado democrático añade al Estado social soberanía popular, pluralismo político y participación ciudadana; así, las prestaciones sociales del Estado deben satisfacer demandas planteadas por los ciudadanos y no las arbitradas por los poderes públicos, o las que éstos quieran conceder, cual sujetos benevolentes.

Contemporáneamente, y esto lo enfatizo, la igualdad y la participación han roto la separación entre gobernantes y gobernados. Hoy se socializa el estado democrático y se democratiza el Estado social; es decir, se aúnan ambos y el *Estado social y democrático de Derecho* tiene como límite de actuación el fijado por el respeto de los procedimientos jurídicos establecidos en la dimensión del Estado de Derecho.

Si lo anterior es así, cabe preguntarse ¿existe en el Ecuador Estado de Derecho?. Si la respuesta es negativa ¿cómo puede existir el Estado social y democrático de Derecho?.

Guayaquil, Abril de 2008

---

[12] CASTRO PATIÑO, NICOLÁS. *"Poder Constituyente, Constitución y Control de la Constitucionalidad".* Graba, Guayaquil, 1997, pág. 32 y ss.

[13] Incorporado en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que define al Estado alemán como "*democrático y social*"; y, también en la Constitución de España de 1978 que en el Art. 1 la define como un "E*stado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*".

Dr. Nicolás Castro Patiño

RÉGIMEN PROCESAL DEL HÁBEAS DATA EN EL ECUADOR

Dr. Carlos Salmon Alvear

SUMARIO:

Antecedentes y Consagración en el Derecho Comparado.-
Etimología.-
Finalidad.-
Naturaleza jurídica.-
Características.-
Derechos protegidos.-
Relación con el amparo constitucional.-
Diferencias con el recurso de acceso a la información pública.-
Legitimados activos.-
Los Registros.-
Información sensible.-
Pretensiones.-
Derecho al olvido.-
Etapas del proceso.-
Requerimiento previo.-
Justificación de la petición.-
Información requerida.-
Juez competente.-
Excepciones y oposición.-
Supuestos de inadmisibilidad de la acción.-
Prueba.-
Procedencia de la demanda.-
Medidas cautelares:
- Justificación de las medidas cautelares.-
- Posturas a favor y en contra de su otorgamiento en el hábeas data.-
- Medidas cautelares aplicables en el hábeas data.-
- Conclusión.-
Resolución.-
Apelación.-

Cosa juzgada.-
Responsabilidad y Reclamación de Daños y perjuicios.-
Derecho comparado: Chile.-
- Ley sobre protección de la vida privada
- Reglamento del Registro de Bancos de Datos Personales a Cargo de Organismos Públicos

Anexos con normativa ecuatoriana relacionada:
- Ley de Buros de Información Crediticia
- Decreto Ejecutivo No.- 2854, (Certificado de Antecedentes Personales (RECORD POLICIAL).

Bibliografía Básica de Consulta.-
Fuentes normativas utilizadas.-

ANTECEDENTES Y CONSAGRACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.-

El derecho a la intimidad y la protección del honor han sido objeto de preocupación de los estados modernos, fundamentalmente a partir del último cuarto de siglo anterior.

Así, en los Estados Unidos de Norteamérica aparece la llamada Privacy Act del 31 de diciembre de 1974, la misma que regula la protección de la privacidad de las personas en aquel país.

En Europa, la protección de los datos personales consta regulada en la Constitución Política de Portugal del año 1976; posteriormente, aparece en la Constitución Política de España del año de 1978.

En Brasil aparece en la Constitución Política del año de 1988, en su artículo 5 que establece el derecho de toda persona a conocer informaciones relativas a sí mismo que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales y a poder plantear rectificaciones de aquellos datos. Se dice que es la Constitución de Brasil la que marca e impulsa el desarrollo del Hábeas Data en las diversas Constituciones Políticas de América del Sur, ya sea con aquel nombre o con otro diferente pero teniendo siempre la misma finalidad protectora.

Así, por ejemplo, gracias a la influencia brasilera aparece en la Constitución colombiana de 1991, en la de Guatemala del mismo año 1991, en la Constitución de Paraguay de 1992, en la del Perú del año 1993 -en donde se la reconoce con ese mismo nombre-, en la de Argentina, en donde, en una reforma constitucional del año 1994, se la introduce como un subtipo especial del amparo constitucional.

Por nuestra parte, en el Ecuador aparece por primera vez en la Constitución Política del año 1996, para posteriormente pasar a ser regulada por la Ley del Control Constitucional de 1997 y, tras las reformas constitucionales, se incorporó en la Carta Constitucional de 1998.

Por último, dentro del contexto sudamericano, aparece en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año de 1999, como una garantía consagrada en su artículo 28.

ETIMOLOGÍA

La denominación ***Hábeas Data*** tiene sus antecedentes en la antiquísima garantía del hábeas corpus.

Así, constituye la fusión de una palabra latina ***"habeas"*** que proviene del latín habere que significa ***"téngase en posesión"*** junto con la palabra inglesa ***"data"*** que proviene de datum que significa ***dato***, información.

Por lo tanto, la frase Hábeas Data significa, literalmente, ***"traer los datos"***, es decir, traer los datos personales del actor, a fin de que éste pueda conocerlos y resolver lo pertinente acerca de ellos.

FINALIDAD

La finalidad del Hábeas Data es proteger a la persona de los abusos que pueda sufrir respecto del llamado *poder informático*. Se entiende por tal, la producción, almacenamiento y transferencia de información personal que pueden realizar instituciones públicas y privadas, empresas y personas en general, en base a los avances tecnológicos que hoy existen.

Tal información personal, a más de poder ser incorrecta o desactualizada, puede abarcar situaciones pasadas ya superadas, así como también ser de carácter *sensible*, esto es, referirse a las convicciones políticas o religiosas de la persona, a su comportamiento sexual, a su estado de salud, etc., información ésta que al ser realmente íntima no debería ser de conocimiento y manejo público, salvo que su mismo titular así lo acepte expresamente.

El riesgo que tiene la persona ante el poder informático de las instituciones es grande, no sólo por la facilidad que tienen para almacenar u obtener información, sino por la rapidez con que ella puede ser transferida a cualquier parte no solo del país sino del mundo. Junto con lo anterior, y sin perjuicio del peligro que significa el registro de información falsa o errónea acerca de la persona, la simple manipulación de la información personal es en sí ya un grave riesgo para todos.

El poder informático es grande, tanto en el proceso de acopio como de difusión de la información que posea; ese acopio y recolección de datos puede ser realizado de manera superficial e irresponsable, sin la debida investigación y revisión; así mismo, esa difusión puede ser realizada de manera inadecuada, desmedida o fuera de lugar.

Por lo tanto, mediante esta garantía se puede articular a más de un acceso efectivo a la información personal existente en poder de terceros, tener un control efectivo a la calidad de información que reposa en tales registros, permitiendo no solo un proceso de corrección sino hasta de anulación y supresión de los datos ilegítimos.

NATURALEZA JURÍDICA

La figura del hábeas data es, de conformidad con la normativa constitucional y legal aplicable a la fecha en el Ecuador, una acción de garantía, de rango constitucional, la misma que protege determinados derechos constitucionales.

Su naturaleza jurídica es la de ser una ***acción***, la cual genera el nacimiento de un proceso constitucional, el mismo que terminará mediante una resolución, la cual, bajo determinadas condiciones, puede ser objeto

de ciertos recursos, entre ellos el de apelación ante el superior jerárquico.

No es un recurso, como erróneamente se la ha calificado; es una acción, con un espectro de acción concreto, pues, a diferencia del amparo constitucional, el hábeas data protege limitados derechos constitucionales.

CARACTERÍSTICAS

Es una ***ACCIÓN,*** esto es, una de las diversas manifestaciones del derecho de petición consagrado constitucionalmente y requerido para la operatividad de las garantías jurisdiccionales.

De ***GARANTÍA,*** pues los derechos no se protegen por sí solos, siendo su mecanismo de protección y de restablecimiento las garantías, pero fundamentalmente aquellas de carácter jurisdiccional, es decir, concretos mecanismos procesales que se plantean, tramitan y resuelven por parte de un juez competente y con el poder suficiente para hacer cumplir sus resoluciones.

De ***CARÁCTER AUTÓNOMA,*** pues constituye una garantía constitucional con perfil propio, regulada específicamente, tanto en la Constitución Política como en la vigente Ley del Control Constitucional, dotada de esa manera de un procedimiento particular.

De ***RANGO CONSTITUCIONAL*** al igual que el Amparo Constitucional, el Hábeas Corpus, entre otras.

Que genera el nacimiento de un ***PROCESO DE CONTROL CONSTITUCIONAL;***

Proceso ***REGLADO Y NORMADO*** específicamente, tanto por la Constitución Política de la República y por la Ley del Control Constitucional

Proceso de carácter ***ABREVIADO, SIMPLIFICADO*** lo cual junto con la rapidez constituyen las principales características de un proceso de control constitucional; sin perjuicio de lo anterior, hay que aclarar que las características previamente citadas no anulan la necesaria bilateralidad, el derecho a la contradicción y, en general, el respeto al debido proceso,

pues todas estas condiciones de validez se deberán cumplir, sin perjuicio de la brevedad de los plazos y el acortamiento de las diligencias, las cuales se dan para facilitar la esencia del objetivo de una garantía constitucional, esto es, el proteger eficaz y rápidamente los derechos constitucionales conculcados de las personas.

Que funciona a ***PETICIÓN A PARTE INTERESADA,*** pues no puede el Juez Constitucional de oficio actuar en esta clase de conflictos.

Ante la ***VULNERACIÓN EFECTIVA o AMENAZA CERTERA*** de la violación de un derecho constitucional protegido por la garantía. Recordemos que el hábeas data como el amparo constitucional puede plantearse antes de que ocurra el acto ilegítimo o, habiendo ocurrido el mismo, a fin de que en cualquiera de los dos casos, el Juez mediante un control preventivo (ante una amenaza cierta) o con un control represivo (tras la realización efectiva del acto) proceda a evitarlo, a rectificarlo o a cesarlo, etc.

De una ***ACCIÓN u OMISIÓN;***

La cual debe ser ***ILEGÍTIMA;***

Ejecutada por parte de una ***AUTORIDAD PÚBLICA*** o por un ***PARTICULAR;***

Que vulnera ***DERECHOS ESPECÍFICOS*** como son: el derecho al honor, a la buena reputación, a la buena imagen, a la intimidad o, como dicen los autores alemanes el derecho a la autodeterminación informativa

DERECHOS PROTEGIDOS

Tradicionalmente se afirma que el Hábeas Data protege el derecho a la intimidad, el cual, como sabemos, no solo es personal sino hasta familiar.

Pero, además de la intimidad, también pueden ser afectados, mediante informaciones incorrectas, el honor, la buena reputación y la imagen de las personas.

Hay que aclarar que derechos como el respeto al honor, a la buena

reputación y a la buena imagen[1], no necesariamente son conexos o vinculados con el derecho a la intimidad personal; es decir, se puede afectar al honor, sin que necesariamente la materia de la ofensa se refiera a la intimidad de la persona.

Así, si se divulga que una persona estuvo presa, se afecta su buena reputación y la imagen pública que se tiene, pero de ninguna manera se viola su intimidad; pero, en cambio, si se divulga que cierta persona es homosexual, se afecta su intimidad personal y la buena reputación e imagen personal que, lamentablemente, una sociedad machista como la nuestra exige.

Modernamente, la doctrina ha sustentado la existencia del llamado derecho a la autodeterminación informativa, el cual consiste, en términos generales, en la potestad soberana que tiene toda persona a ser solo él quien determine qué información suya va permitir que pueda estar en contacto y conocimiento de terceros ajenos a él y extraños a su núcleo familiar. El titular de la información resolverá, qué datos e información suya en general, merece ser rectificada, actualizada, reservada o anulada, pues es él -por lógica- quien sabe qué información suya es correcta o no, qué vale la pena aclarar, rectificar, actualizar o anular y qué información no le afecta que pueda ser de conocimiento público.

Esta autodeterminación informativa que tenemos las personas constituiría una especie de fiscalización que, referida al contenido de nuestra información personal almacenada en registros o banco de datos públicos o privados, tendríamos a fin de que solo pueda ser suministrable aquella información que solo nosotros permitiésemos que se sepa.

El llamado derecho a la autodeterminación informativa ha cobrado tal fuerza y autonomía que sobrepasa al derecho a la intimidad, el cual es bastante puntual respecto del hábeas data; por ello, la doctrina prefiere hoy afirmar que mediante el hábeas data se protege el derecho a la autodeterminación informativa que es amplio y genérico y no hablar del concreto derecho a la intimidad que, en ciertos casos puede ser afectado, y en otros no.

---

[1] Mas que derecho a la buena imagen, se debe hablar de derecho a la imagen *"correcta"*, es decir, aquella que le corresponde a la persona por sus méritos, valores y actuaciones.

Por último, mediante el habeas data lo que se pretende es que la persona no sea discriminada socialmente, ante el conocimiento de ciertos datos suyos, sean ciertos, falsos o incorrectos que no debe de ser conocidos por terceros, discriminación no es otra cosa que un rechazo, la separación, la diferenciación, la distinción de aquello que se considera inferior, malo, desviado y que no es socialmente atrayente o bueno y que, en definitiva, cierra puertas, niega oportunidades e impide el acceso a ciertos derechos y beneficios.

RELACIÓN CON EL AMPARO CONSTITUCIONAL

Para muchos, y en especial para la doctrina argentina, el hábeas data no es más que un amparo especializado o una modalidad de aquel referente a los datos personales.

La vinculación se da, a más por el hecho de que el hábeas data consta regulado en el mismo artículo que trata acerca del amparo constitucional, que por la circunstancia de ser un procedimiento de garantía cuya esencia es la misma que la del amparo, esto es, el proporcionar algo, dejar sin efecto una situación ilegítima, etc.

Para nosotros el amparo constitucional y el hábeas data son dos figuras jurídicas distintas, reguladas en forma particular tanto por el constituyente como por el legislador orgánico y cuyos derechos constitucionales tutelados son también diversos.

De manera expresa el hábeas data es una vía especial de protección de derechos constitucionales particulares, lo cual la diferencia y distingue del amparo constitucional.

Coincidimos con Giancarlo Henríquez Maionica cuando expresa que lo común entre el amparo constitucional y el hábeas data es, entre otros aspectos, "la tutela de los derechos humanos".

DIFERENCIAS CON EL RECURSO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Más allá de que el hábeas data sea una garantía de rango constitucional, a diferencia del recurso de acceso a la información pública

que solo tiene un rango legal y que los plazos son diferentes en ambos procedimientos, las diferencias fundamentales entre dichas instituciones radican en lo siguiente:

a) La **materia** de la información que se persigue o busca obtener;
b) La **relación entre el actor y la información** que se solicita;
c) La **finalidad** perseguida;
d) Las **pretensiones posteriores al acceso** que se podrían esgrimir; y,
e) El **requerimiento previo exigido** como condición de procesa-bilidad.-

Así, respecto de la materia, el hábeas data siempre buscará el acceso a la información privada o propia del accionante; mientras que el recurso de acceso a la información pública pretenderá aquella información que es de todos los ciudadanos y que se almacena principalmente en las instituciones públicas.

Consecuencia de lo anterior es que en el hábeas data hay una relación directa entre el actor y la información que se requiere; mientras que, en el recurso de acceso a la información pública aquella relación no es directa o propia, ya que no es una información personal la que se busca, sino del Estado, del municipio, de la localidad a la que uno pertenece.

Sobre la finalidad perseguida, el recurso de acceso a la información pública pretende ejercitar una suerte de fiscalización a la actuación pública, logrando conocer en forma clara y transparente la gestión de las instituciones y sus autoridades, las cuales están sometidas al principio de publicidad y transparencia. En cambio, el hábeas data no pretende fiscalizar dicha gestión pública, sino controlar que los datos personales que se tengan registrados respecto del proponente de la demanda sean correctos, actualizados y no le causen discriminación alguna.

Así mismo, en el hábeas data, tras la recepción de la información solicitada, el actor puede solicitar la actualización, la rectificación, la anulación y hasta la reserva de la información personal; mientras que en el recurso de acceso a la información pública aquellas pretensiones no pueden ser esgrimidas, puesto que el recurso se limita y agota simplemente con la entrega de la información pública al peticionario de la misma.

Por último, y de conformidad con la normativa constitucional y legal

vigente en el país, en el caso del hábeas data no se exige requerimiento previo alguno, sea éste notarial o privado y que fuere formulado al registro que almacena la información personal[2]; mientras que en el caso del recurso de acceso a la información pública, aquel requerimiento previo sí debe ser formulado y dirigido al representante legal de la institución que guarda la información pública, por exigencia expresa de la ley especial que regula dicha acción, elevando dicha carga procesal al rango de requisito de procesabilidad, sin cuyo cumplimiento se inadmitirá la acción planteada.

LEGITIMADOS ACTIVOS

Son todas aquellas personas cuya información personal consta en los registros o bases de datos.

Dicha persona puede ser una persona natural o jurídica, debiendo existir una vinculación directa entre quién solicita la información -el actor- y el dato o información que se busca obtener, puesto que solo se puede requerir información, como ha quedado dicho, personal o propia del actor o máximo aquella que sea de carácter familiar.

La información que se requiere debe pertenecer a una persona determinada o a lo sumo determinable. Determinada cuando se especifica que se requiere, por ejemplo, de Carlos Salmon Alvear; son personas determinables, en cambio, aquellas que no siendo identificadas por su nombre, lo son por otros datos que permiten su identificación, como por su número de cédula de identidad, su dirección domiciliaria, su número patronal ante el IESS, su número de registro único de contribuyente, etc.

Tal como se ha indicado, como en el hábeas data se protegen a más de derechos humanos, otros derechos de rango constitucional que pueden ser gozados no solo por personas físicas sino también por las personas jurídicas, éstas últimas están plenamente habilitadas para implementar esta clase de acción; así, por ejemplo, resultan correctas las palabras de Luis CARRANZA TORRES cuando afirma que: "Si bien en el

[2] Vale la pena indicar que en Chile, para acceder a los datos personales, se requiere, previamente, solicitar la información al registro que la posee y, solo si éste no responde, no la concede, o la entrega en forma incompleta u oscura, recién allí se puede articular la demanda respectiva.

caso de las colectivas no podemos hablar de un derecho a la intimidad, por ser esta una característica exclusiva de los seres humanos, sí detentan derecho a la imagen, y ciertamente no cabe duda que pueden verse afectados por manejo indebido, discriminatorio o malicioso de las informaciones relacionadas con ellas".

Regresando a las personas físicas, vale la pena indicar que no encontramos óbice jurídico alguno respecto a la posibilidad de que se pueda plantear esta clase de acción en defensa de una persona que está por nacer, acción que será ejercitada obviamente por sus representantes legales.

LOS REGISTROS

Conocidos también como: base de datos o almacenadores de información, el registro es toda aquella institución pública o privada que posea o almacene, en la forma que fuere, información personal de terceros.

Como ha quedado dicho, el registro almacena información personal de terceros, sin que interese el medio, formato, canal o mecanismo que utilice; así, dicho registro puede ser llevado de manera manual, por escrito, en forma sonora, visual, electromagnética, gráfica, magnetofónica, a través de archivos informáticos, etc.

Tal registro puede ser la persona o institución que produzca la información que posee; así mismo, puede ser a persona o institución que, recibiendo la información de otra institución, sea la persona o entidad que la comercializa o bien distribuya.

No interesa para nuestras consideraciones, si el registro tiene o no finalidades comerciales, esto es, si vende o entrega gratuitamente al público la información que posee en sus archivos.

Un registro, sea de la naturaleza que fuere, podrá ser objeto de una demanda de habeas data, por el simple hecho de poseer información de terceros, sin que importe, si él ha producido la información o simplemente se la han entregado o distribuido a él; tampoco interesará si la información solo queda en el registro a manera de mera recopilación, sin que tenga el registro como función el proveer informes o certificaciones sobre esos datos particulares a terceros o público en general.

Lo único que interesa es que el registro posea información personal de un sujeto, pues ni siquiera el hecho de que esa información sea correcta, verdadera o actual, impide o justifica que el registro niegue el acceso al titular de los datos, a fin de que éste pueda revisarlos y conocerlos.

La actividad que ejecutan los llamados registros se sustenta en derechos de rango constitucional como son: el de la libertad del trabajo, la libertad de comercio, el derecho a la propiedad intelectual, el derecho a la información; pero, a pesar de que su actividad se encuentra protegida constitucionalmente y hasta regulada, esto no puede justificar, de alguna manera, que almacenen o distribuyan a terceros información personal incorrecta, falsa o sensible.

Tampoco interesa si tal registro consta o no expresamente establecido en la ley o cualquier acto normativo (como por ejemplo: el Registro de la Propiedad, el Registro Único de Contribuyentes, etc.) o si por el contrario, es un registro o almacenamiento de información realizada libre y espontáneamente por el responsable o titular de dicha institución, como sería un registro de disciplina que se lleve en un centro educativo, un registro de los empleados premiados por metas alcanzadas en una empresa, etc.

Lo que define al llamado "registro" es el hecho de que su titular o representantes han recopilado información personal acerca de terceros, con o sin su conocimiento y autorización; esa información guardada en el "formato" o bajo la forma que fuere es accesible a terceros, sea por la naturaleza pública de la persona o institución que guarda los datos o porque siendo privado o hasta pública está abierta a entregarla a todo aquel que libremente la solicite, mediando o no algún pago.

Así mismo, vale la pena aclarar que, aunque el registro haya recibido autorización del titular de los datos, inclusive si dicha autorización es hasta por escrito, esto no le justifica n i habilita para no entregar la información requerida, puesto que hablamos de información personal de otro, sobre el cual su titular goza del derecho de propiedad y, por último, la autorización concedida, aunque haya sido hasta por escrito, puede ser revocada.

Por lo tanto, insistimos en el hecho de que no interesa la naturaleza

del registro, esto es, si es público o privado; tampoco interesa si constituye una persona jurídica o es simplemente una persona natural. Tampoco es importante si reciben la información con la autorización del titular de los datos o sin ella. Así mismo, no interesa si crean la información, la procesan, la comercializan, la distribuyen, etc. Así mismo, tampoco es importante para nuestros fines si cualquiera de dichas actividades la realiza con afán remunerativo o gratuito. Así mismo, no interesa si la recopilación de esos datos se la realiza de manera libre y espontánea o si es realizada por mandato de la ley. Lo único que interesa es TENGA o POSEA la información personal una persona y pueda entregarla a terceros o que estos últimos puedan acceder a ella de cualquier forma: pagando por ella, accediendo mediante medios informáticos o simplemente pidiéndola.

INFORMACIÓN SENSIBLE

Entiéndese por *información sensible* aquella que se refiere a los antecedentes penales o judiciales que, en general, posea la persona; a los rasgos personales o sicológicos que tenga; a su situación económica, sin que interese si ésta es buena o mala; al estado de salud, padecimiento de alguna enfermedad física o psíquica, sin que importe si la misma es o no mortal o degenerativa; así mismo, se refiere a sus convicciones políticas, ideológicas, religiosas, preferencias sexuales o gustos y hábitos y demás circunstancias de su vida privada.

Es decir, constituye aquella información que, por regla general, al ser íntima o privada de la persona a la que se refiere, solo debería conocerla ella o, máximo, los miembros de su familia, pues su eventual conocimiento por parte de terceros podría traerle, muy seguramente, discriminaciones de todo tipo, afectándose gravemente su desarrollo personal y el de su familia, pues el estigma social sería muy difícil de removerlo.

Así mismo, aceptamos la existencia de datos sensibles respecto de las personas jurídicas o morales como serían su estado financiero, procesos de producción, comercialización, estrategias de venta, políticas internas, juicios y procesos administrativos planteados en su contra etc.

PRETENSIONES

La pretensión básica o esencial del Hábeas Data es la de solicitar información personal y de recibirla dentro de un plazo razonable. Esto es lo que configura el llamado DERECHO AL **ACCESO**, es decir, el derecho a acceder a la información personal; recordemos: se accede efectivamente, cuando se recibe clara, total y oportunamente todo aquello que se busca.

Este derecho a acceder a la información personal no puede ser limitado; a lo sumo puede ser regulado en cuanto a simples y elementales formalidades que no constituyan limitaciones que coarten tal derecho. Así, por ejemplo, el derecho a solicitar la información personal es ejercitable, sin necesidad de alegar, peor aún probar, motivo o causa del pedimento que se formula.

Así mismo, mediante la presente acción se puede solicitar la **rectificación** de aquella información que no sea correcta.

Por otro lado, tratándose de información antigua y desactualizada, a través de la acción de hábeas data se puede solicitar su pertinente **actualización**.

Además, en cuanto a la información que, por mandato de ley, debe constar en los registros pero que por su contenido o materia no debe ser suministrada a terceros, sino solo a su titular y, eventualmente, a jueces, fiscales y autoridades debidamente legitimadas y solo, resaltamos, en los casos permitidos por la ley, se puede requerir mediante esta acción de garantía su **reserva o confidencialidad**.

En cuanto a la reserva o la confidencialidad de la información personal, recordemos que respecto de la misma se mantiene el secreto, sigilo o reserva pertinente, lo cual significa que además del dueño de la información personal, esta especialísima y delicada información solo podrá ser entregada a un Juez, Fiscal o Comisión investigadora del Congreso Nacional, etc. y siempre con arreglo a las disposiciones legales y única y exclusivamente respecto al caso y materia que se investigue.

Por último, respecto de toda aquella información que su registro no es dispuesto por la ley, o bien cuando el contenido o materia de la información no concuerda con la finalidad perseguida por el registro para almacenarla, o bien cuando se tiene informaciones inexactas, violatorias de los derechos constitucionales de las personas o que se

refieren a datos sensibles del sujeto, la pretensión sería la **anulación, exclusión o supresión** de dicha información.

Otra pretensión aplicable en el hábeas data es la "de **agregar** datos al registro que se tenga, ya sea por la necesidad de que se actualicen los que se encuentran registrados, o bien con el fin de que se incluyan aquellos no registrados, pero que son necesarios para que se tenga una cabal referencia sobre la imagen e identidad de la persona afectada".

EL DERECHO AL OLVIDO.

Cuando se habla de la posibilidad de que, por intermedio del hábeas data, se suprima o anule información de la persona, en ciertos casos, tal información puede ser cierta, pero ya superada; tal es el caso de aquellas personas que, por ejemplo, han sido condenadas por un delito y han cumplido la pena respectiva.

Ante tal situación, se sustenta la postura de que, como la persona cumplió su falta para con la sociedad, el registro de aquella información pasada ya no procedería, y de mantenerse en los archivos respectivos, su conocimiento público ocasionaría discriminaciones de todo tipo.

A esto se lo conoce doctrinalmente con el nombre de "derecho al olvido", es decir, el derecho que tiene una persona que ha cometido una falta o infracción, cuya sanción recibió y ya la cumplió, a que toda referencia que conste en registros públicos acerca de la falta, de la sanción y del cumplimiento de la pena, sea borrada o anulada, sin que aparezca referencia alguna de la misma, debiendo constar la persona con un historial limpio, como que si nunca hubiera cometido falta alguna.

El llamado derecho al olvido, tal como lo ha reseñado el político argentino Eduardo Menem consistiría en "un derecho natural indispensable para que el peso de un pasado no destruya a un hombre haciéndole perder el sentimiento de su libertad al impedirle rehacer su personalidad".

ETAPAS DEL PROCESO

Los estudiosos del Derecho Procesal Constitucional, al estudiar el hábeas data, reconocen que dicho proceso tiene dos etapas claramente diferenciadas; la primera de ellas, constituye el acceso a la información

personal que solicita el actor, esto es, el dueño o titular de la información requerida. El acceso involucra la entrega efectiva de la información solicitada, entrega que debiendo ser oportuna, debe ser respecto de una información y datos claros, completos y fidedignos registrados en el registro.

Obtenida dicha información y analizada ésta por el actor, procedería una segunda etapa que es la rectificación, anulación, actualización, reserva o agregación de los datos que resulten ser incorrectos, sensibles, desactualizados, privados o incompletos del actor según la información entregada por el registro demandado.

Esta segunda etapa se abre, obviamente, en el evento de que exista, efectivamente, la información incorrecta, desactualizada, caduca o sensible. No habrá segunda etapa, pues, si los datos requeridos no existen; tampoco existirá segunda etapa si, existiendo los datos requeridos, estos no son incompletos ni desactualizados ni caducos ni sensibles. Tampoco existirá segunda etapa si, de existir los datos requeridos y de ser estos incompletos, desactualizados, caducos o sensibles, el actor decide, voluntariamente, y en uso de su derecho a la autodeterminación informativa, a que el conocimiento de su información personal por parte de terceros no le afecta, sin perjuicio de que aquella información pudiere ser cierta o incorrecta.

Aquellas etapas a las que nos hemos referido son reconocidas, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional peruano, el cual, dentro del expediente No.- 1797-2002-HD-TC, resolvió el 29 de enero del 2003 que, "(...) la protección del derecho a la autodeterminación informativa a través del hábeas data comprende, **en primer lugar, la capacidad de exigir jurisdiccionalmente la posibilidad de acceder a los registros de información**, computarizados o no, cualquiera que sea su naturaleza, en los que se encuentren almacenados los datos de una persona. Tal acceso puede tener como objeto que se permita conocer qué es lo que se encuentra registrado, para qué y para quién se realizó el registro de información, así como la persona o las personas que recabaron dicha información. **En segundo lugar, el hábeas data puede tener la finalidad de agregar datos al registro** que se tenga, ya sea por la necesidad de que se actualicen los que se encuentran registrados, o bien con el fin de que se incluyan aquellos no registrados, pero que son necesarios para que se

tengan una cabal referencia sobre la imagen e identidad de la persona afectada. Asimismo, con el derecho de referencia, y en defecto de él, mediante el hábeas data, un individuo puede **rectificar la información**, personal o familiar, que se haya registrado; impedir que ésta se difunda para fines distintos de aquellos que justificaron su registro o, incluso, tiene **la potestad de cancelar** aquellos que razonablemente no debieran encontrarse almacenados".

Por último, se podría hablar hasta de una tercera etapa dentro del proceso de hábeas data que sería aquella que consiste en verificar el cumplimiento de las pretensiones de anulación, agregación, reserva o actualización que hayan sido aceptadas por el Juez y de las que se tema que el demandado no los acate.

REQUERIMIENTO PREVIO

A diferencia de lo previsto en otros países como el Perú, tratándose del Hábeas Data, en el Ecuador, la Constitución Política de 1998 y la Ley del Control Constitucional no han dispuesto ni exigido requerimiento previo alguno que deba formular el actor ante registro que mantiene su información personal.

Resaltamos: nuestra vigente normativa constitucional no ha previsto, como paso previo o requisito de procesabilidad para presentar la demanda de hábeas data, la necesidad de articular un requerimiento previo al registro que tiene la información personal del actor para que, cumplida la petición y vencido un plazo prudencial, de no haber respuesta por parte del registro o de ser la misma incompleta u oscura, recién allí, cumplido dicho paso previo, se pueda plantear procedentemente una demanda de hábeas data. Esto en el Ecuador, no se aplica.

Por lo tanto, no puede ser exigido tal requerimiento, sea por vía notarial, extrajudicial o por el conducto o vía que fuere; disponer lo contrario, sería establecer una vía previa, la cual no solo retarda el acceso a la justicia, sino que no está contemplada expresa ni tampoco implícitamente en nuestra normativa constitucional ni en la legal, cuando regula el hábeas data ni las otras garantías constitucionales, con la sola excepción del recurso de acceso a la información pública en donde debemos de

reconocer que dicha exigencia sí existe pero ha sido establecida por vía de ley.

La demanda de hábeas data procederá entonces, háyase o no presentado el requerimiento previo aquí criticado por nosotros y, de haberse presentado, que insistimos no es requisito o condición necesaria, con más razón si no se contesta dicho requerimiento o si se lo responde de manera oscura, parcial o si, en definitiva, el peticionario de la información no quedare satisfecho con la respuesta que recibe por parte del registro demandado.

JUSTIFICACIÓN DE LA PETICIÓN

Ni la demanda de acceso a la información pública ni, peor aún, la acción de hábeas data que, como se ha dicho, se refiere exclusivamente a la información personal del actor, requiere por parte de éste justificación que motive el por qué de su requerimiento o petición de acceso al registro que la almacena.

Por esto, respetuosamente, criticamos lo resuelto por el Tribunal venezolano el 14 de marzo del 2001, en el Caso Insaca, cuando dispuso que, para la procedencia de la demanda de hábeas data, es necesario que "se demuestre la existencia del registro y la presunción sobre el asiento en él, de informaciones y datos del accionante o de sus bienes".

En la acción de hábeas data no se requiere prueba sobre la existencia jurídica o material del registro, simplemente la persona titular del registro o el representante legal de la empresa, institución o entidad que lo represente recibirá la demanda y bajo las prevenciones de ley deberá declarar ante el Juez si tiene tal recopilación de información, independientemente de cómo la llame y de llegarla a tener, deberá entregarla.

No se debe de probar, pues, que el registro o base de datos existe, ni tampoco hay que probar que sí se registró la información personal del actor, ni tampoco hay que comprobar que se sabe o presume que la información personal sea falsa o incorrecta.

INFORMACIÓN REQUERIDA.-

El actor en la demanda de hábeas data persigue -inicialmente- del

registro el ACCESO de la INFORMACIÓN PERSONAL, esto es, el conocer qué tiene el registro recopilado sobre él, su familia o sus bienes.

Por lo tanto, no se necesita, ***como condición de procedencia de la demanda,*** el determinar la clase de información solicitada, peor aún especificarla. Claro está que, dependiendo del caso particular de que se trate, la especificación de lo que se pretende simplificará la labor de búsqueda y respuesta por parte del registro. Es decir, lo que pretendemos afirmar es que el accionante bien puede requerir una determinada información personal que conste en el registro, por ejemplo, solicitar a un banco el estado y movimientos bancarios de su cuenta corriente correspondiente al mes anterior; o, así mismo, puede solicitar toda la información que conste en los registros del banco respecto de él como cuenta correntista del presindicado banco, ante lo cual, el banco debería entregarle no solo los movimientos bancarios existentes desde el inicio hasta el final, sino inclusive la solicitud de apertura de cuenta y toda notificación que el banco le haya remitido al cliente.

Valga esta aclaración pues, en innumerables casos, hemos visto que una de las excepciones que formulan ciertos registros o demandados es rechazar por improcedente la demanda de hábeas data planteada bajo el argumento de que no se ha especificado qué información concreta se requiere; así, a manera de ejemplo, bajo este peregrino y limitante argumento, si el actor es un estudiante de un centro de estudios superior no le basta decir que solicita la información guardada sobre él, sino que tendría que especificar si es relativa a sus registros académicos, disciplinarios, de pagos, etc., especificando fechas y años, todo lo cual no interesa ni procede pues, no es esto una demanda civil de exhibición de documentos, ni tampoco tal carga consta ni en la Constitución Política ni en la Ley del Control Constitucional, pues la esencia del hábeas data es buscar y saber **QUÉ** información tienen sobre el actor y sus bienes.

Por otro lado, aclaramos que el registro no está obligado a crear la información solicitada, pues su obligación simplemente se circunscribe, en el evento de tener los datos requeridos por el accionante, a entregarlos al juez para que sean conocidos y apreciados por el actor.

No está de más recordar e insistir que la información que solicita el actor solamente puede ser de carácter personal, jamás puede ser de otra

persona que no sea él o, a lo sumo, miembros de su familia.

JUEZ COMPETENTE

El Juez competente en materia de hábeas data, de conformidad con lo prescrito en la vigente Ley del Control Constitucional, es el Juez de Primera Instancia del domicilio del registro o poseedor de la información personal requerida.

Nótese que, tratándose de la jurisdicción territorial, nuestra normativa sólo ha previsto que el Juez competente sea el de la jurisdicción territorial en donde funcione el registro o exista la base de datos; no procede, por lo tanto, demandas de hábeas data que hayan sido planteadas ante el domicilio del actor si es que aquel no coincide con el domicilio del titular del registro poseedor de la información personal requerida.

Por lo tanto, cualquier juez de primera instancia, como son: los de Trabajo, de Inquilinato, de lo Civil, de lo Penal, de Tránsito, etc., podrían conocer y ser competentes para conocer, tramitar y resolver demandas de hábeas data. Lo último dicho es importante resaltarlo, pues la competencia otorgada por la Ley del Control Constitucional es íntegra, en vista de que abarca no solamente el derecho, poder y obligación de recibir la demanda, sino de tramitar íntegramente el proceso, el de resolverlo y hasta de ejecutar lo resuelto en la sentencia.

Por último, resaltamos que la competencia del juez aludido (cualquier juez de primera instancia) es en calidad de juez de primer nivel en el proceso constitucional de hábeas data, pues la segunda instancia, de existir, será de competencia de la Sala del Tribunal Constitucional que resulte favorecida del sorteo, pudiendo existir en caso de que no se resuelva en forma unánime en segunda instancia ante la Sala respectiva, la posibilidad de que el caso pase a conocimiento y resolución final y definitiva del Pleno del Tribunal Constitucional.

EXCEPCIONES Y OPOSICIÓN

Partamos con establecer que, en todo proceso, incluidos los de garantía constitucional, se pueden esgrimir válidamente excepciones que,

de fondo o de forma, rechacen la demanda planteada.

Así mismo, todo proceso constitucional, incluido el de hábeas data, garantiza el derecho a la contradicción, exteriorizando de esa manera la bilateralidad, es decir, la posibilidad de que frente a los argumentos del actor, el juez pueda y deba oir los del demandado, a fin de adoptar la resolución más justa y procedente en derecho.

La primera excepción válida y que resulta a todas luces lógica es que el registro demandado no posea la información solicitada por el accionante; si no hay dato alguno sobre el actor ni tampoco sobre la clase de información que, específicamente, solicita el accionante, no habría información alguna que entregar por parte del registro demandado.

Todas las excepciones deben, en principio, estar sustentadas en la Ley, concretamente en la vigente Ley del Control Constitucional; así por ejemplo, hay situaciones relevantes, superiores al interés personal, como por ejemplo la seguridad nacional, la cual debe prevalecer sobre los intereses particulares. Esto no obsta ni tampoco impide que, de requerirse información personal, si ésta se vincula o afecta datos relacionados con la seguridad nacional, se entregue la información sin afectar ni comprometer aquel bien superior.

SUPUESTOS DE INADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN

Será inadmitida, es decir, rechazada de plano y sin trámite alguno, la demanda de hábeas data en los siguientes casos, a saber:

a) Aquella que fuere planteada ante juez incompetente, sea que lo fuere por motivo de su rango o instancia o por razón del territorio;

b) Aquella en que no se alegue derecho de rango constitucional violado o, en su defecto, que se mencione un derecho constitucional diferente a aquellos que son protegidos por el hábeas data;

c) Aquella que no pretenda el acceso a información o datos;

d) En el caso de que la información pretendida no sea personal o propia del actor;

e) Por último, aquella que esgrima pretensiones improcedentes me-

diante esta vía como el resarcimiento de daños y perjuicios.

PRUEBA

Es obligación del actor justificar la falta de veracidad, de actualidad o de corrección de la información contenida en el registro, a fin de que el juez pueda disponer con suficientes elementos de juicio la rectificación, actualización o supresión que corresponda.

Por lo tanto, si alegamos que un deuda ya ha sido cancelada, por lo que no procede que sigamos registrados como deudores, deberemos comprobar instrumentalmente el pago total de la misma; si alegamos, en cambio, que somos casados o divorciados, deberemos adjuntar copia certificada de la partida con la razón respectiva; si decimos, por otra parte, que tenemos determinada profesión, se deberá adjuntar copia del título, etc.

Tratándose de la confidencialidad de los datos o la supresión de los mismos por tratarse de información sensible, no hay que acreditar nada, ya que siendo verdaderos lo que se busca es que ellos no se difundan y, por ende, que se reserven.

PROCEDENCIA DE LA DEMANDA

La condición esencial para que se resuelva en forma favorable una demanda de hábeas data es que el registro posea la información personal que es requerida.

De existir la información y de ser ésta correcta y actualizada corresponde, en segundo lugar, cuestionarnos sobre el uso y la finalidad que tenga ese registro respecto de la recopilación de información personal que posea.

No será legítima la finalidad de un registro que divulgue la solvencia económica de la persona, si a través de ello se considera que su seguridad y la de su familia podrían estar en riesgo. Un uso carente de seguridad y de control por parte del registro, y que deje abierta la posibilidad de manipulación por parte de terceros, también es susceptible de ser cuestionado. Por lo tanto, la seguridad y uso de la información personal resulta vital, por lo que el peligro de una manipulación indebida

e insegura por parte del personal del propio registro como de terceros, puede ser objeto de cuestionamiento dentro de esta clase de proceso, debiendo ordenar el juez en estos casos o bien la adopción de medidas de seguridad por parte del registro o la entrega y no uso de la información registrada ante la gravedad de los hechos.

Si el motivo para efectuar el registro o recopilación de la información no aparece justificado ni pertinente, puede y debe el juez ordenar la anulación, supresión o entrega de la información recopilada. Recordemos que la pertinencia también se refiere al ámbito de acción, funciones, materia o competencia de la institución o persona que realice la recopilación de la información; así, el Servicio de Rentas Internas estaría habilitado a poseer información personal de carácter tributario, mas no multas de tránsito ni datos relativos a la vida íntima de un ciudadano.

Si la información que entrega el registro no es actualizada, ni verdadera ni correcta, procede que el juez la actualice, rectifique o anule sustentándose en la prueba de los hechos contrarios aportados por parte del actor.

Por último, si la información es verdadera pero pertenece a la esfera íntima de la persona, es decir, resulta ser sensible, el juez, dependiendo de los casos, ordenará o bien la supresión o anulación de los datos o, en su defecto, la confidencialidad o reserva de los mismos.

MEDIDAS CAUTELARES

Justificación de las medidas cautelares.-

La finalidad de toda medida cautelar es prevenir y evitar que, cuando concluya el juicio, el interés legítimo que su busca proteger, deje de existir. Es pues, la importancia del derecho en conflicto y la probable demora del pronunciamiento judicial definitivo, lo que justifica la existencia de esta clase de medidas.

Posturas a favor y en contra de su otorgamiento en el hábeas data.-

Se podría opinar en forma negativa a la posibilidad de que, en esta clase de juicios se las pueda ordenar, sustentándose en que, ni en la Constitución Política, ni en la Ley del Control Constitucional, ni en los fallos de alguna de las Salas o del propio Pleno del Tribunal Cons-

titucional, se ha previsto o dispuesto expresamente la posibilidad de que, en la acción de hábeas data el juzgador pueda decretar alguna medida cautelar. Junto con lo anterior, se suele esgrimir que las normas procesales, al ser de orden público, son de cumplimiento obligatorio y de interpretación restrictiva, más aún tratándose de medidas cautelares.

Si bien es cierto que, ni en la Constitución Política ni en la Ley de Control Constitucional ni en los fallos del Tribunal Constitucional se ha previsto expresamente la posibilidad de que, tratándose de la acción de hábeas data, se dispongan medidas cautelares, a diferencia de lo que ocurre en el amparo constitucional, nosotros, por nuestra parte, consideramos aquella posibilidad como plenamente factible.

Consideramos como fundamento para la afirmación antes indicada el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre en el caso del amparo constitucional, en el que, por regla general, la medida cautelar consiste en la solución del fondo del problema, tratándose del hábeas data, esto no ocurre, ya que lo que principalmente se pretendería es la no difusión de la información personal hasta que se resuelva la causa y se decida sobre la pertinencia del registro y del dato guardado.

Debemos considerar además, que hablamos de garantías las cuales por su razonabilidad pretenden proteger de manera efectiva derechos y que, de conformidad con lo que manda el Constituyente ecuatoriano, la falta de ley no impide ni limita su ejercicio, debiendo estarse a la interpretación que más favorezca su aplicación y plena vigencia.

Es decir, la finalidad protectora, la eficacia de la institución y, en definitiva, su propia razón de existir quedarían en entredicho si, en el caso del hábeas data, no se pudiera interponer medidas cautelares que impidan que el honor, la intimidad y la buena imagen de la persona no puedan ser protegidas hasta que el juez no resuelva de manera definitiva la causa.

Medidas cautelares aplicables en el hábeas data.-

Como medidas cautelares aplicables en el proceso de hábeas data podemos señalar las siguientes:

a) **La suspensión provisional de la difusión de datos** e informaciones personales del actor hasta que se resuelva la causa. Se restringe, de

esa manera, en forma temporal, la circulación de la información personal del sujeto, con más razón si se trata de datos que tendrían la apariencia de ser naturaleza sensible, los cuales, si llegan a ser de conocimiento público, por mucho que, posteriormente, la resolución del Juez ordene su supresión, no se podría evitar el daño ya causado a la persona y las muy seguras discriminaciones de las que sería objeto.

b) Luis Carranza Torres señala como otra medida cautelar específica y aplicable en el caso del hábeas data, la llamada "anotación de litis" o "**anotación de dato litigioso**" o también conocida como "aviso de datos en litigio" y que consiste en que el registro demandado tiene "la obligación de informar, al difundir el dato a terceros que el mismo está siendo cuestionado en un litigio".

Vale la pena mencionar al respecto que, en el Ecuador, en la Ley de Burós de Información Crediticia, publicada en el Registro Oficial No.- 127 del 18 de octubre del 20005, en el penúltimo inciso del artículo 9, se prevé que, habiéndose planteado por escrito por parte del titular de la información crediticia una petición de revisión de datos a la fuente de información, tendiente a revisar determinada información suya contenida en dicha fuente, sin perjuicio de responderla motivadamente dentro del plazo de 15 días, **la fuente de información debe poner en conocimiento de los burós de información crediticia tal requerimiento extrajudicial formulado por el titular de los datos y, paralelamente, los burós de información crediticia, sin perjuicio de mantener la información que tienen, deberán anunciar "que la materia de la solicitud está siendo revisada a pedido del titular".**

Conclusión.-

Una medida cautelar, decretada o no en un proceso de hábeas data, requiere siempre de un juicio de ponderación a cargo del juez que conoce la causa; en dicho proceso de valoración se deberá tomar en cuenta la materia litigiosa, los intereses en conflicto, los derechos afectados, la realidad de la tramitación del proceso y la coyuntura del caso particular de que se trate.

Las incertidumbres procesales deben resolverse, según nuestro criterio, con un juicio de ponderación que, alejado de un criterio simplemente "legalista", busque asegurar los derechos y hacer efectivas

y reales a sus garantías, como manifestación del Estado de Derecho en el que supuestamente vivimos.

RESOLUCIÓN

Concedido favorablemente el hábeas data, debe el registro vencido entregar la información requerida.

Dicha información debe tener las siguientes características, a saber: clara, completa y debidamente actualizada; por lo tanto, de ser incompleta, falsa, parcial, oscura o desactualizada deberá ser rechazada por el Juez, bajo las prevenciones de ley.

Consideramos procedente que, si la causa de la demanda de hábeas data fue el de rectificar información errónea sobre la persona afectada, la sentencia pueda ordenar además, que se oficie a las personas o instituciones que hayan recibido la información incorrecta la resolución judicial dictada y la orden de rectificación que se haya dictado y, así mismo, consideramos procedente, dependiendo de los casos, hasta el hecho de que se pueda publicar por la prensa, a costa del demandado vencido, la sentencia que conceda favorablemente la acción en el que se rectifiquen y aclaren los datos y hechos.

Podemos mencionar que, en el Ecuador, en la Ley de Burós de Información Crediticia, en el último inciso del artículo 9, se establece que, si la información crediticia impugnada hubiera sido ilegal, inexacta o errónea, "el buró, por cuenta de la fuente de información crediticia, inmediatamente enviará comunicaciones rectificatorias a todos quienes hubieren recibido reportes conteniéndola".

Debemos recordar que la protección de los derechos constitucionales no solo requiere de respuestas judiciales ágiles y efectivas, sino inteligentes y amplias que permitan garantizar por todos los medios y ante todas las posibilidades, los intereses en conflicto.

Dejamos claro que la resolución favorable no solo permite suprimir el dato ilegítimo o corregir el incorrecto, sino que deja expedita la posibilidad de que, a través de la justicia civil ordinaria, se pueda exigir la correspondiente reclamación de daños y perjuicios.

APELACIÓN

Si el Juez de Primer nivel rechaza la demanda de hábeas data planteada por el actor, cabe la interposición del recurso de apelación a fin de que una de las Salas del Tribunal Constitucional, previo el sorteo reglamentario, resuelva de manera definitiva la causa.

Si, por el contrario, el Juez de primer nivel concedió en forma favorable la demanda de hábeas data planteada, no puede el registro vencido interponer recurso de apelación, tal como lo ordena nuestra Constitución Política vigente desde 1998.

COSA JUZGADA

Respecto de la cosa juzgada, nos inclinamos a pensar que, sobre la acción de hábeas data, recae la cosa juzgada formal que, a diferencia de la material, nos habilitaría a presentar otra demanda posterior, en el evento de que aparezcan nuevos elementos probatorios que así lo viabilicen.

Más aún, lo que fundamentalmente se pretende en el hábeas data es acceder a la información personal, por lo que, tras una demanda fallida o exitosa, bien se podría plantear otra que pretendan conocer cambios que ha habido en el registro y datos almacenados, sin que se pudiere alegar cosa juzgada.

RESPONSABILIDAD Y RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Toda acción ilegítima que cause perjuicio a una persona, ocasiona el deber de resarcir el daño causado. Este axioma se aplica y extiende en el caso del Hábeas Data al registro que difundió información personal falsa, desactualizada, errónea o que publicitó información sensible e íntima de la persona.

Son correctas las palabras de Luis CARRANZA TORRES cuando afirma que: "estamos aquí frente a un supuesto de **responsabilidad por el manejo de cosas riesgosas**, en razón de la aptitud que poseen tales datos relacionados con la esfera íntima de los sujetos, para provocar daños de magnitud contra los mismos, de ser distorsionados, o simple-mente, informados de manera indiscriminada o fuera de contexto".

Por lo que, de obtenerse una demanda favorable, la reclamación de daños y perjuicios por la vía civil quedaría expedita, sin perjuicio de que la conducta del titular del registro pueda también ser examinada ante un fiscal y juez de lo penal.

Por lo tanto, el registro deberá pagar los daños morales y económicos causados por su acción, sin que interese si el registro actúo sin dolo, debiendo recordar que la diligencia o cuidado con el que se maneje el registro debe ser delicada pues se refiere a cosas ajenas, esto es, el honor, la imagen, la reputación de un tercero.

DERECHO COMPARADO: CHILE

LEY SOBRE PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA
(número 19628).

Fecha de promulgación: 18.08.1999.
Fecha Publicación: 28.08.1999.
Ver decreto reglamentario al final de la ley.
Teniendo presente que el H. Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente:

Título Preliminar
Disposiciones generales

Artículo 1º.- El tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares se sujetará a las disposiciones de esta ley, con excepción del que se efectúe en ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, el que se regulará por la ley a que se refiere el artículo 19, N° 12, de la Constitución Política. Toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales, siempre que lo haga de manera concordante con esta ley y para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico. En todo caso deberá respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de las facultades que esta ley les reconoce.

Artículo 2°.- Para los efectos de esta ley se entenderá por:

a) Almacenamiento de datos, la conservación o custodia de datos en un registro o banco de datos.

b) Bloqueo de datos, la suspensión temporal de cualquier operación de

tratamiento de los datos almacenados.

c) Comunicación o transmisión de datos, dar a conocer de cualquier forma los datos de carácter personal a personas distintas del titular, sean determinadas o indeterminadas.

d) Dato caduco, el que ha perdido actualidad por disposición de la ley, por el cumplimiento de la condición o la expiración del plazo señalado para su vigencia o, si no hubiese norma expresa, por el cambio de los hechos o circunstancias que consigna.

e) Dato estadístico, el dato que, en su origen, o como consecuencia de su tratamiento, no puede ser asociado a un titular identificado o identificable.

f) Datos de carácter personal o datos personales, los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables.

g) Datos sensibles, aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

h) Eliminación o cancelación de datos, la destrucción de datos almacenados en registros o bancos de datos, cualquiera fuere el procedimiento empleado para ello.

i) Fuentes accesibles al público, los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes.

j) Modificación de datos, todo cambio en el contenido de los datos almacenados en registros o bancos de datos.

k) Organismos públicos, las autoridades, órganos del Estado y organismos, descritos y regulados por la Constitución Política de la República, y los comprendidos en el inciso segundo del artículo 1º de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

l) Procedimiento de disociación de datos, todo tratamiento de datos

personales de manera que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona determinada o determinable.

m) Registro o banco de datos, el conjunto organizado de datos de carácter personal, sea automatizado o no y cualquiera sea la forma o modalidad de su creación u organización, que permita relacionar los datos entre sí, así como realizar todo tipo de tratamiento de datos.

n) Responsable del registro o banco de datos, la persona natural o jurídica privada, o el respectivo organismo público, a quien compete las decisiones relacionadas con el tratamiento de los datos de carácter personal.

ñ) Titular de los datos, la persona natural a la que se refieren los datos de carácter personal.

o) Tratamiento de datos, cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma.

Artículo 3°.- En toda recolección de datos personales que se realice a través de encuestas, estudios de mercado o sondeos de opinión pública u otros instrumentos semejantes, sin perjuicio de los demás derechos y obligaciones que esta ley regula, se deberá informar a las personas del carácter obligatorio o facultativo de las respuestas y el propósito para el cual se está solicitando la información. La comunicación de sus resultados debe omitir las señas que puedan permitir la identificación de las personas consultadas. El titular puede oponerse a la utilización de sus datos personales con fines de publicidad, investigación de mercado o encuestas de opinión.

Título I
De la utilización de datos personales.-

Artículo 4°.- El tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello. La persona que autoriza debe ser debidamente informada respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público. La autori-

zación debe constar por escrito. La autorización puede ser revocada, aunque sin efecto retroactivo, lo que también deberá hacerse por escrito.

No requiere autorización el tratamiento de datos personales que provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público, cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial, se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento, o sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios.

Tampoco requerirá de esta autorización el tratamiento de datos personales que realicen personas jurídicas privadas para el uso exclusivo suyo, de sus asociados y de las entidades a que están afiliadas, con fines estadísticos, de tarifación u otros de beneficio general de aquellos.

Artículo 5º.- El responsable del registro o banco de datos personales podrá establecer un procedimiento automatizado de transmisión, siempre que se cautelen los derechos de los titulares y la transmisión guarde relación con las tareas y finalidades de los organismos participantes.

Frente a un requerimiento de datos personales mediante una red electrónica, deberá dejarse constancia de:

La individualización del requirente;

El motivo y el propósito del requerimiento, y

El tipo de datos que se transmiten.

La admisibilidad del requerimiento será evaluada por el responsable del banco de datos que lo recibe, pero la responsabilidad por dicha petición será de quien la haga. El receptor sólo puede utilizar los datos personales para los fines que motivaron la transmisión.

No se aplicará este artículo cuando se trate de datos personales accesibles al público en general.

Esta disposición tampoco es aplicable cuando se transmiten datos personales a organizaciones internacionales en cumplimiento de lo dispuesto en los tratados y convenios vigentes.

Artículo 6°.- Los datos personales deberán ser eliminados o cancelados cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando hayan caducado.

Han de ser modificados cuando sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos.

Se bloquearán los datos personales cuya exactitud no pueda ser establecida o cuya vigencia sea dudosa y respecto de los cuales no corresponda la cancelación.

El responsable del banco de datos personales procederá a la eliminación, modificación o bloqueo de los datos, en su caso, sin necesidad de requerimiento del titular.

Artículo 7°.- Las personas que trabajan en el tratamiento de datos personales, tanto en organismos públicos como privados, están obligadas a guardar secreto sobre los mismos, cuando provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público, como asimismo sobre los demás datos y antecedentes relacionados con el banco de datos, obligación que no cesa por haber terminado sus actividades en ese campo.

Artículo 8°.- En el caso de que el tratamiento de datos personales se efectúe por mandato, se aplicarán las reglas generales. El mandato deberá ser otorgado por escrito, dejando especial constancia de las condiciones de la utilización de los datos. El mandatario deberá respetar esas estipulaciones en el cumplimiento de su encargo.

Artículo 9°.- Los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público. En todo caso, la información debe ser exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos.

Artículo 10.- No pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.

Artículo 11.- El responsable de los registros o bases donde se

almacenen datos personales con posterioridad a su recolección deberá cuidar de ellos con la debida diligencia, haciéndose responsable de los daños.

Título II
De los derechos de los titulares de datos

Artículo 12.- Toda persona tiene derecho a exigir a quien sea responsable de un banco, que se dedique en forma pública o privada al tratamiento de datos personales, información sobre los datos relativos a su persona, su procedencia y destinatario, el propósito del almacenamiento y la individualización de las personas u organismos a los cuales sus datos son transmitidos regularmente. En caso de que los datos personales sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos, y así se acredite, tendrá derecho a que se modifiquen.

Sin perjuicio de las excepciones legales, podrá, además, exigir que se eliminen, en caso de que su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando estuvieren caducos. Igual exigencia de eliminación, o la de bloqueo de los datos, en su caso, podrá hacer cuando haya proporcionado voluntariamente sus datos personales o ellos se usen para comunicaciones comerciales y no desee continuar figurando en el registro respectivo, sea de modo definitivo o temporal.

En el caso de los incisos anteriores, la información, modificación o eliminación de los datos serán absolutamente gratuitas, debiendo proporcionarse, además, a solicitud del titular, copia del registro alterado en la parte pertinente. Si se efectuasen nuevas modificaciones o eliminaciones de datos, el titular podrá, asimismo, obtener sin costo copia del registro actualizado, siempre que haya transcurrido a lo menos seis meses desde la precedente oportunidad en que hizo uso de este derecho.

El derecho a obtener copia gratuita sólo podrá ejercerse personalmente.

Si los datos personales cancelados o modificados hubieren sido comunicados previamente a personas determinadas o determinables, el responsable del banco de datos deberá avisarles a la brevedad posible la operación efectuada. Si no fuese posible determinar las personas a quienes se les hayan comunicado, pondrá un aviso que pueda ser de general conocimiento para quienes usen la información del banco de datos.-

Artículo 13.- El derecho de las personas a la información, modificación, cancelación o bloqueo de sus datos personales no puede ser limitado por medio de ningún acto o convención.

Artículo 14.- Si los datos personales están en un banco de datos al cual tienen acceso diversos organismos, el titular puede requerir información a cualquiera de ellos.

Artículo 15.- No obstante lo dispuesto en este Título, no podrá solicitarse información, modificación, cancelación o bloqueo de datos personales cuando ello impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones fiscalizadoras del organismo público requerido, o afecte la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias, la seguridad de la Nación o el interés nacional. Tampoco podrá pedirse la modificación, cancelación o bloqueo de datos personales almacenados por mandato legal, fuera de los casos contemplados en la ley respectiva.

Artículo 16.- Si el responsable del registro o banco de datos no se pronunciare sobre la solicitud del requirente dentro de dos días hábiles, o la denegare por una causa distinta de la seguridad de la Nación o el interés nacional, el titular de los datos tendrá derecho a recurrir al juez de letras en lo civil del domicilio del responsable, que se encuentre de turno según las reglas correspondientes, solicitando amparo a los derechos consagrados en el artículo precedente.

El procedimiento se sujetará a las reglas siguientes:

a) La reclamación señalará claramente la infracción cometida y los hechos que la configuran, y deberá acompañarse de los medios de prueba que los acrediten, en su caso.

b) El tribunal dispondrá que la reclamación sea notificada por cédula, dejada en el domicilio del responsable del banco de datos correspondiente. En igual forma se notificará la sentencia que se dicte.

c) El responsable del banco de datos deberá presentar sus descargos dentro de quinto día hábil y adjuntar los medios de prueba que acrediten los hechos en que los funda. De no disponer de ellos, expresará esta circunstancia y el tribunal fijará una audiencia, para

dentro de quinto día hábil, a fin de recibir la prueba ofrecida y no acompañada.

d) La sentencia definitiva se dictará dentro de tercero día de vencido el plazo a que se refiere la letra anterior, sea que se hayan o no presentado descargos. Si el tribunal decretó una audiencia de prueba, este plazo correrá una vez vencido el plazo fijado para ésta.

e) Todas las resoluciones, con excepción de la indicada en la letra f) de este inciso, se dictarán en única instancia y se notificarán por el estado diario.

f) La sentencia definitiva será apelable en ambos efectos. El recurso deberá interponerse en el término fatal de cinco días, contado desde la notificación de la parte que lo entabla, deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan.

g) Deducida la apelación, el tribunal elevará de inmediato los autos a la Corte de Apelaciones respectiva. Recibidos los autos en la Secretaría de la Corte, el Presidente ordenará dar cuenta preferente del recurso, sin esperar la comparecencia de ninguna de las partes.

h) El fallo que se pronuncie sobre la apelación no será susceptible de los recursos de casación. En caso de que la causal invocada para denegar la solicitud del requirente fuere la seguridad de la Nación o el interés nacional, la reclamación deberá deducirse ante la Corte Suprema, la que solicitará informe de la autoridad de que se trate por la vía que considere más rápida, fijándole plazo al efecto, transcurrido el cual resolverá en cuenta la controversia. De recibirse prueba, se consignará en un cuaderno separado y reservado, que conservará ese carácter aun después de afinada la causa si por sentencia ejecutoriada se denegare la solicitud del requirente.

La sala de la Corte Suprema que conozca la reclamación conforme al inciso anterior, o la sala de la Corte de Apelaciones que conozca la apelación, tratándose del procedimiento establecido en los incisos primero y segundo, si lo estima conveniente o se le solicita con fundamento plausible, podrá ordenar traer los autos en relación para oír a los abogados de las partes, caso en el cual la causa se agregará extraer-

dinariamente a la tabla respectiva de la misma sala. En las reclamaciones por las causales señaladas en el inciso precedente, el Presidente del Tribunal dispondrá que la audiencia no sea pública. En caso de acogerse la reclamación, la misma sentencia fijará un plazo prudencial para dar cumplimiento a lo resuelto y podrá aplicar una multa de una a diez unidades tributarias mensuales. La falta de entrega oportuna de la información o el retardo en efectuar la modificación, en la forma que decrete el Tribunal, serán castigados con multa de dos a cincuenta unidades tributarias mensuales y, si el responsable del banco de datos requerido fuere un organismo público, el tribunal podrá sancionar al jefe del Servicio con la suspensión de su cargo, por un lapso de cinco a quince días.

Título III
De la utilización de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial

Artículo 17.- Los responsables de los registros o bancos de datos personales sólo podrán comunicar información que verse sobre obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, cuando éstas consten en letras de cambio y pagarés protestados; cheques protestados por falta de fondos, por haber sido girados contra cuenta corriente cerrada o por otra causa; como asimismo el incumplimiento de obligaciones derivadas de mutuos hipotecarios y de préstamos o créditos de bancos, sociedades financieras, administradoras de mutuos hipotecarios, cooperativas de ahorros y créditos, organismos públicos y empresas del Estado sometidas a la legislación común, y de sociedades administradoras de créditos otorgados para compras en casas comerciales. También podrán comunicarse aquellas otras obligaciones de dinero que determine el Presidente de la República mediante decreto supremo, las que deberán estar sustentadas en instrumentos de pago o de crédito válidamente emitidos, en los cuales conste el consentimiento expreso del deudor u obligado al pago y su fecha de vencimiento.

Artículo 18.- En ningún caso pueden comunicarse los datos a que se refiere el artículo anterior, que se relacionen con una persona identificada o identificable, luego de transcurridos siete años desde que la respectiva obligación se hizo exigible. Tampoco se podrá continuar comunicando los datos relativos a dicha obligación después de transcurridos tres años

del pago o de su extinción por otro modo legal. Con todo, se comunicará a los tribunales de Justicia la información que requieran con motivo de juicios pendientes.

Artículo 19.- El pago o la extinción de estas obligaciones por cualquier otro modo no produce la caducidad o la pérdida de fundamento legal de los datos respectivos para los efectos del artículo 12, mientras estén pendientes los plazos que establece el artículo precedente.

Al efectuarse el pago o extinguirse la obligación por otro modo en que intervenga directamente el acreedor, éste avisará tal hecho, a más tardar dentro de los siguientes siete días hábiles, al responsable del registro o banco de datos accesible al público que en su oportunidad comunicó el protesto o la morosidad, a fin de que consigne el nuevo dato que corresponda, previo pago de la tarifa si fuere procedente, con cargo al deudor. El deudor podrá optar por requerir directamente la modificación al banco de datos y liberar del cumplimiento de esa obligación al acreedor que le entregue constancia suficiente del pago; decisiones que deberá expresar por escrito. Quienes efectúen el tratamiento de datos personales provenientes o recolectados de la aludida fuente accesible al público deberán modificar los datos en el mismo sentido tan pronto aquélla comunique el pago o la extinción de la obligación, o dentro de los tres días siguientes. Si no les fuera posible, bloquearán los datos del respectivo titular hasta que esté actualizada la información.

La infracción de cualquiera de estas obligaciones se conocerá y sancionará de acuerdo a lo previsto en el artículo 16.

Título IV
Del tratamiento de datos por los organismos públicos

Artículo 20.- El tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular.

Artículo 21.- Los organismos públicos que sometan a tratamiento datos personales relativos a condenas por delitos, infracciones administrativas o faltas disciplinarias, no podrán comunicarlos una vez prescrita

la acción penal o administrativa, o cumplida o prescrita la sanción o la pena.

Exceptúase los casos en que esa información les sea solicitada por los tribunales de Justicia u otros organismos públicos dentro del ámbito de su competencia, quienes deberán guardar respecto de ella la debida reserva o secreto y, en todo caso, les será aplicable lo dispuesto en los artículos 5º, 7°, 11 y 18.

Artículo 22.- El Servicio de Registro Civil e Identificación llevará un registro de los bancos de datos personales a cargo de organismos públicos. Este registro tendrá carácter público y en él constará, respecto de cada uno de esos bancos de datos, el fundamento jurídico de su existencia, su finalidad, tipos de datos almacenados y descripción del universo de personas que comprende, todo lo cual será definido en un reglamento.

El organismo público responsable del banco de datos proporcionará esos antecedentes al Servicio de Registro Civil e Identificación cuando se inicien las actividades del banco, y comunicará cualquier cambio de los elementos indicados en el inciso anterior dentro de los quince días desde que se produzca.

Título V
De la responsabilidad por las infracciones a esta ley

Artículo 23.- La persona natural o jurídica privada o el organismo público responsable del banco de datos personales deberá indemnizar el daño patrimonial y moral que causare por el tratamiento indebido de los datos, sin perjuicio de proceder a eliminar, modificar o bloquear los datos de acuerdo a lo requerido por el titular o, en su caso, lo ordenado por el tribunal. La acción consiguiente podrá interponerse conjuntamente con la reclamación destinada a establecer la infracción, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil. En todo caso, las infracciones no contempladas en los artículos 16 y 19, incluida la indemnización de los perjuicios, se sujetarán al procedimiento sumario. El juez tomará todas las providencias que estime convenientes para hacer efectiva la protección de los derechos que esta ley establece. La prueba se apreciará en conciencia por el juez. El monto de la indemnización será establecido prudencialmente por el juez, considerando las circunstancias

del caso y la gravedad de los hechos.

Artículo 24.- Agrégase los siguientes incisos segundo y tercero, nuevos, al artículo 127 del Código Sanitario:

"Las recetas médicas y análisis o exámenes de laboratorios clínicos y servicios relacionados con la salud son reservados. Sólo podrá revelarse su contenido o darse copia de ellos con el consentimiento expreso del paciente, otorgado por escrito. Quien divulgare su contenido indebidamente, o infringiere las disposiciones del inciso siguiente, será castigado en la forma y con las sanciones establecidas en el Libro Décimo. Lo dispuesto en este artículo no obsta para que las farmacias puedan dar a conocer, para fines estadísticos, las ventas de productos farmacéuticos de cualquier naturaleza, incluyendo la denominación y cantidad de ellos. En ningún caso la información que proporcionen las farmacias consignará el nombre de los pacientes destinatarios de las recetas, ni el de los médicos que las expidieron, ni datos que sirvan para identificarlos".

Disposiciones transitorias.-

Artículo 1°.- Las disposiciones de esta ley, con excepción del artículo 22, entrarán en vigencia dentro del plazo de sesenta días, contados desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial.

Los actuales registros o bancos de datos personales de organismos públicos se ajustarán a las disposiciones de este cuerpo legal, a contar de su entrada en vigencia.

Lo dispuesto en el artículo 22 comenzará a regir un año después de la publicación de esta ley. Sin perjuicio de lo anterior, los organismos públicos que tuvieren a su cargo bancos de datos personales deberán remitir los antecedentes a que se refiere dicho precepto con anterioridad, dentro del plazo que fije el reglamento.

Artículo 2°.- Los titulares de los datos personales registrados en bancos de datos creados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley tendrán los derechos que ésta les confiere.

Artículo 3°.- Las normas que regulan el Boletín de Informaciones Comerciales creado por el decreto supremo de Hacienda N° 950, de 1928, seguirán aplicándose en todo lo que no sean contrarias a las disposi-

ciones de esta ley.

Habiéndose cumplido con lo establecido en el N° 1º del artículo 82 de la Constitución Política de la República y por cuanto he tenido a bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto promúlguese y llévese a efecto como Ley de la República.

Santiago, 18 de agosto de 1999.- EDUARDO FREI RUIZ-TAGLE, Presidente de la República.- José Miguel Insulza Salinas, Ministro Secretario General de la Presidencia.- María Soledad Alvear Valenzuela, Ministra de Justicia.- Germán Quintana Peña, Ministro de Planificación y Cooperación.

Lo que transcribo a Ud., para su conocimiento.-
Saluda Atte. a Ud., Carlos Carmona Santander.
Subsecretario General de la Presidencia de la República.

Tribunal Constitucional
Proyecto de ley sobre protección de datos de carácter personal

El Secretario del Tribunal Constitucional, quien suscribe, certifica que el Honorable Senado envió el proyecto de ley enunciado en el rubro, aprobado por el Congreso Nacional, a fin de que este Tribunal ejerciera el control de la constitucionalidad de su artículo 16; y que por sentencia de 4 de agosto de 1999, declaró:

Que los preceptos contenidos en el artículo 16, del proyecto sometido a control, son constitucionales en el entendido que deben interpretarse en conformidad con lo que se ha señalado en el considerando 7º de esta sentencia.

2. Que las disposiciones contempladas en el artículo 19 del proyecto sometido a control, son constitucionales.

Santiago, agosto 6 de 1999.- Rafael Larraín Cruz, Secretario.

REGLAMENTO DEL REGISTRO DE BANCOS DE DATOS PERSONALES A CARGO DE ORGANISMOS PÚBLICOS
DECRETO No.- 779 2000
MINISTERIO DE JUSTICIA

Santiago, 24 de agosto de 2000

Vistos: El artículo 32 N°8 de la Constitución Política de la República y el artículo 22° de la ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada. Decreto: Apruébase el siguiente Reglamento del Registro de Bancos de Datos Personales a cargo de Organismos Públicos.

Artículo 1°.- El Servicio de Registro Civil e Identificación llevará el Registro de los Bancos de Datos Personales a cargo de Organismos Públicos, en el cual se inscribirán todos los bancos de datos personales que de acuerdo con la ley respectiva lleven las autoridades, órganos del Estado y organismos, descritos y regulados por la Constitución Política de la República y los comprendidos en el inciso segundo del artículo 1° de la ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

TÍTULO I
De las Inscripciones en el Registro de Bancos de Datos Personales

Artículo 2°.- Los organismos señalados en el artículo primero de este Reglamento deberán requerir su inscripción en el Registro de Bancos de Datos Personales ante las Oficinas del Servicio de Registro Civil e Identificación habilitadas para estos efectos o en el respectivo sitio en Internet del Servicio, o de cualquier otra forma que el Servicio determine. Las inscripciones que sean requeridas a través del sitio en Internet del Servicio, estarán sujetas a las confirmaciones y medidas de seguridad que la institución determine conforme a las normas legales pertinentes.

Artículo 3°.- La inscripción en el Registro de Bancos de Datos Personales deberá contener, a lo menos, las siguientes menciones:

1.- El nombre del banco de datos personales;

2.- El organismo público responsable del banco de datos personales respectivo;

3.- El RUT correspondiente al organismo público;

4.- El fundamento jurídico de la existencia del banco de datos personales;

5.- La finalidad del banco de datos;

6.- El o los tipos de datos almacenados en dicho banco, y

7.- Una descripción del universo de personas que comprende.

Artículo 4°.- El Servicio de Registro Civil e Identificación otorgará al organismo público responsable de bancos de datos personales una certificación que indique a lo menos, el nombre y el RUT de dicho organismo, la individualización de cada uno de los bancos que se encuentren inscritos bajo su nombre en el respectivo Registro a la fecha de emisión del certificado y la fecha en que fueron registrados.

Artículo 5°.- Mediante resolución del Director Nacional se fijará el procedimiento de inscripción de los bancos de datos personales a cargo de los organismos citados en el artículo primero del presente reglamento.

TÍTULO II
De las Obligaciones de los Organismos Públicos Responsables de Bancos de Datos Personales

Artículo 6°.- Los organismos públicos que a la fecha de entrada en vigencia del presente Reglamento mantengan bancos de datos personales, deberán proceder a su inscripción en el Registro de que trata este reglamento, dentro del plazo de tres meses, contados desde igual fecha. Los organismos públicos que se hagan responsables de nuevos bancos de datos personales, deberán proceder a su inscripción, dentro del plazo de 15 días contados desde que se inicien las actividades del respectivo banco de datos. Toda modificación que se refiera a los bancos de datos personales ya registrados, deberá sujetarse a lo establecido en el artículo 9° del presente reglamento.

TÍTULO III
De los Informes

Artículo 7°.- El Servicio de Registro Civil e Identificación otorgará, por medios electrónicos, a todo el que lo solicite, un informe en el cual conste el nombre de un determinado banco de datos personales, las menciones acerca de la información que contiene y el nombre del organismo público responsable de su registro.

TÍTULO IV

De las Correcciones y las Modificaciones

Artículo 8°.- Cualquier corrección relativa a errores u omisiones de una inscripción, será requerida por el propio organismo responsable de dicha inscripción en el Registro de Bancos de Datos Personales, debiendo efectuarse de las formas establecidas en el artículo 2° del presente reglamento.

Artículo 9°.- Cualquier modificación de una inscripción, será requerida por el propio organismo responsable de dicha inscripción en el Registro de Bancos de Datos Personales, en el plazo de quince días contados desde que se produzca, debiendo efectuarse en alguna de las formas establecidas en el artículo 2° del presente reglamento.

Tómese razón, comuníquese y publíquese.-

RICARDO LAGOS ESCOBAR, Presidente de la República.-
Lo que transcribo para su conocimiento.- Le saluda atentamente, Jaime Arellano Quintana, Subsecretario de Justicia

ANEXOS CON NORMATIVA ECUATORIANA RELACIONADA.-

LEY DE BUROS DE INFORMACION CREDITICIA.

Ley 13, Registro Oficial 127 de 18 de Octubre del 2005.

EL CONGRESO NACIONAL

Considerando:

Que el artículo 81 de la Constitución Política de la República, establece que el Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, de los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad;

Que es necesario dictar una ley que permita a las instituciones del sistema financiero, a las del sistema de seguros privados, a las del sistema nacional de seguridad social y a las del sector real de la economía, contar con información completa que les permita tomar adecuadas decisiones de riesgo, con la finalidad de proteger los intereses de los depositantes y del público en general;

Que es fundamental proteger el derecho de los titulares de la información de crédito respecto a que ésta sea correcta y veraz, y, en adición, que no lesione su derecho constitucional a la intimidad personal o familiar; y,

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales expide la siguiente:

LEY DE BUROS DE INFORMACIÓN CREDITICIA

TÍTULO I
DE LOS BUROS DE INFORMACIÓN CREDITICIA

Art. 1.- Esta Ley tiene por objeto regular la constitución, organización, funcionamiento y extinción de los burós de información crediticia, cuya actividad exclusiva será la prestación de los servicios de referencia crediticia.

Art. 2.- Para efectos de aplicación de esta Ley, se entenderá como:

Burós de información crediticia (burós).- Son las sociedades anónimas cuyo objeto social exclusivo es la prestación de servicios de referencias crediticias del titular de la información crediticia.

Titular de la información crediticia.- Es la persona, natural o jurídica, a la que se refiere la información de riesgos crediticios.

Fuentes de información.- Son las personas que, debido a sus actividades poseen información de riesgos crediticios.

Cliente de los burós de información crediticia.- Es toda persona legalmente autorizada que contrata con los burós la prestación de servicios de referencias crediticias.

Información prohibida.- Es aquella que, por lesionar el derecho a la intimidad personal o familiar garantizado por la Constitución Política de la República, los burós no pueden recolectar, almacenar, organizar, interconectar en sus bases de datos o, en general, incluir en un reporte de riesgos.

Base de datos.- Es el conjunto de información de riesgos crediticios, administrada por los burós, cualquiera que sea la forma o modalidad de

su creación, organización, almacenamiento, sistematización, seguridades o acceso.

Información de Riesgos Crediticios.- Es aquella relacionada con obligaciones o antecedentes financieros, comerciales, contractuales, de seguros privados y de seguridad social, de una persona natural o jurídica, pública o privada, que sirva para identificarla adecuadamente y determinar sus niveles de endeudamiento y en general de riesgos crediticios.

Art. 3.- Los servicios de referencias crediticias, sólo podrán ser prestados por los burós autorizados para operar por la Superintendencia de Bancos y Seguros.

Los burós se constituirán como sociedades anónimas, cuyo objeto social exclusivo debe ser la prestación de servicios de referencias crediticias. En su denominación se incluirá obligatoriamente la frase: "Buró de Información Crediticia".

La aprobación de la constitución de los burós, que conlleva el permiso de operación, corresponde a la Superintendencia de Bancos y Seguros, a cuyo control y vigilancia estarán sometidos en forma exclusiva.

Para aprobar la constitución de un buró la Superintendencia de Bancos y Seguros calificará la idoneidad, responsabilidad y solvencia de los accionistas, haciendo uso de las mismas normas legales y reglamentarias aplicables a la calificación que hace de los accionistas de instituciones financieras.

Igual calificación sobre idoneidad, responsabilidad y solvencia será necesaria para la transferencia de acciones de un buró, en forma previa a su inscripción en el Libro de Acciones y Accionistas, siendo aplicables, para este efecto, las disposiciones de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Los clientes de un buró y las instituciones del sistema financiero sujetas al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros, no podrán directa ni indirectamente, ni a ningún título, ser accionistas, socios o miembros de los burós de información crediticia.

Art. 4.- El capital social mínimo requerido para la constitución de los

burós, deberá estar íntegramente suscrito y pagado al momento de su constitución. Su cuantía será fijada por resolución general de la Superintendencia de Bancos y Seguros; pero en ningún caso será inferior a cien mil dólares de los Estados Unidos de América.

TÍTULO II
DEL MANEJO DE LA INFORMACIÓN CREDITICIA

Art. 5.- La información de riesgos que obtengan y mantengan los burós tendrá por exclusiva finalidad destinarla a la prestación del servicio de referencias crediticias y deberán mantenerla en el país.

La información histórica crediticia requerida sobre personas naturales y jurídicas, no podrá exceder de 6 años, por tanto, a los burós de información crediticia les está prohibido expresamente recabar y proporcionar información anterior a este límite.

Sólo con el conocimiento pleno y la autorización previa del titular de la información crediticia, en cada operación, los burós de crédito podrán obtener y mantener en sus archivos la nueva información crediticia distinta de aquella proveniente de la Central de Riesgos. En este caso, los clientes de los burós pondrán en conocimiento de los titulares de la información crediticia, lo siguiente:

a) La existencia de las bases de datos que administran los burós, su finalidad y los potenciales destinatarios de la información;

b) La identidad y dirección de los burós que recepten la información;

c) Las posibles consecuencias del uso de la información; y,

d) Los derechos que les asisten.

El buró de crédito que obtenga y archive esa información, con la simple solicitud del titular de la información y sin ningún otro trámite, obligatoriamente, deberá entregársela tantas y cuantas veces la requiera, de forma irrestricta y totalmente gratuita.

La información crediticia será lícita, exacta y veraz, de forma tal que responda a la situación real de su titular en determinado momento. En cada reporte los burós deberán especificar la fecha a la que corresponde

la información.

Los titulares de información crediticia pueden proporcionar directamente a los burós su propia información, en cuyo caso los burós deberán informarles previamente lo señalado en las letras a), b), c) y d) de este artículo.

La información proveniente de la Central de Riesgos, no requiere autorización.

Art. 6.- Los burós solo podrán recolectar, acopiar, almacenar, actualizar, grabar, organizar, sistematizar, elaborar, seleccionar, confrontar, interconectar en sus bases de datos, información referente al riesgo crediticio.

En consecuencia, no podrán manejar la siguiente información:

Aquella que, por afectar el derecho a la intimidad personal o familiar, lesione las garantías previstas en los numerales 8, 11 y 21 del artículo 23 de la Constitución Política de la República, a través de la difusión de características físicas, morales o emocionales de una persona o cualquier otra información relacionada con circunstancias de su vida afectiva o familiar, hábitos personales y de consumo, ideologías, opiniones políticas, creencias o convicciones religiosas, estados de salud físico o psicológico, vida sexual o información genética; así como toda violación a las garantías previstas por las leyes, tratados y convenios internacionales; y,

b) La información que de conformidad con la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, se encuentre protegida por el sigilo bancario, así como la información del patrimonio personal y familiar, las cuales solo pueden ser entregadas por expresa orden judicial.

El buró no podrá recolectar, procesar o difundir la información prohibida expresamente en este artículo, aunque cuente con la autorización del titular de la información; en todo caso, quien se considere afectado por la violación del presente artículo podrá iniciar las acciones civiles y penales a que hubiere lugar.

Art. 7.- Los burós sólo podrán prestar servicios de referencias crediticias a clientes debidamente identificados.

Sólo podrán ser clientes de los burós de información crediticia:

a) Las instituciones controladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros;

b) Las personas jurídicas, empresas, fundaciones y otras sociedades legalmente autorizadas y que otorguen crédito; y,

c) Las personas naturales que se dediquen a actividades económicas, que cuenten con el Registro Unico de Contribuyentes actualizado y que otorguen crédito.

Los burós no podrán comercializar a título universal sus bases de datos ni entregar toda la información crediticia contenida en las mismas, ni podrán dar a conocer esta información por medios de comunicación colectiva tales como radio, prensa, televisión u otros medios.

TÍTULO III
DE LA DEFENSA DE LOS TITULARES DE LA INFORMACIÓN CREDITICIA

Art. 8.- Los clientes de los burós y cualquier otra persona que por diversas causas lleguen a tener acceso a reportes emitidos por los burós (incluyendo a funcionarios, empleados, agentes, entre otros), deberán obligatoriamente guardar confidencialidad sobre la información contenida en ellos, siendo prohibido utilizarla para fines distintos del análisis de riesgo crediticio.

Quien empleare o divulgare indebidamente la información contenida en un reporte de crédito o alterare la información proporcionada por la fuente, estará sujeto a las sanciones establecidas en el artículo 201 del Código Penal, sin perjuicio de las acciones y responsabilidades civiles a las que hubiere lugar.

Art. 9.- El titular de la información crediticia tendrá derecho a:

a) Conocer si en la base de datos de un buró existe información sobre sí mismo y acceder a ella sin restricción alguna; y,
b) Exigir de la fuente de información crediticia, la rectificación de la información ilegal, inexacta o errónea y comunicarla al buró para que éste, de ser el caso, la rectifique.

Dentro del plazo de quince días desde la presentación de la solicitud, las fuentes de información crediticia obligatoriamente la resolverán, por escrito, admitiéndola o rechazándola motivadamente y poniendo en conocimiento de los burós autorizados para operar. Hasta tanto, sin perjuicio de continuar incluyéndola en los reportes de riesgos que emitan, los burós anunciarán que la información materia de la solicitud está siendo revisada a pedido del titular.

Si se concluye que la información materia de impugnación del titular es ilegal, inexacta o errónea, el buró, por cuenta de la fuente de información crediticia, inmediatamente enviará comunicaciones rectificatorias a todos quienes hubieren recibido reportes conteniéndola.

Art. 10.- Los burós y las fuentes de información crediticia serán legalmente responsables por los daños ocasionados al titular como consecuencia de la transmisión de información ilegal, inexacta o errónea y, por tanto, no estarán exonerados alegando ausencia de dolo o de culpa.

La responsabilidad de las fuentes es entregar información a los burós de manera exacta y legal; la responsabilidad de los burós es reportarla sin alteración o modificación alguna.

Sin perjuicio de lo anterior, en los procesos promovidos contra los burós, éstos podrán pedir que se cite también con la demanda a la o las fuentes de las que hubieren obtenido la información crediticia materia del proceso, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 94 del Código de Procedimiento Civil.

También responderán por los daños causados al titular de la información crediticia, quienes utilicen dolosa o culposamente informaciones o reportes provenientes de los burós. El afectado podrá demandar indemnización, cuando la información errónea no ha sido rectificada por los burós.

TÍTULO IV
DE LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

Art. 11.- Corresponde a la Superintendencia de Bancos y Seguros imponer sanciones administrativas y disponer medidas correctivas a los burós que infrinjan las disposiciones de esta Ley y las normas emitidas por la Junta Bancaria.

Art. 12.- Son infracciones administrativas:

a) Cualquier violación de las prohibiciones contenidas en el artículo 6 de esta Ley; y,

b) El desconocimiento de cualquiera de los derechos de los titulares de la información crediticia determinados en esta Ley.

Art. 13.- En caso de que un buró violare las disposiciones de esta Ley o de la normativa expedida por la Junta Bancaria o no acatare las instrucciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros, ésta impondrá las siguientes sanciones:

a) Multas de entre tres mil y veinte mil dólares por cada caso;

b) En caso de reincidencia, suspensión por hasta seis meses del permiso de operación; y,

c) Si es nuevamente reincidente, cancelación del permiso de operación, lo que conlleva la orden de disolver y liquidar al respectivo buró.

DISPOSICIONES GENERALES

PRIMERA.- Las personas naturales y jurídicas, empresas, fundaciones y otras sociedades vinculadas a las instituciones controladas por la Superintendecia de Bancos y Seguros, no podrán directa ni indirectamente ni a ningún título, ser accionistas, socios o miembros de los burós de información crediticia.

SEGUNDA.- Cuando la Superintendencia de Bancos y Seguros tuviere noticias de que otras personas naturales o jurídicas, distintas a los burós, han realizado o están realizando operaciones reservadas a éstos, efectuará las investigaciones del caso de acuerdo a lo establecido en el artículo 121 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, y de ser necesario ordenará la suspensión inmediata de dichas operaciones, para cuyo efecto podrá contar con el auxilio de la fuerza pública. El Superintendente de Bancos y Seguros pondrá los hechos en conocimiento

del Ministerio Público.

TERCERA.- Corresponde a la Junta Bancaria dictar las normas de carácter general para la organización, funcionamiento, control y demás aspectos relacionados con los burós, incluyendo su liquidación.

CUARTA.- En todo lo no previsto en esta Ley, regirán supletoriamente la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Ley de Compañías y otras leyes aplicables.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS:

PRIMERA.- Los burós de información crediticia creados al amparo de las normas emitidas por la Junta Bancaria, deberán ajustar sus estatutos sociales, su organización y funcionamiento a lo previsto en esta Ley, en el plazo de noventa días contados desde su publicación en el Registro Oficial; caso contrario, la Superintendencia de Bancos y Seguros ordenará de oficio su disolución y liquidación.

SEGUNDA.- Los clientes de los burós de información crediticia que actualmente sean accionistas de los mismos, deberán efectuar la respectiva desinversión dentro de los ciento ochenta días contados desde la publicación de esta Ley en el Registro Oficial.

Art. FINAL.- La presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dada, en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones del Congreso Nacional, a los veinte y nueve días del mes de septiembre del año dos mil cinco.

CERTIFICADO DE ANTECEDENTES PERSONALES (RECORD POLICIAL).

Decreto Ejecutivo 2854, Registro Oficial 736 de 12 de Julio de 1995.

NOTA GENERAL: La Ley Orgánica de la Policía Nacional, dictada por Decreto Supremo No. 189, publicado en Registro Oficial 757 de 7 de Marzo de 1975, fue derogada por Ley No. 109, publicada en Registro Oficial 368 de 24 de Julio de 1998.

Sixto A. Durán - Ballén C.

Presidente Constitucional de la República

Considerando:

Que la Ley Orgánica de la Policía Nacional en su Art. 81, dispone que el Archivo Central de la Policía Nacional y de las Jefaturas y Subjefaturas Provinciales de Investigación del Delito, deben abrir y mantener actualizados los prontuarios penales y preventivos para el cumplimiento de sus funciones, de conformidad con el reglamento respectivo;

Que mediante Decreto No. 198-I, publicado en el Registro Oficial No. 510 de 12 de marzo de 1974, se Reglamentó la expedición del Certificado de Antecedentes Personales;

Que es necesario que tanto el Sector Público como Privado cuenten con elementos de juicio suficientes, relacionados con la idoneidad de las personas;

Que es necesario se guarde armonía con las disposiciones generales expedidas mediante Decreto Ejecutivo No. 1572 publicadas en el Registro Oficial No. 402 de 18 de marzo de 1994;

Que en la práctica los diversos sectores, para su seguridad continúan solicitando a los particulares la presentación del Certificado de Antecedentes Personales, demanda que debe ser satisfecha por la Policía Nacional; y,

En ejercicio de las atribuciones que le confieren la Constitución Política y la Ley.

Decreta:

Expedir el **REGLAMENTO SUSTITUTIVO PARA LA EMISIÓN DEL CERTIFICADO DE ANTECEDENTES PERSONALES.**

Art. 1.- Los Certificados de Antecedentes Personales seguirán emitiéndose por las Jefaturas y Subjefaturas Provinciales de Investigación del Delito de las diferentes jurisdicciones del país.

Los datos serán consignados en forma exclusiva por el Archivo Central de la Policía Nacional.

Para tal efecto, la Dependencia Policial que tramite la concesión del Certificado, solicitará los datos al Archivo Central por el sistema de Telecomunicaciones de la Policía Nacional, consignando la siguiente información sobre el peticionario:

a) Nombres y apellidos completos

b) Fecha de nacimiento

c) Número de la cédula de ciudadanía para el caso de los ecuatorianos y número de la cédula de identidad y del pasaporte para el caso de extranjeros residentes; y, el número del pasaporte para los extranjeros no residentes

d) Clasificación dactiloscópica, y

e) Número del formulario en el que se expedirá el Certificado.

Art. 2.- El Certificado de Antecedentes Personales, será entregado en el plazo de 48 horas, contados desde el momento de presentación de la solicitud en la que se requiere el servicio y tendrá una validez de 90 días a partir de su otorgamiento.

Art. 3.- El Certificado de Antecedentes Personales, será concedido solamente a petición del interesado o de su apoderado. Aquellos que sean requeridos por autoridad competente, se expedirá en papel membretado de la Dirección Nacional de Investigaciones.

Prohíbese el suministro de datos sobre Antecedentes Personales a terceras personas.

Art. 4.- Las Jefaturas y Subjefaturas de Investigación del Delito, conferirán los Certificados de Antecedentes Personales, única y exclusivamente luego de haber recibido la información pertinente, del Archivo Central de la Dirección Nacional de Investigaciones de la Policía Nacional; la inobservancia de esta disposición se considerará falsificación de documento público y será sancionada como tal por los jueces

competentes.

Art. 5.- El Certificado de Antecedentes Personales, será otorgado en una especie valorada, cuya expedición corresponderá al Ministerio de Finanzas y Crédito Público, de acuerdo al formato entregado por la Dirección Nacional de Investigaciones, y de conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, los mismos que serán entregados para su custodia, manejo, distribución y venta a la Jefatura Financiera de la Dirección Nacional de Investigaciones de la Policía Nacional.

Art. 6.- La concesión del Certificado de Antecedentes Personales, generará únicamente un valor fijado conforme a la facultad constante en el Art. 118 de la Ley de Régimen Tributario Interno y de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 1 y 3 del Reglamento para la emisión de Especies Valoradas establecida por el Ministerio de Finanzas y Crédito Público.

Art. 7.- Las recaudaciones que la Policía Nacional efectuare por las certificaciones de antecedentes personales, que constituyen especies valoradas serán depositadas por los funcionarios responsables de su venta, dentro de las 24 horas de su recaudación en la cuenta auxiliar específica a nombre de la Dirección Nacional de Investigaciones de la Policía Nacional. Cuenta Corriente Unica del Tesoro Nacional en el Banco Central del Ecuador.

Art. 8.- Derógase el Decreto No. 198-I publicado en el Registro Oficial No. 510 de 12 de marzo de 1974, así como cualquier otra disposición de igual o menor jerarquía jurídica que se le opusiere.

Art. 9.- De la ejecución del presente Decreto que entrará a regir desde la fecha de su promulgación en el Registro Oficial, encárgase a los Ministros de Gobierno y de Finanzas y Crédito Público.

BIBLIOGRAFÍA BASICA DE CONSULTA.-

ABAD YUPANQUI, Samuel; "Derecho Procesal Constitucional"; Gaceta Jurídica S.A.; Primera Edición; Año 2004; Perú.

CARRANZA TORRES, Luis; "Caracteres generales del Hábeas Data"; http://www.informatica-juridica.com.

CARRANZA TORRES, Luis; "La procedencia de las medidas cautelares en el Hábeas Data"; http://www.informatica-juridica.com.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis; "Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data"; Ara Editores E.I.R.L.; Primera Edición; Año 2004; Perú.

CHAVERO GAZDIK, Rafael; "El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela"; Suplemento 2002; Ediciones Paredes; Año 2002; Caracas –Venezuela.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE VENEZUELA; "La Acción de hábeas data"; http:www.defensoria.gob.ve

DROMI, Roberto, y MENEM, Eduardo; "La constitución reformada. Comentada, interpretada y concordada"; Ediciones Ciudad Argentina; Año 1994; Argentina.

HENRÍQUEZ MAIONICA, Giancarlo; "El hábeas data y el derecho de la persona con trastornos de identidad de género a obtener documentos relativos a su identidad biológica".

FUENTES NORMATIVAS UTILIZADAS.-

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA;

LEY DEL CONTROL CONSTITUCIONAL;

LEY DE BUROS DE INFORMACIÓN CREDITICIA; publicada en el Registro Oficial No.-127 del 18 de octubre del 2005.

Decreto Ejecutivo No.- 2854, publicado en el Registro Oficial 736 de 12 de Julio de 1995; (Certificado de Antecedentes Personales (RECORD POLICIAL).

¿NORMATIVISMO RADICAL O NORMATIVISMO MODERADO? *

Dr. Manuel A. Abanto Vásquez

1.- EL "FUNCIONALISMO" EN ALEMANIA

En el medio hispanoparlante se ha seguido con mucho interés la pugna de dos concepciones del Derecho penal que han recibido el apelativo de "funcionalistas" y "normativistas". A la concepción propugnada por ROXIN, conocida también como "funcionalismo moderado", se le suele oponer la de Günter JAKOBS, conocida como "funcionalismo radical"[1]. Al utilizar tal terminología, da la impresión de que ambas teorías estarían fuertemente emparentadas. Pero ello no es así; es más, las diferencias son notables.

Para observar mejor estas diferencias y comprender las consecuencias a las cuales arriban ambos planteamientos, conviene exponer sus principales postulados. Esto se emprenderá a continuación, aunque, por cierto, de manera abreviada.

2.- LA SÍNTESIS DE ROXIN O "NORMATIVISMO MODERADO"

Como la propuesta de Claus ROXIN es, en la actualidad, ampliamente conocida, la exposición puede limitarse a la medida de lo necesa-

---

* Artículo basado en la conferencia dictada en el marco del "VI Curso Internacional de Derecho Penal" el 05 de noviembre en la Universidad de Lima. Publicado en la Revista Penal (España), N° 16 (junio 2005), p. 3 y ss., en la Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 5 (2004), p. 17 y ss. y en la Revista de Derecho Penal 2006-1, Buenos Aires, p. 441 y ss.

[1] Véase una confrontación de ambas posturas en SILVA SÁNCHEZ, "Aproximación...", p. 68 y ss.

rio para la confrontación con las tesis del llamado "funcionalismo radical".

2.1 Propuesta metodológica

Claus ROXIN[2] parte de la concepción de von Liszt, pero la trata de superar propugnando la penetración de la política criminal en el derecho penal. Es decir, en principio mantiene el sistema tripartito en la teoría del delito (división entre tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) por considerarlo un logro de la dogmática penal[3]. Pero a partir de aquí hace una revisión completa de la estructura del delito, incluyendo criterios de política criminal en todas las categorías. Según él, la dogmática penal debe cumplir con una doble finalidad: s*eguridad y fiabilidad en la aplicación del Derecho penal y reducción de la intervención penal hasta los límites estrictamente necesarios por fines de prevención*.

Para ROXIN, las referencias ontológicas son tomadas en cuenta dentro del contexto normativo dado por la ley penal (p. ej. la causalidad en la "acción"), pero esta vinculación a lo ontológico sería relativa, pues no se traduciría automáticamente en un "deber ser" propio de lo jurídico; esto lo determinará el legislador en función de las propias necesidades del Derecho. Es por eso que en el Derecho un concepto que, en principio, significa lo mismo que en el mundo real podría tener una ampliación conceptual. P. ej. "arma" no es solamente un cuchillo o un revólver, sino cualquier otro objeto o animal cuando es usado como tal; "funcionario público" para el D. P. no solamente es quien está dentro de la carrera administrativa, etc.

---

[2] Una primera versión de sus tesis se publicó en Alemania en el compendio "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem", 1973 (publicado en español, en su segunda edición, en el año 2000) y en "Strafrechtliche Grundlagenprobleme", 1973 (publicado en español bajo el nombre "Problemas básicos del Derecho penal" en 1976). Ya antes habían aparecido varios artículos suyos ; el más famoso es el que contiene su crítica a la teoría final de la acción: "Zur Kritik der finalen Handlungslehre", ZStW, tomo 74, p. 515-561. Entre las recientes exposiciones de sus tesis, pueden consultarse: "Strafrecht A. T.", 145 y ss., 174 y ss.; y "Problemas actuales...", p. 19 y ss., 49 y ss., así como los manuscritos de las conferencias dictadas en Bogotá y en Lima, en octubre y noviembre de 2004 respectivamente: "Protección de bienes jurídicos como tarea..." y "Protección de bienes jurídicos y libertad individual...", ambos incluidos en la presente publicación (las citas de las páginas se refieren al texto manuscrito en su versión alemana).

[3] ROXIN, "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem", p. 6 y s.

La tarea del Derecho penal sería la *protección de bienes jurídicos*. Este principio sería irrenunciable para limitar el poder estatal interventor. En contra de las críticas "finalistas" (p. ej. provenientes, sobre todo, de Hirsch y Stratenwerth) y del "funcionalismo sistémico" (Jakobs), que relativizan o niegan la importancia del concepto "bien jurídico", ROXIN afirma la necesidad de una "teoría personal" del bien jurídico[4]. Si se parte de un Estado social y democrático de Derecho, en el sentido liberal de la ilustración, al Derecho penal solamente le podría corresponder garantizar, subsidiariamente, una coexistencia pacífica, libre y socialmente asegurada a los ciudadanos mediante la protección de ciertas circunstancias (Gegebenheiten) y objetivos (Zwecksetzungen). Por cierto que los bienes jurídicos no serían simples "portadores ideales de significado" sino "circunstancias reales", lo cual no quiere decir que tengan que ser objetos corporales, sino solamente "partes de la realidad empírica". De esta manera se admiten, dentro del concepto "bien jurídico" tanto bienes individuales como también bienes de la generalidad, pero, estos últimos, sólo en la medida en que sirvan al ciudadano en particular[5]. Por último, el "bien jurídico" conservaría un "carácter crítico" frente al legislador, mostrándole los límites de su poder punitivo.

ROXIN admite que la concreción del concepto "bien jurídico" constituye una tarea ardua, pero afirma que ello no sería imposible. Siguiendo un procedimiento de exclusión[6], se podría decir cuándo no existiría un "bien jurídico" tutelable penalmento. Eso ocurriría, p. ej. en caso de normas motivadas solamente por una ideología (p. ej. las expresiones críticas al régimen político); cuando la norma solamente describa el objetivo de la ley (mantener a la sociedad libre de drogas, excluir consideraciones comerciales de la donación de órganos, etc.); cuando se trate de simples atentados morales (la práctica homosexual libre entre adultos, el bestialismo, etc.); ante leyes exclusivamente simbólicas, o sea las que no son necesarias para la convivencia pacífica

[4] ROXIN, "Rechtsgüterschutz als Aufgabe...", p. 3 y ss., 7 y s. Respondiendo a las críticas, ibídem, p. 16 y ss.

[5] ROXIN, "Rechtsgüterschutz als Aufgabe...", p. 7 y s.

[6] Ver la exposición más amplia de esto en ROXIN, "Rechtsgüterschutz als Aufgabe...", p. 9 y ss., 14; "Problemas actuales...", p. 25 y ss.

pero siguen fines extrapenales; en caso de bienes extremadamente abstractos (p. ej. la perturbación de la paz pública), etc.

2. 2 Consecuencias en la dogmática penal

Al "abrir" la dogmática penal a finalidades de política criminal se obtendrían soluciones a una serie de entrampamientos en los que había caído la doctrina con las tesis causalistas y finalistas; además, se conseguiría una explicación plausible a las soluciones en forma de "parches" que se habían dado anteriormente.

1.- La *tipicidad* tendría la función de cumplir con el principio "nullum crimen sine lege", y ello tanto en el sentido de proteger al delincuente de la arbitrariedad como a las potenciales víctimas de los delitos[7]. Y para ello se parte de la base legal (el tenor) para entender luego, empleando criterios de "imputación objetiva", cuáles de todas las conductas que podrían ajustarse al tenor literal realmente implican un "riesgo" para el bien jurídico.
También la *autoría y la participación* serían accesibles al análisis político-criminal. Pues solamente puede cumplir con el principio de legalidad, la interpretación en el sentido de la existencia de "delitos de dominio" (donde regiría la teoría del "dominio del hecho") y "delitos de infracción del deber (donde no interesaría el dominio del hecho).

2.- La *antijuricidad* tendría la función de regular en la disputa entre intereses y contraintereses. En esta "ponderación de intereses" habrán intereses que socialmente tengan preponderancia frente a otros. Por eso, p. ej. en el estado de necesidad justificante, la preservación de un interés podrá ser "justificado" frente al sacrificio de otro interés de menor jerarquía.

3.- En la *culpabilidad* –según Roxin, "responsabilidad penal"- se trataría de decidir, sobre la base de la imputabilidad (la

[7] ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, cap. 7, n. marg. 55.

"culpabilidad" en sentido escrito") cuándo, bajo circunstancias referidas a la persona o a la situación, existirían supuestos que lleven a una falta de "necesidad de pena". En primer lugar, no interesaría probar, en la culpabilidad, la realidad empírica de la libre voluntad (ello sería imposible en la práctica), sino –dejando esta discusión para la filosofía o la teología- solamente la "asequibilidad normativa" de la persona, es decir, si podía determinarse por motivos[8]. Pero sobre esta "culpabilidad", como base ontológica, como condición de la pena, jugarían un papel importante una serie de criterios basados en la "prevención especial"[9]. No es que la "culpabilidad" por sí sola atraiga hacia sí una pena de manera automática; esto sería aplicar "retribución" cuando lo que interesa es, funcionalmente, asegurar una pácifica vida común y una base segura para la existencia de los ciudadanos. Por ello, si lo que interesa es prevenir conductas inso-portables socialmente (delitos), la culpabilidad no siempre deberá acarrear la imposición de una pena, sino solamente servir de "me-dida": la culpabilidad es requisito necesario de una pena, pero no exige que ésta sea impuesta y, además, la pena que sí se imponga puede quedar por debajo de dicha medida o ser reemplazada por otras sanciones cuando lo exijan o permitan razones preventivas (generales y/o especiales)[10].

2.3 Teoría de la pena

Fiel a su perspectiva político-criminal, ROXIN sigue una *teoría unificadora* de la pena, según la cual la pena cumpliría "funciones" específicas, aparte de las que pueda tener desde perspectivas extrapenales. Y estas funciones se darían de manera diferenciada según las distintas etapas que van desde la conminación penal hasta la ejecución misma de la pena[11]:

---

8 ROXIN, "Dogmática penal...", p. 175.

9 ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, cap. 19, n. marg. 9; ver también "Dogmática penal...", p. 174 y ss.

10 ROXIN "Dogmática penal...", p. 176 y s.

11 Cfr. ROXIN en "Problemas básicos", p. 11 y ss., y "Dogmática penal ", p. 32 y ss., 174 y ss.

1.- Al momento de vincular una conducta determinada con una sanción penal, esta *amenaza de pena* tendría una *función preventivo-general* con el objetivo de tutelar bienes jurídicos.

2.- En la fase de la *imposición y medición de la pena*, también tendría cabida la *prevención general* pues la sanción penal que se busca imponer no implicaría primariamente un beneficio para el delincuente sino para la sociedad, en cuanto busca el mantenimiento de la paz social. Pero también tiene espacio la *proporcionalidad* (elemento de la "retribución") en cuanto la culpabilidad del autor deba servir de medida para el límite máximo de la pena que se vaya a imponer, aunque el legislador pueda prever casos en los cuales, por razones de *prevención especial* (posibles efectos negativos de la pena para la resocialización), la pena efectiva pueda quedar incluso por debajo de la culpabilidad.

3.- Por último, durante la *ejecución de la pena*, solamente se justificaría la "prevención especial" en el sentido de *resocialización,* pero enmar-cada dentro del marco previo de protección de bienes jurídicos y de respeto al principio de culpabilidad. La "culpabilidad" funcionaría aquí como medida de la pena, es decir, como limitación de la duración de la "pena preventiva"[12]. En algunos casos, no siempre la pena podrá ni deberá tender a la resocialización; cuando ésta no sea necesaria, el Juez podrá imponer la pena por motivos *preventivo-generales*; y cuando no sea necesario ni lo uno ni lo otro, incluso podrá exonerar de pena.

2.4 Crítica a Roxin

El sistema "teleológico-funcionalista" de Roxin ha recibido críticas de muchos sectores doctrinales[13]. Sobre todo se le reprocha la *pérdida de cientificidad* debido a que propugna un sistema abierto. Con esto, constituiría una fuente de inseguridades y propiciaría la arbitrariedad. Además, como las finalidades de política criminal son diferentes según las sociedades, se tendería así a un *nacionalismo jurídico*. También se

---

12 ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo 1, cap. 3, n. marg. 8.

13 Ver la recepción y respuesta a las críticas más generales en ROXIN, "Problemas actuales...", p. 58 y ss.

critica que la introducción de estas finalidades llevaría a la *confusión de las categorías* y, en última instancia, a *meras imputaciones* como las que se dieron en las etapas más antiguas del Derecho penal.

En defensa de las tesis de ROXIN se puede decir que, desde que se concibe el Derecho penal como sistema abierto a consideraciones de política criminal, se deben reelaborar los conceptos con profundidad. Pero aunque ello no deje de parecer arbitrario en el momento de transición en el cual vivimos, no tiene por qué llegar a un resultado arbitrario. Es más, no es nada arbitrario hacer perder su "neutralidad" al Derecho penal y ponerlo al servicio de la sociedad y del individuo mediante su limitación con base en garantías de política criminal; lo arbitrario sería no hacerlo.

LAMPE critica la "exclusividad" y "preeminencia" de las finalidades político-criminales que Roxin sostiene. Según aquél, estas finalidades solamente podrían "completar" un esquema sistemático basado primordialmente en una ontología social y personal, y fundado científicamente en las funciones que la "pena" tenga en la vida social[14]. La preeminencia de la "función preventiva" podría fundamentar una utilidad racional desde los fines perseguidos, pero no la defensa de la pena desde la racionalidad valorativa y por ello tampoco podría –en contra de lo que afirma Roxin- imponerse en la sociedad[15]. Y tampoco encuentra explicación de por qué el "principio de culpabilidad" debería tener una función limitadora de la pena[16]. La alternativa que él ofrece es, sin embargo, poco convincente: no otorgar preeminencia a ninguna de las funciones y dejar al legislador y al juez que ponderen y combinen todas ellas para obtener un resultado óptimo[17]. En contra de lo que asegura

---

14 LAMPE, "Zur funktionalen Begründung...", p. 47, 51.

15 Siguiendo en esto a Schünemann, ver LAMPE, "Zur funktionalen Begründung...", p. 51.

16 Pues no podría fundamentarsea en un "carácter liberal" (ello es propio de todo aquello que limite la pena) ni tampoco en el "merecimiento de pena" (de esto también se derivaría la prevención). Ver LAMPE, "Zur funktionalen Begründung...", p. 52 y s. Independientemente de que lo primero sea cierto o siquiera necesario que se discuta, la última crítica se dirige a lo esencial, y allí Lampe no acierta pues la "prevención" no se deriva del "merecimiento de pena", sino de la "necesidad" de pena.

17 LAMPE, "Zur funktionalen Begründung...", p. 52 y s.

LAMPE[18], su propuesta llevaría a un vaivén inseguro entre los distintos fines de la pena en el cual no puede bastar un "método unificador" para dar seguridad si previamente se concede tanta libertad a los operadores del Derecho[19].

LAMPE critica también el empleo que hace Roxin de la categoría "responsabilidad penal", pues ello sería "inconsecuente" e "innecesario"; "inconsecuente" porque no aplicaría el análisis funcional a la culpabilidad misma, "innecesario" porque la culpabilidad sí podría entenderse funcionalmente como consecuencia de un delito (y dentro de esto el deber de prevenir y el deber de soportar la pena) y no solamente como "causa" de éste[20]. Sin embargo, la primera crítica no es correcta y la segunda es discutible. No es cierto que Roxin sea inconsecuente al hablar de "responsabilidad penal", sino lo contrario: ante la tradición de identificar el núcleo ontológico de la categoría (imputabilidad) con la "culpabilidad", él prefiere (funcionalmente) emplear otro término (responsabilidad penal) que abarque tanto lo ontológico (la culpabilidad como se entendía tradicionalmente) como lo funcional (elementos que, pese a la culpabilidad, excluyen la pena por razones preventivas). Por cierto que, como dice el mismo Roxin, el uso terminológico es electivo; también se puede permanecer con el término "culpabilidad", siempre que se entienda que contiene tanto un núcleo ontológico como, sobre esta base, elementos funcionales. La discusión que inicia Lampe, es pues, meramente terminológica.

En todo caso podría criticarse que Roxin no haya incluido la perspectiva de la víctima en su concepto de "responsabilidad penal". Ciertamente debe tomarse como base lo ontológico, la culpabilidad, pero no se entiende por qué solamente se deba tomar, a partir de allí, sólo la "prevención" para decidirse por la imposición de la pena o reemplazarla por otras medidas.

---

[18] LAMPE, "Zur funktionalen Begründung...", p. 52. Más adelante, el autor aclara su "método interpretativo según las consecuencias" de la siguiente manera: el juez estaría obligado a interpretar "restrictivamente" el tipo cuando le parezcan inapropiadas las implicancias político-criminales de las consecuencias jurídicas del tipo penal para el ámbito marginal comprendido por el tenor legal; y sería obligatoria una interpretación "extensiva" hasta los límites de la analogía cuando los objetivos político-criminales del legislador lo exijan. Ver ibídem, p. 54.

[19] ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, cap. 3, n. marg. 35 y ss.

[20] LAMPE, "Zur funktionalen Begründung...", p. 49 y s.

STRATENWERTH dirige su crítica, en general a todo "funcionalismo" que recurra a "funciones preventivas" para fundamentar la pena[21]. Según él, todo tipo de "prevención" no puede ser confrontada con resultados empíricos porque nuestro conocimiento sobre los efectos de la pena serían muy limitados y ello no permitiría deducciones serias; todo lo que se diga al respecto no pasaría de ser una mera afirmación. Pero esta crítica desatiende la diferencia entre los planos del "ser" y del "deber ser" pues el Estado, en su libertad de configuración, sí puede legítimamente otorgar funciones normativas a la pena aspirando a que estas se cumplan, haciéndose por lo demás controlable en la medida en que cumpla estas aspiraciones[22]; otra cosa sería que, con la pena, ni siquiera se busque una finalidad social. Por lo demás, en el Derecho penal existen otros ámbitos donde se ha impuesto desde hace tiempo y de manera indiscutible una solución "funcionalista" en el sentido propugnado por Roxin; p. ej. en la "amnistía, el "indulto" o en la aplicación del "principio de oportunidad"[23].

Desde el "funcionalismo sistémico" también se puede criticar a Roxin y, en general a la dogmática penal tradicional, por encontrar dificultades a la hora de fundamentar la punibilidad de una serie de conductas propias de un mundo moderno, altamente anónimo y tecnologizado. En especial resulta patente esto en el campo de los llamados "delitos económicos", donde, p. ej. se plantea la cuestión de la "responsabilidad penal de personas jurídicas", así como la fundamentación dogmático-penal de la punibilidad de figuras como la "contaminación ambiental", el "abuso de posición dominante en el mercado", etc. La respuesta a este desafío del mundo moderno ha sido muy variada y va desde el rechazo de carácter penal de estas nuevas figuras (solamente constituirían un ilícito administrativo) hasta su plena punibilidad dentro del Derecho penal, sea con el instrumental disponible, sea mediante un sistema de Derecho penal dual o de "dos velocidades", e incluso la creación de un nuevo Derecho empresarial con principios propios. En todo caso, ROXIN sigue apostando por una simple reformulación de la

---

[21] STRATENWERTH, "Was leistet die Lehre...", p. 9 y ss.

[22] Ver la contracrítica de LAMPE (que en otros aspectos critica, sin embargo, a Roxin y a Jakobs), p. 53 y ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, cap. 7, n. marg.24, nota 31.

[23] LAMPE, "Zur funktionalen Begründung...", p. 53 y s.

"teoría de los bienes jurídicos" para abarcar, dentro del Derecho penal, estos nuevos desafíos[24]. Esta es una opción como las demás y tiene que ser confrontada con los desarrollos futuros en la sociedad y el Derecho.

En resumen, salvo la crítica dirigida por el "finalismo", como extremo ontologicista[25], por un lado, y el "funcionalismo radical", como extremo normativista, por el otro, el resto de la doctrina penal no suele criticar tanto el método elegido por Roxin como más bien los detalles y soluciones individuales a distintos problemas de dogmática-penal. Ello se explica por el hecho de que, en lo metódico, ROXIN respeta la distinción entre "ser" y "deber ser", o sea, sin abandonar la realidad social, otorga al Derecho penal una serie de finalidades preventivas controlables y construye, sobre esa base, una teoría del delito imbuída de estas finalidades y, por lo tanto, abierta a valoraciones para la solución de casos prácticos. Para él, al igual que para la doctrina aún dominante, el "ser" no puede sustituir al "deber ser"; éste último limitaría al primero mediante criterios valorativos y principios como, entre otros, el de "lesividad" (protección de bienes jurídicos) y el de las "finalidades preventivas"[26].

ROXIN mismo reconoce que la dogmática "funcional" que él defiende todavía está en vías de imponerse definitivamente en la elaboración de un sistema total plenamente trabajado. Ello se debería, en parte, a que todavía no se ha terminado de desarrollar el sistema final-racional, aunque también advierte que no deberían sobrevalorarse (al extremo de hablar de "escuelas rivales") las divergencias de los nuevos sistemas

---

24 Cfr. ROXIN en "Problemas actuales de dogmática penal", p. 19 y ss., 49 y ss.

25 La crítica del "finalismo" se dirige a toda corriente funcionalista (o sea, también a la de Jakobs) a la cual reprocha sobre todo su falta de vinculación con conceptos ontológicos que "vinculen" estrictamente al intérprete. Ver refs en ROXIN, "Strafrecht A. T.", p. 155, nota 31; también en "Problemas actuales...", p. 59 y s. En el área hispanoparlante ver MORENO HERNÁNDEZ, p. 594 y ss.

26 ROXIN entiende su teoría como una continuación y reformulación de las concepciones neokantianas y neohegelianas, aparecidas entre las dos guerras mundiales, las cuales no habían sido suficientemente desarrolladas en los sistemas neoclásicos y habían sido desnaturalizadas en la época nazi. "La continuación consiste sobre todo en reemplazar la algo vaga orientación neokantiana en valores culturales por un parámetro de sistematización específicamente jurídico penal: las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena". Ver "Strafrecht. A. T.", p. 154 y ss., n. marg. 24 y ss., esp. n. marg. 25. De manera general, aporta esta fundamentación desde la perspectiva filosófica y sociológica, ALCÁCER, p. 229 y ss.

penales, pues todos ellos se encontrarían en una misma línea de desarrollo continuo de va desde el naturalismo hasta la época actual[27].

3.- EL NORMATIVISMO RADICAL DE JAKOBS

3.1 Propuesta metodológica: sociedad, norma y Derecho penal

Para comenzar, JAKOBS se basa en la necesidad de entender el *Derecho como parte de un sistema social*; por tanto según él, el Derecho y el Derecho penal sólo podrían ser explicados acertadamente tomando en cuenta conceptos y conocimientos provenientes de este sistema social y de la función de la normatividad jurídica (perspectiva externa), pues los conceptos exclusivamente penales (perspectiva interna) no bastarían para ello[28]. Por cierto que el Derecho penal y la sociedad estarían vinculados en una relación de interdependencia: la sociedad puede exigir al Derecho penal que asimile nuevos problemas sociales mientras el "sistema jurídico" no alcance la complejidad adecuada (con lo que el D. P. Quedaría ampliamente "abierto" a la creación de nuevos tipos penales), pero el Derecho penal también podría incidir en la sociedad para recordarle que deberían respetarse determinadas máximas indisponibles[29]. Y no se podría esperar más del Derecho penal; es decir, no podría constituir la base de una "revolución social", aunque, como parte de la sociedad tampoco pueda ser degradado a un "mero lacayo"[30].

Por otro lado, la "sociedad" no sería un concepto "globalizado"; se constituiría dentro de un "Estado" (que es el que administra la pena pública) como una unidad con un ordenamiento normativo, determinando quien es miembro de esta sociedad en función de una serie de criterios (en especial, ciudadanía y territorialidad)[31]. Solamente para estos "miembros" de la sociedad constituida en Estado regirían las normas que lo

---

27 ROXIN, "Strafrecht A. T.", p. 157, n. marg. 30.

28 Según JAKOBS, la vinculación con esta "perspectiva externa" habría ocurrido siempre en la dogmática penal, aunque de manera inconsciente y, por eso, inconsecuente, a través de la búsqueda de lo "justo"; p. ej. en la "imputación objetiva". Ver JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 22 y s., 38.

29 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 23 y s.

30 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 24.

31 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 71 y s.

conforman; y ello ocurriría en la medida en que los miembros vivan de acuerdo con estas normas. La consecuencia de esto es que, si los miembros no vivieran de conformidad con ellas, no habría legitimidad para sancionarlos, así como tampoco habría legitimidad cuando determinada sociedad tratara de sancionar a miembros de otra sociedad (aunque ésta sea una dictadura) sobre la base de normas propias de la primera[32].

La "sociedad" existiría cuando se llegara a garantizar un *contexto de comunicación* mediante "normas" (y no mediante "estados" o "bienes", los cuales solamente serían "reflejo de la norma"). Luego, para que la sociedad subsista, el "contexto de comunicación" debería ser mantenido igual frente a modelos divergentes[33]; esta protección del "contexto de comunicación", o sea de las normas que lo configuran, se produciría, entre otras formas, mediante el Derecho penal. La *protección de normas* no se dirigiría a todo tipo de ellas, sino solamente a aquellas que necesiten una "estabilización especial" por no estar suficientemente aseguradas por "vía cognitiva". A diferencia de estas, existen normas del mundo racional que todos "conocen" y, mayoritariamente, aceptan (p. ej. las provenientes de las ciencias naturales), y que no necesitarían "estabilización" alguna mediante protección legal, pues, en caso de no ser aceptadas, el sujeto declararía su "incompetencia" y sufriría las consecuencias "naturales" que acarrean su inobservancia (caída de una casa, falta de lluvia pese a ser invocada por un brujo, etc.). En cambio, las normas constitutivas de la sociedad, que no están dadas previamente sino son elaboradas, tendrían carácter contingente. Estas normas serían disponibles subjetivamente (para el individuo podría ser preferible infringirlas) y por ello (para evitar la disponibilidad) deben ser "estabilizadas", su vigencia debe garantizarse, a través de una sanción[34].

Las *personas* serían diferentes de los "individuos" (y de los "excluidos") en cuanto a que, a diferencia de los últimos, admitirían roles socia-

---

32 JAKOBS ofrece como ejemplos: el intento de crear un Tribunal Internacional de protección de Derechos humanos en una comunidad internacional y el juzgamiento penal, por parte de la República Federal alemana, de violaciones a los derechos humanos cometidos en la extinta República Democrática Alemana; ver "Bases para una teoría funcional...", p. 73 y s.

33 JAKOBS, en "Bases para una teoría funcional...", p. 25.

34 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional..." , p. 25 y s., 154 y s., respectivamente; "Der Zweck der Vergeltung...", p. 264 y s.

les; es decir, en un mundo ordenado normativamente, las "personas" tendrían deberes y derechos, reconocimiento como "ciudadanos plenos", o sea tendráin "competencia" para comunicar normativamente[35]. Entonces, según la terminología de JAKOBS, no podría ser "persona" cualquier "individuo", sino solamente quien tenga un "rol" (papel), o sea una "competencia socialmente comprensible", quien ostente "capacidad jurídica". La consecuencia de esta distinción es decisiva para el Derecho[36]: un "individuo" no podría transmitir a otro directamente su "subjetividad" sino solamente a través de "manifestaciones", es decir de manera "objetivada". Pero para que esta "trasmisión de subjetividad" pueda constituir una "comunicación" válida para todos los demás, debe existir antes un "patrón", o sea un "sistema vinculante" conocido por todos. Y para que este "patrón" pueda crear orden, debe basarse en "estructuras objetivas", o sea en las que provee el Derecho.Y el Derecho se refiere a "personas" con *competencias*, o sea con un *rol* determinado.

Entonces, según Jakobs, una vez asignados los roles existiría la *expectativa normativa* de que los sujetos (personas) cumplan con sus roles, que no los quebranten o traten de asumir otros roles que no les competen; si defraudaran esta expectativa, el Derecho debería "estabilizar el sistema" y reafirmar la vigencia de la norma, es decir mantener la expectativa imputando el curso perturbador al responsable[37]. Así, en el Derecho penal, la "imputación objetiva" permitiría definir específicamente cuándo se ha producido una "defraudación de expectativas", o sea cuando la persona ha quebrantado su rol[38].

---

35 Especialmente sobre el concepto de persona, últimamente, ver JAKOBS, "Personalität und Exclusion...", p. 448 y ss.; "Der Zweck der Vergeltung...", p. 253 y ss.; "Staatliche Strafe...", p. 40 y ss.

36 JAKOBS, "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional", en "Bases para una teoría funcional...", p. 38 y ss.; también, haciendo un paralelo con Kant, quien habría usado una distinta terminología (distinción entre el sistema causal de la naturaleza y el sistema social del deber-ser) para expresar, en el fondo, lo mismo, en "Sobre la normativización...", p. 16 y ss.

37 Aquí se manifiesta la diferenciación entre "normas del mundo racional" y "normas constitutivas de la sociedad" que se hizo antes; para las primeras solamente existirían "expectativas cognitivas" y habría "autoestabilización" cuando fueran quebrantadas, para las segundas habrían "expectativas normativas" inestables que necesitan ser reforzadas socialmente. Ver JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 18 y ss., 20 y s.; "Der Zweck der Vergeltung...", p. 264 y ss.

38 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 40.

Visto de otro modo, dentro de una sociedad, la *comunicación* entre sus miembros podría darse de dos formas[39]: como *comunicación instrumental* y como *comunicación personal*; solamente en este último caso se podría hablar de "personas", y solamente ellas serían destinatarias del Derecho y del Derecho penal. Esto sería así porque en la comunicación instrumental los individuos actuarían sólo conforme al esquema satisfacción/ insatisfacción, donde ellos se consideran a sí mismos como "centro preferencial". En cambio, en la "comunicación personal" el sujeto aceptaría "normas" para la comunicación con los otros, y por lo tanto se concebiría a sí mismo también a través de estas normas. Luego, solamente la "comunicación personal" podría dar lugar a "expectativas normativas" que son la base del funcionamiento del sistema social. Pero esto no querría decir que en una sociedad no puedan existir ambos tipos de comunicación; ello podría ocurrir de distintas maneras; es más, en una sociedad que exacerbara la "pluralidad" se tendería cada vez más a la "comunicación instrumental", con lo cual nos convertiríamos cada vez más en "elementos de la naturaleza" (salvajes)[40]. Por cierto que la "persona" que haya infringido la norma cometiendo un delito, en principio, no dejaría de ser "persona" en el sentido "formal" pues el Estado, a través de la pena como reducción de libertades, no "excluiría" al delincuente sino precisamente confirmaría este status de persona (sujeto que comunica) demostrando, eso sí, con la pena que lo que ésta ha hecho no sería preponderante[41].

3.2 Consecuencias para la teoría del delito

Para el Derecho penal JAKOBS propone lo siguiente:

a) El *concepto penal de acción* debería combinar "sociedad" y "Dere-cho penal" y, por lo tanto, en una sociedad moderna[42], solamente

---

39 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 48 y ss.

40 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 49.

41 JAKOBS, "Personalität und Exclusion...", p. 452.

42 JAKOBS no excluye que, según el tipo de sociedad de que se trate, exista un "concepto de acción" distinto; así la acción como "responsabilidad por el destino" (nivel más amplio de la "responsabilidad objetiva") se correspondería funcionalmente (y razonablemente) con un tipo de sociedad antigua donde la imputación penal se basaría en la defraudación por la "desgracia de la existencia" del infractor (involuntario); ver

podría ser "acción" lo "socialmente inadecuado" cometido por una persona "responsable"[43]. "Acción" y "culpabilidad" estarían estrechamente liga-dos en una teoría funcional[44] pero, como lo que interesa es la "infracción de la norma" que se pueda "imputar" a una "persona", el "injusto" no pasaría, en realidad, de ser un "concepto auxiliar". Tendría autonomía como presupuesto "lógico" de la culpabilidad (la culpabilidad presupone la existencia de normas que deben ser conocidas antes), pero solamente expondría una parte del problema: la "lesión de la norma"[45]. Esto se demostraría ya por el hecho de que el Derecho penal no reacciona frente a todo injusto; recién con la vulneración "culpable" de la vigencia de la norma se cristalizaría la finalidad de la pena[46].

b) La *imputación objetiva* vendría a ser, consecuentemente con lo anterior, la constatación de la competencia por la infracción de la norma. No sería un concepto adicional de la "acción" como lo entiende la doctrina dominante, pues la "acción", en sentido funcional, solamente podría ser entendida, desde el principio, como una "causación imputable" en el sentido de una "toma de postura relevante en el plano de la comunicación, una expresión de sentido comunicativamente relevante"[47], y la conducta imputable, correctamente entendida, sólo podría ser algo "socialmente inadecuado" que, como acción en sentido funcional incluiría ya la "evitabilidad" y la "culpabilidad"[48].

JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 80 y ss. En tal medida, la existencia de un concepto jurídico-penal de "acción" dependería del estadio de desarrollo de la sociedad "y no de una pretendida configuración inmutable de la naturaleza o del ser humano"; ídem, 81.

43 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 77 y ss., 106.

44 "Sólo quien vulnera la norma de comportamiento siendo responsable, esto es, siendo culpable, vulnera *esta* norma, y en *esta* vulneración de la norma es en donde cristaliza la finalidad de la pena, porque es *esta* vulneración de la norma la que constituye la lesión de la vigencia de la norma" (la cursiva es del original); JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 105.

45 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 104.

46 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 104 y s. Es por eso que JAKOBS afirma que un "injusto sin culpabilidad" sería igual, desde la perspectiva funcional, que la "falta de injusto": en ambos casos se trataría de "naturaleza"; ver ídem, p. 104, nota 40.

47 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 93.

48 Cfr. JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 107.

Lo que se estaría discutiendo actualmente bajo el concepto de "imputación objetiva" no sería otra cosa que una "precisión de la controversia relativa al concepto de la acción"[49]. El concepto tradicional que entiende la acción como un "proceso bio-psicológico" solamente describiría lo que acontece en el ámbito de la naturaleza, o sea, lo que no tendría relevancia jurídica[50]. Ya concretamente, en el análisis del delito, se toma ciertamente como punto de partida a la causalidad en el sentido científico-natural dado que en el mundo moderno de libertades, tal causalidad ha obtenido una atribución de sentido por la sociedad; en tal medida, tal causalidad, como "elemento" de la imputación solamente "marca los límites máximos de una posible vinculación entre persona y efecto externo", pero todavía se necesita precisar cuando existiría verdaderamente una "falta de fidelidad al ordenamiento jurídico en la planificación de la conducta" (o sea, una infracción del deber o, por último, de la responsabilidad), la cual se determinaría tomando una serie de criterios de "imputación objetiva"[51]. JAKOBS reconoce los siguientes: superación del riesgo permitido, (conducta incorrecta), actuar a propio riesgo (competencia de la víctima), prohibición de regreso (competencia de terceros)[52].

c) Con esta concepción funcional de la "acción" también perdería importancia la distinción entre *acción y omisión*, pues en ambos casos se trataría de la "atribución de un suceso" a un ser humano que "comunica" en la sociedad, o sea a una "persona"[53]. Desde que se entiende funcionalmente a la "persona", dentro de la sociedad, como un sujeto con "competencias" que no debe configurar la realidad en ámbitos donde otros están autorizados para hacerlo (arrogarse ámbitos de organización) ni defraudar expectativas que derivan de determinados "roles" que ellos ostentan (lesión de una institución), el elemento tradicional de la "omisión" de la "posición de garante" también existiría en la "comi-

---

49 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional"...", p. 93.
50 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 93.
51 JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 33 y ss., 43 y s.
52 JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 38 y s.
53 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 93 y ss.

sión"[54]. Tanto en la "comisión" como en la "omisión" lo que interesaría sería "imputar" a "personas" que, por ser tales, serían "garantes" de que se observen determinados "deberes"; precisamente el hecho de que estos sujetos tengan a su cargo el respeto de tales deberes, determinaría su carácter de "personas"; si no, pertenecerían al ámbito de la naturaleza[55]. La única diferencia que existiría entre "comisión" y "omisión", desde la perspectiva normativa, no estaría en la conducta en sí como "defraudación de expectativas" sino en el "deber" al cual se refieren: en el caso de la "comisión" la defraudación se dirigiría a un "deber negativo" (de no arrogarse competencias ajenas), en la "omisión", a un "deber positivo" (expectativa de ayudar a otros)[56].

A partir de esta diferenciación de "deberes", JAKOBS desarrolla los grupos de casos de delitos según la "infracción de deberes". En el caso de la *infracción de deberes negativos*, donde se trataría de "no lesionar a otro", la responsabilidad penal devendría, por un "actuar", cuando mediante "movimientos corporales" se vulnere el "deber de aseguramiento en el tráfico" (el sujeto es responsable por las consecuencias de su "autoad-ministración"); y por un "omitir", cuando dicho "deber de assegu-ramiento" esté vinculado a un "ámbito de organización" (deber de no permitir un "output lesivo" de una organización; deber proveniente de la "asunción", o sea de prestar una protección "asumida" previamente; deber proveniente de la "ingerencia", o sea de reponer la disminición de la protección que se ha impuesto a otro)[57]. Y en el caso de la *infracción de deberes positivos* (deberes propios de la evolución cultural de la sociedad) se trataría de conductas de no prestar "aportaciones positivas de solidaridad" cuando tal aporte era exigible a los titulares del deber; tal sería el caso de los deberes del Estado y de sus funcionarios, los deberes de los padres frente

---

54 Reconociendo aquí un paralelo con la distinción que ROXIN hace entre "delitos de dominio" y delitos de "infracción del deber", "Bases para una teoría funcional", p. 94 y s., esp. nota 32.

55 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 95 y s.

56 JAKOBS, "Sobre la normativización ...", p. 29 y ss., 43, 65 y s., 101 y ss.

57 JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 102 y ss., 133.

a sus hijos menores de edad, y otros casos de "confianza especial" ante "roles irrenunciables"[58].

Por lo demás, el portador de un "deber positivo" también puede infringirlo, más allá de una mera omisión, mediante un aporte positivo; y cuando lo haga siempre será "autor" de la infracción del deber y por lo tanto del delito (delito de "infracción del deber"), sin importar la forma específica de su infracción (de propia mano o mediante una colaboración con otros)[59].

d) Dado que la "acción" indicaría una "falta de reconocimiento de vigencia de la norma", no se precisaría, dentro del concepto, un *resultado externo* en el sentido tradicional de "desvalor del resultado". Mejor dicho, el "resultado" que sí se necesitaría sería uno que produjera la "objeti-vación" de tal "expresión de sentido": la "persona" tendría que expresar de algún modo reconocible para los demás que para ella la norma no rige; cualquier otra consecuencia que derive de esta conducta objetivadora solamente incrementaría "cuantitativamente" la objetivación[60].

e) La *tentativa* debería ser entendida "objetivamente" como conduc-ta "perturbadora" que sale del "ámbito interno" de la persona y no es ya controlable por ella; para ello no sería necesario analizar primero la subjetividad del autor: recién "una conducta externa que perturba permite la pregunta acerca del contexto interno"[61]. La doctrina dominante procedería al revés, haciendo predominar la "parte subjetiva" del

---

58 JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 123 y ss., 133. Con esta sistematización, JAKOBS rechaza una serie de casos de "posición de garante" admitidos por la doctrina dominante, donde sin embargo, no existiría la "especial confianza" exigida para el "deber positivo". P. ej. en el caso del "matrimonio" o el "vínculo no matrimonial", JAKOBS argumenta que aquí se confundiría "intimidad" con "juridicidad"; lo único que importaría para determinar el "deber" (la posición de garante) sería la imputabilidad del rol de cuidar de otro, no que la comunidad sea estrecha o no; ver ibídem, p. 128 y s.

59 JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 131 y s.

60 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 97 y ss.

61 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 220.

hecho para definir la tentativa, pero ello supondría admitir un "control de los aspectos internos", un "derecho penal del enemigo"[62].

La "tentativa" sería punible, entonces, cuando el autor, de acuerdo con su comportamiento externo "comienza a arrogarse una organización"; recién con ello "se convierte en vinculante lo que subjetivamente quería expresarse"[63]. En cambio, esta "arrogación" no existiría o sería insignificante en los casos de "falta de objeto" y de utilización de "medios inidóneos", motivo por el cual –en contra de la ley alemana y de parte de la doctrina- debería haber impunidad en estos casos[64].

La doctrina dominante no propondría principios para explicar esta criminalización; el "comienzo" de la tentativa sería visto de manera muy variada según el delito que se trate; y tampoco se explicaría convincentemente la punibilidad de los actos preparatorios, ni de la "tentativa de participación" (punible según el art. 30 del C. P. alemán). Esta "carencia de principios" que llevaría a aceptar sin más anticipaciones de la punibilidad, se debería a una "tendencia a la subjetivización" retroalimentada por una "tendencia a la anticipación", fomentada a su vez por razones "preventivo-policiales" y, sobre todo, la influencia de la teoría del "bien jurídico"[65]. Al creer que sería legítimamente punible todo ataque peligroso contra un bien jurídico, se caería fuera de la esfera jurídica del "autor" y se le defininiría solamente como "fuente de peligro" del bien jurídico, como "enemigo", con lo cual no habrían ya límites (se podrían penar también los "pensamientos peligrosos" o las fuentes de estos). Un límite a esto solamente puede argumentarse "desde afuera" (límites externos); la teoría de bienes jurídicos no sería capaz de autolimitarse[66].

En cambio, si –como el funcionalismo sistémico hace- se partiera de una definición de "autor" como "ciudadano", éste no sería considerado "peligroso" para los bienes jurídicos, se le reconocería "estatus mínimo", un derecho a una esfera exenta de control ("ámbito interno") del cual, por

---

62 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 219 y s.
63 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 224.
64 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 223 y s.
65 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 210 y s.
66 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 211 y s., 247

lo demás, se podrían derivar límites contra las anticipaciones de punibilidad[67]. Este "ámbito interno" no sería definido naturalísticamente (meros pensamientos, cuerpo del ciudadano) sino funcionalmente a partir de la concepción que se tenga de la sociedad y, dentro de ésta, según el ámbito de que se trate[68]. Luego, en el Derecho penal, no solamente se trataría de los pensamientos de las personas, sino de toda su vida privada, o sea, conductas que, aunque naturalísticamente puedan ser vistas como externas, no concurran con la esfera privada de otra persona[69].

La *punibilidad de la tentativa* debería ser menor que la de la "consumación", pero mayor que la de la conducta cometida bajo "imprudencia" o "error evitable". Ciertamente, por su estructura parecería existir una similitud entre la "tentativa" y el "error" en el sentido de que el autor, en ambos casos, cree erróneamente que su conducta llevará a la realización de consecuencias típicas (la consumación) aunque luego ello no se produzca; luego, en ambos casos habría un "esbozo incompleto de la realidad". Pero ambos casos deberían tener una respuesta penal distinta porque el significado del "error" sería distinto en cada caso: "... el autor imprudente demuestra que cuando no se tiene cuidado, se lesiona a los demás y también a uno mismo, mientras que el autor de la tentativa enseña que hay que tener más cuidado si se quiere delinquir con éxito"[70]. La "comunicación" expresada en la tentativa justificaría, en principio, su mayor punibilidad en relación con el "error", aunque también la posibilidad de su impunidad en caso de "tentativa inidónea"[71].

f) También a partir del "funcionalismo" podría explicarse adecuadamente la punibilidad de otros casos de *criminalización en el estadio previo* a la lesión de bienes jurídicos: solamente debería ser punible lo que desborde el ámbito interno (pensamientos, conductas en el ámbito

---

67 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 212.

68 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 214, 247.

69 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 214 y s.

70 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 153.

71 JAKOBS afirma: "... la ignorancia inevitable de la inidoneidad del comportamiento para producir el resultado lleva al comportamiento cerca de la consumación, mientras que el error fácilmente evitable conduce al hecho más bien cerca del ridículo..."; "Bases para una teoría funcional...", p. 153.

privado y conductas externas per se irrelevantes) y, también, implique un comportamiento "perturbador"; es decir cuando el autor "se arroga actualmente la configuración de ámbitos de organización ajenos"[72]. Esta arrogación ha existido cuando el sujeto se salga de su ámbito interno y la conducta realizada escape de su "capacidad de organización", o sea ya no sea "dominable" por él[73].

De esta manera resultarían límites y críticas a la criminalización de una serie de conductas internas: los *actos preparatorios* (incluso si se realizaran entre varios con fines de cometer futuros delitos), la "tentativa de participación" (punible en el art. 30 del C. P. alemán), algunos delitos contra la seguridad del Estado, la punibilidad de la constitución de asociaciones criminales o terroristas, la formulación (y la interpretación) de los tipos de "falsedades documentales" y "falsificación de moneda", etc.; y también se trazaría una delimitación clara entre "actos preparatorios", "tentativa" y "consumación. Mientras la teoría de bienes jurídicos no proveería principios claros y –según Jakobs- desembocaría aquí en un "Derecho penal de enemigos", el funcionalismo sistémico ofrecería un concepto limitador claro (su entendimiento del "ámbito interno") y optimizaría las esferas de libertad[74]. Podría haber una legitimación excepcional a la punibilidad de actos preparatorios tipificados de manera autónoma como si fueran consumaciones, cuando el autor, ya al efectuar la preparación se estuviera introduciendo en un "ámbito ajeno de organización", p. ej. en el caso de actividades de "alta traición" o "sabotajes", pero no en el caso de una mera "concertación para cometer un delito" (o en la "tentativa de participación")[75].

Y en los *delitos de peligro*, a los sujetos se les debería imputar, funcionalmente, el haberse salido de su esfera interna con una conducta que, por más que se encuentre físicamente dentro de sus dominios privados, ya no puede ser manejada por él, ya no es dominable; de ello resulta una objetiva peligrosidad que sería la base para investigar luego

---

72 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 221 y s.

73 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 226.

74 Cfr. JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 215.

75 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 225.

el aspecto subjetivo del hecho del autor[76]. En este contexto, podrían admitirse también delitos de *peligro abstracto* en ámbitos en los que exista una "necesidad de estandarización", aunque a los individuos concretos les pueda parecer, desde la perspectiva de sus propios planes, que tal estandarización sea innecesaria (p. ej. tráfico rodado). Entonces, las "desviaciones de estos estándares" serían delitos de peligro abstracto cuando las conductas por sí mismas sean vistas como perturbadoras debido a su tendencia hacia la producción del daño (falso testimonio, perjurio, incendios de edificios habitados), o sean definidas como perturbadoras per se porque generalmente serían adecuadas para producir efectos perturbadores (conducción bajo estado de embriaguez); en ambos casos habría legitimidad en la intervención del ius puiniendi, pues ambos casos presuponen la realización de una conducta peligrosa de manera similar a una tentativa acabada[77].

Solamente sería dudosa la legitimidad de un grupo de *delitos de peligro anticipado*, en los que la conducta criminalizada no es peligrosa por sí misma o solamente lo sería de manera muy limitada a través de otra conducta posterior (p. ej. producción de armas sin permiso, la posesión de armas); aquí la legitimidad (problemática) podría darse, en casos límite cuando el "aspecto exterior" de la conducta sea "perturbador" por sí mismo: sea porque se trata un ámbito de contactos sociales en el que el sujeti debe soportar un control y no lo ha permitido (elaboración de productos alimenticios sin control, conducción de automóbiles sin licencia de conducir, portación de armas en reuniones), sea porque se trata de determinados objetos que no pueden nunca o solamente en contadas ocasiones ser usados privadamente para fines legales (adqui-sición ilegal de armas, producción o adquisición de dinero falso, formación de bandas armadas). Pero aquí debe partirse siempre de la conducta por sí misma (perturbación externa por la incalculabilidad de

---

76 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 226 y s., 248. Allí mismo (nota 20) hace una distinción particular, desde la perspectiva de la víctima, entre delitos de peligro "potencialmente concreto" cuando el bien no está presente pero si hubiera estado presente, habría estado en peligro (equivalente, en realidad, al "peligro abstracto" entendido de manera restringida como "idoneidad"), "virtualmente concreto", cuando el bien generalmente está presente, y "concreto presunto", cuando un bien está presente pero el peligro resulta de una valoración reducida que puede excluir la presunción (equivalente a los delitos de peligro abstracto-concreto).

77 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 229 y s.

los posibles cursos de daño) y no presuponer por adelantado un "dolo" de comisión de delitos futuros (p. ej. en la "portación privada de armas" o en la "falsificación de moneda", adquisición de sustancias explosivas) pues así se despojaría a la persona de su "esfera privada" y se tendería, en contra de ella, al Derecho penal del enemigo[78]: "La ley puede recortar, ciertamente, del ámbito privado lo que corresponde a un comportamiento abstractamente peligroso, pero esto tiene que suceder sin tomar en cuenta el contexto de planificación del sujeto"[79].

Más allá de esto, como alternativa ante la evidente necesidad de penar conductas difícilmente explicables con la teoría del bien jurídico (p. ej. delitos contra la "paz publica" o la "paz jurídica") aunque altamente perturbadoras en la vida moderna, JAKOBS ofrece la criminalización de algunas conductas (coincidiendo en algunos casos con la tradicional tipificación autónoma de "actos preparatorios") bajo la legitimación funcional de la *protección de normas de flanqueo* (normas que garantizan la vigencia de las "normas principales"): las conductas tipificadas atenta-rían contra "normas de flanqueo", atacando así la base cognitiva de las normas principales, es decir menoscabando la "confianza de los afecta-dos"[80]. Y en esto no habría una "arrogación" de la configuración entre la víctima y el bien jurídico, sino la arrogación de la configuración entre la víctima y la norma principal, la arrogación actual de la "configuración de la base cognitiva"[81]. Fuera de este ámbito no se justificaría una protección penal basándose en la tradicional idea de garantizar un "clima" a los bienes jurídicos, con lo cual serían ilegítimos, entre otros, los tipos alemanes de "incitación al odio racial"(art. 130, 131),

---

78 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 232 y s., 248. Sobre el "Derecho penal del enemigo", que sí sería posible en otros contextos ver más abajo en 4.3, 6.

79 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 234.

80 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 236 y ss. El ataque a la "vigencia de la norma" es entendido por JAKOBS de manera amplia; tal ataque contendría no solamente la conducta de los autores potenciales sino también lo que las potenciales víctimas esperan. Para este último caso, existirían "normas de flanqueo" que deben ser protegidas con tipos penales; es decir, la protección no se dirigiría a un "clima" de paz o seguridad necesario para un bien jurídico determinado; ver ibídem, 236 y s.

81 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 238, 241.

"incitación a una guerra de agresión" (art. 80a), "recompensa y aprobación de delitos" (art. 140)[82].

Por otro lado, la diferencia entre *delitos de lesión* y *delitos de peligro* también se entendería de manera funcional de acuerdo a la forma en que la sociedad reparte roles: en los primeros, la ley solamente indica una finalidad ("no lesionar") y deja en manos de los ciudadanos cómo se debe respetar esta norma de manera "comunicativamente relevante" ("descentralización de la administración de conductas"); en los "delitos de peligro", por el contrario, la ley misma quiere garantizar estándares cognitivos y por ello prohíbe comportamientos que podrían lesionar ("administración centralizada" de conductas)[83].

En cambio, para los casos que sí son peligrosos y amenacen con erosionar la vida social, aunque provengan de "no personas" o de sujetos que dejaran de comportarse como "personas" (o sea, los "autoexcluidos"), se hace necesario tomar medidas que garanticen un mínimo de "base cognitiva" de las "personas" (o sea, que estas relacionen su propio bienestar con el Derecho)[84]. Para esto se necesitaría la previsión de reglas penales específicas de "lucha" contra las conductas de estos sujetos (los "enemigos"), que prevean medidas de aseguramiento; o sea un "Derecho penal del enemigo" (ver al respecto más adelante en 3.4, número 8).

g) El concepto del *dolo* es replanteado en los siguientes términos: dado que el análisis no se dirige a "sujetos" (individuos) sino a "personas", no debería importar la subjetividad, lo psíquico, o sea el "conocimiento actual", sino lo normativo, es decir, la defraudación de expectativas y la expresión de un modelo distinto. En un mundo "desmitificado" como el actual ciertamente no sería útil, en el sentido de funcional, una "responsabilidad por el resultado"; las "personas" saben que pueden moldear la realidad y planificar. Si se planificara bajo un "defecto cognitivo" en el mundo de la naturaleza, el resultado será que el

---

82 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 241 y ss., 248. Solamente se justificaría la protección de un "clima" fuera del Derecho penal o, dentro de él, en tiempos de crisis de legitimación, cuando se tiene que suspender temporalmente la libertad para asegurar luego su restablecimiento; ibídem, p. 245 y s.

83 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 100 y s.

84 JAKOBS, "Personalität und Exklusion...", p. 461.

sujeto no podrá ir lejos, su error lo llevará al fracaso; y si tal planificación con defecto congitivo se diera en el mundo de las normas (error de tipo), en el ámbito penal, esto debería tener efecto liberador de pena porque tal conducta no ofrecería un "patrón válido en la sociedad", no tendría "carácter ejemplar"; no implica un aporte "comunicativamente relevante", aparte de que tal conducta conllevaría el riesgo de una "pena natural"[85]. En resumen, sería la estructura misma del funcionamiento de la sociedad moderna y no un "principio de culpabilidad" ni la evitabilidad o inevitabilidad del error lo que explicaría (mejor) el porqué de la impunidad o punibilidad por imprudencia en los casos de "error de tipo".

Luego, no tendría sustento la diferenciación tradicional entre el "dolo del tipo", en sentido sicológico, y la "culpabilidad" (con el elemento de la "consciencia de antijuricidad") como concepto normativo. La "acción" comprendería todo lo que objetivamente pueda entenderse como expresión de sentido, quedando para el ámbito de la "culpabilidad" el análisis de la evitabilidad individual de dicha expresión de sentido[86].

Además, para diferenciar lo penal de lo civil (donde también habrían "expresiones de sentido" imputadas objetivamente) en función de sus tareas propias (en el Derecho penal: garantizar la vigencia de la norma y no, como en el Derecho civil, la protección de bienes jurídicos), se debería incluir en el injusto penal la expectativa normativa dirigida a la "persona" desde el Derecho penal. Luego, afirma JAKOBS, si la "expectativa normativa" consiste en que actúe en sociedad motivándose en el cumplimiento de la norma, o sea actuando como un "ciudadano perfecto" portador de un rol, la "evitabilidad" que se exige no sería una de carácter individual sino "objetivo"[87]. En consecuencia, el "déficit de motivación" que exista en la persona se manifestaría como algo que, en términos tradicionales, se corresponderían con el "dolo" y la "imprudencia". El "dolo" (y todos los elementos del "lado subjetivo"), como

---

85 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional ...", p. 141 y ss., p. 81 y ss., esp. 84 y s.

86 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 99.

87 "No hay nada que sea evitable porque en el autor se presenten cualesquiera fenómenos psíquicos, sino porque, si nos lo imaginamos con la motivación de un ciudadano perfecto, el autor evitaría", JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 101.

hecho psíquico, no fundamentaría el injusto, sino solamente sería un "indicio" de la existencia de la falta de motivación para cumplir la norma[88]. Y esta "motivación" recién se podría verificar en un nivel más adelante, en la "culpabilidad".

h) En el caso del *error de tipo*, se trataría de un "defecto cognitivo", de un error de la persona sobre el estado y el curso de la realidad externa. La impunidad en los casos de "error invencible" resultaría de que el sujeto no habría "comunicado" nada de manera relevante; el sujeto habría demostrado, más bien, una "falta de competencia organizativa". Por lo demás, el tradicional concepto de "invencibilidad" del error no sería importante aquí; en el plano comunicativo el que erró descuidadamente llevaría el estigma de un "descuidado" y el que erró de manera inevitable es "digno de compasión" por su mala suerte[89]. El que cometió un "error de tipo inevitable" no tendría siquiera "culpabilidad"; el que cometió un "error de tipo evitable" por no haber planificado correctamente su conducta, pese a que ello era posible, tendría una culpabilidad disminuida[90]; la pena para este último sería, pese a todo, necesaria para garantizar determinados estándares de riesgo y que haya un "aprendizaje selectivo" (no es el individuo sino la sociedad quien decidiría el límite de lo socialmente tolerable)[91].

i) Solamente si se prescindiera totalmente de lo sicológico, del elemento "cognoscitivo", podría darse, según JAKOBS, una solución razonable a los casos de *indiferencia y escrupolosidad* que llevan a la comisión de delitos (imprudentes). Desde la perspectiva funcional, el "indiferente", debido a su negación del rol, debería merecer mayor pena que el "escrupuloso" que reconoce el rol pero calcula mal (imprudente) y, por lo tanto, no expresa un modelo a seguir. La doctrina tradicional procedería –dice JAKOBS- al revés al imponer pena de "dolo" al

---

88 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 102, p. 76.

89 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 142, 168.

90 De manera resumida: "... la ignorancia inevitable de las consecuencias producidas ya ni siquiera es imprudencia, es totalmente impune; pero, en cuanto mayor es el nivel de evitabilidad, más se aproxima la culpabilidad a la máxima expresión que alcanza los supuestos de indiferencia"; JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 153.

91 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 150 y s., 168.

"escrupuloso" mientras premia al "indiferente" con una pena de "imprudencia", fundamentando esto en el elemento cognoscitivo del dolo[92].

En contra de la ley y la doctrina tradicionales, "esclavos de los hechos psíquicos", lo que debería interesar no es el "conocimiento" (perceptible por los sentidos) de la realización del tipo, sino la "razón del conocimiento"; y ahí no puede tratarse por igual el desconocimiento de la norma de aquél que no tiene interés por conocer y el desconocimiento de aquél que quiso saber pero no pudo. El tratamiento jurídico-penal del "indiferente" debería, entonces, ser igual cuando tal "déficit cognitivo" debido a un "déficit volitivo" se hubiera dirigido al tipo como cuando se hubiera dirigido al injusto[93].

En la práctica, según JAKOBS, la doctrina y ley actuales evitarían "resultados escandalosos" a través de la llamada "responsabilidad por el resultado" (el autor responde por el resultado más grave si éste ha sido causado por lo menos por imprudencia y tal imprudencia es la consecuencia directa del riesgo creado por la primera acción dolosa)[94].

j) La *antijuricidad*, al igual que la participación delictiva, no deberían vincularse al "injusto" como se hace tradicionalmente, sino deberían tener una sistemática propia[95]. Con las tesis tradicionales no se podría decir más que las causas de justificación serían "buenas razones" para permitir que una conducta prohibida se ejecute sin que su autor se vea sometido a una pena. El contenido de la antijuricidad dependería del estado de la sociedad (y, en algunos casos, de tareas normativas fijadas autónomamente), situación que, en el caso de sociedades modernas, no podría ser resumido en una corta "fórmula social"[96].

En este sentido, JAKOBS se manifiesta a favor de una "teoría pluralista" que reconozca tres grupos de causas de justificación bajo tres principios distintos[97]. En el primer grupo, se trataría de que la conducta

---

92 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 41 y s.; p. 149 y s.
93 JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 86 y ss., 91 y s., 99 y s.
94 JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 91, 79 y s.
95 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 103.
96 JAKOBS (traducción libre), "Strafrecht. A. T.", p. 349, n. marg. 1.
97 Ver JAKOBS (traducción libre), "Strafrecht A. T.", p. 350 y ss., n. marg. 3 y ss.

del interventor (p. ej. el agresor en la legítima defensa) justificaría la consecuencia derivada de dicha "conducta de organización" debido al "principio de responsabilidad", y, en menor medida, al "principio de causación [Veranlassung]": la víctima de la intervención tiene que responder por las consecuencias de su conducta de organización (la legítima defensa, el estado de necesidad defensivo, del derecho de resistencia ante el atacante). En el segundo grupo, se trataría del "principio de definición de intereses a través de la víctima de la intervención": la propia víctima de la intervención define la intervención como favorable o, por lo menos aceptable, y reestructuraría convenientemente sus intereses (p. ej. en el "consentimiento" y el "permiso de la autoridad", pero también en el "estado de necesidad" y en el "consentimiento presunto"). En el tercer grupo, se trataría del "principio de solidaridad", según el cual se incide en la víctima de la intervención en interés de otras personas o de la generalidad (p. ej. el estado de necesidad agresivo u otros derechos de intervención de la autoridad).

Finalmente, para garantizar la proporcionalidad entre el daño de la intervención y el bien rescatado, deberían respetarse algunos principios básicos como[98]: la responsabilidad a cargo del causante por todos los costos ocasionados; la reestructuración de la víctima de la intervención, en caso de que no lo hiciera ella misma, debe arrojar un saldo positivo; el recurso de la solidaridad también debe basarse en un saldo positivo, el cual además debe ser considerablemente mayor.

Últimamente, JAKOBS ha desarrollado más su posición sobre las causas de justificación a partir de un análisis diferenciado de los distintos "grados de incumbencia" (competencia) de las personas y los deberes de actuación y de tolerancia[99]. En este caso, que se referiría por lo visto al primer grupo de causas de justificación señalado en su Manual[100], se

98 JAKOBS (traducción libre), "Strafrecht. A. T.", p. 350 y s., n. marg. 3a.

99 JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 135 y ss.

100 Como señala al final de su exposición, existirían otros casos (equiparables a los otros dos grupos de causas de justificación de su Manual) de limitaciones de la "competencia" derivados de "fundamentaciones formales propias de un Estado de Derecho" ("idoneidad" en un estado de necesidad defensivo y agresivo, prioridad de la policía) y de "permisiones derivadas de su ejercicio en un Estado de Derecho" (límites ético-sociales o de solidaridad mínima en la legítima defensa); ver c. más ref. "Sobre la normativización...", p. 159 y s.

trataría de establecer cuándo una persona (que tiene la "incumbencia") debe, o bien "alejar un peligro" de otra persona (aportando una determinada prestación), o bien "soportar los costes" (lesión de sus propios intereses) que resulten de solucionar un conflicto (colisión de intereses). A partir de su distinción previa entre "deberes negativos" y "deberes positivos" (derivados a su vez de "derechos" a la libre organización), reconoce que, de la "pura normatividad" (conceptos "propiedad" y "organización de la propiedad") solamente sería posible obtener limitaciones basadas en la "necesidad" de la "legítima defensa": la violencia defensiva y el deber de soportar la violencia llegarían hasta que el límite de que el sujeto afectado no se vea "despersonalizado"[101]. En el campo puramente normativo, afirma JAKOBS, los derechos o bien existen o no y los sujetos titulares (personas) o bien los hacen valer indiscriminadamente (incluso ante amenaza de perjuicios mínimos o contra personas que actuaron sin culpabilidad alguna) o no (esperando, p. ej. una compensación) sin que nada, normativamente, obligue a una u otra decisión[102].Otras limitaciones (p. ej. "proporcionalidad") surgirían recién, desde afuera, considerando la racionalidad jurídica de criterios "utilitaristas"; en alusión a Hegel: la "moralidad" (deseo de vivir en armonía: estado de necesidad defensivo) y la "eticidad" (síntesis entre forma y armonía: estado de necesidad agresivo)[103].

k) La *culpabilidad*, como categoría penal, privada de toda base empírica, solamente podría ser entendida como aquella "imputación" que contenga una "expresión de sentido relevante para la comunicación"; lo no-culpable (o sea, lo que no participa en la comunicación) sería "naturaleza" y por lo tanto tampoco sería entraría dentro de la tarea genuinamente penal, sino del Derecho civil o administrativo[104]. Mejor

---

101 JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 144 y s. Esta idea es desarrollada últimamente por JAKOBS con la siguiente argumentación: si el Estado exigiera sacrificar la propia vida, en realidad, estaría "excluyendo" al sujeto afectado del statuts de "persona"; ver "Personalität und Exklusion...", p. 452 y ss., 458 y ss., 466. Aquí, JAKOBS rechaza las argumentaciones "cuantitativas" tendentes a admitir una justificación (p. ej. al afirmar que habría una "compensación del desvalor del resultado" cuando se salvara la propia vida y la de otros sacrificando la vida de menos sujetos o sujetos con calidad de vida disminuida); ver ibídem, p. 456 y s., nota 41.

102 Cfr. JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 146 y ss.

103 JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 146 y ss., 160 y s.

104 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 43 y s., 46.

dicho, lo que tradicionalmente se conoce como "imputabilidad" y se considera como un elemento de la "culpabilidad" o "responsabilidad penal", dejaría de formar parte del Derecho penal, pues solamente podría ser "persona jurídico-penal" "...quien dispone de la competencia de enjuiciar de modo vinculante la estructura de lo social..." pues solamente las conductas de ésta podrían tener "repercusiones sociales", o sea, "comunicar normativamente"[105].

Lo culpable, en el sentido penal equivaldría, entonces, solamente a una imputación por un "defecto volitivo", por un "déficit de motivación fiel al Derecho", imputación que es dirigida a la "persona": la persona (se descarta, desde el principio, al individuo) sería "culpable" por el hecho de no haberse procurado por sí misma razones para cumplir las normas sociales y no haber sido "fiel a la norma"[106]. El "defecto volitivo" no tendría nada que ver con lo psicológico, pues no importa que la persona perciba conscientemente este defecto, sino solamente que tal defecto exista[107]. Los "hechos psíquicos", que por lo demás deben ser interpretados según el contexto social, tendrían el papel de constituir "indicadores" de la existencia del déficit; como tales, estos "hechos psíquicos" son tanto el "dolo" y la "consciencia de antijuricidad" como también la "falta de atención", la "indiferencia" o el "desinterés"[108]. No habría p. ej. "falta de fidelidad" o esta sería leve en los casos conocidos de "estado de necesidad exculpante" y similares, en el homicidio bajo una provocación previa de la víctima, etc.

Sin embargo, el "defecto volitivo" por sí solo no podría explicar todavía la "culpabilidad penal", sino solamente una "culpabilidad formal" existente en cualquier quebrantamiento de normas vigentes en cualquier tipo de ordenamiento, y ante las cuales existrían distintos tipos de "penas" disuasorias. Lo característico de la "culpabilidad penal" o *culpabilidad material* sería la imputación de falta de fidelidad a "normas legítimas", o sea a normas enmarcadas dentro de un sistema social que

---

105 JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 22 y ss., 43.

106 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 156, 168; "Sobre la normativización...", p. 23 y s.

107 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 156.

108 JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 23

trata a los individuos como "personas" (les atribuyen un "rol")[109]. Como lo que importa es que el Derecho penal "comunique", sin que para ello se necesite una conexión psicológica con el autor[110], la "culpabilidad" presupondría que el Derecho penal solamente reaccionará con una "pena" contra el infractor (que sigue siendo "persona") cuando éste, *dentro* de la sociedad (lo que está afuera, es naturaleza) exprese una contradicción a la norma social; es más, es así como el ciudadano sería tratado como "persona" y no como objeto pues al reconocerse que éste puede "comunicar" algo contradictorio a la norma también se le reconoce aquel estatus[111]. JAKOBS hace, además, la salvedad de que no siempre tendría que haber consecuencia penal: solamente habría "responsabilidad" cuando las razones del conflicto actual "no pueden imputarse a otra persona que al autor sin perturbar la vigencia de la norma", algo que podría llevar a la atenuación o la impunidad en casos en los que la víctima "merecía la pérdida"[112].

Ante un quebrantamiento de la norma, el Derecho penal garantizaría que esta "expresión de sentido" con contenido "defectuoso" va a ser contradicha con una pena[113]. Esta sería la expectativa propia del Derecho penal. La "libertad", el *libre albedrío*, no sería un problema que concierna a la "culpabilidad" así entendida; la única "libertad" que interesaría sería la "libertad de autoorganizarse" de la cual, por lo demás, gozarían todas las "personas" dentro de la sociedad; solamente si existiera esta "descentralización" (posibilidad de autoorganizarse que tienen todas las personas) podría existir una culpabiolidad[114]. Es más, en realidad, el libre albedrío equivaldría a "la competencia de la propia voluntad" para autoorganizarse y alcanzar la suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico[115].

---

109 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 157 y ss., 168.

110 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 154 y ss., 158.

111 Cfr. JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 154 y ss., 157 y s. Siguiendo a Hegel, afirma que al imponerse la pena al delincuente, éste es tratado como persona, se le trataría como un igual y "se honra al delincuente como ser racional"; ídem, p. 159.

112 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 165.

113 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 45; 154 y ss., 158 y s.

114 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 166 y s.; 166 y s.

115 JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 88.

En consecuencia, para la teoría funcional de JAKOBS, la "culpabilidad" abarcaría todo; las demás categorías penales no pasarían de ser conceptos auxiliares para entender mejor la culpabilidad. El "concepto normativo" de la culpabilidad "mediría" solamente el cumplimiento o no de los roles de las personas; más allá de esto, en la "culpabilidad" entrarían a tallar otros datos solamente cuando, pese a haberse aceptado el rol, la persona tuviera dificultades para mantener la fidelidad al ordenamiento jurídico y llegara a realizar hechos típicos; en estos casos (error sobre la norma, exceso en la legítima defensa, autoría por convicción, etc.) sería posible admitir una "disminución de la culpabilidad"[116].

El menor o mayor *grado de culpabilidad* de sujetos ya reconocidos como "personas" dependería del "contexto" de la conducta en el sentido de si "perturba el orden" o no. Si no lo hiciera, la conducta puede atribuirse a la "naturaleza" (y excluirse la culpabilidad); si la perturbación fuera parcial, puede haber disminución de culpabilidad (y de pena), y si perturbara el orden, la culpabilidad será plena[117]. Así, en los casos englobados por la doctrina tradicional bajo la *inexigibilidad de otra conducta*, y tratados dentro de la "culpabilidad", en realidad se trataría de casos dominados por lo "natural". El autor de la famosa "tabla de Carneades" (estado de necesidad exculpante) se encuentra "coaccionado", bajo un "miedo", una "naturaleza" que no puede dominar. Pero este "miedo", esta "inexigibilidad" no dependería de la situación en sí en la que se encuentra el sujeto, sino de la "posibilidad de solucionar el conflicto" como si fuera "producto de la naturaleza"; si no existiera esta posibilidad, no debería haber exculpación[118].

En la *autoría por convicción*, afirma JAKOBS, habría que distingur si el autor actuó por un "conflicto de consciencia" (p. ej. como miembro de una determinada confesión religiosa) o si manifiestó más bien una "actitud recalcitrante" (p. ej. un terrorista). Como no se trataría de

---

116 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", c. más ref., p. 46 y s.; 163 y ss., 168. El hecho que de lege lata se prevea, en la ley alemana, la atenuación o, en la doctrina, la impunidad de algunos de estos casos demostraría, además, que el "funcionalismo ya se habría impuesto, pues estas reglas solo podrían explicarse desde la perspectiva de la "estabilización de la norma"; ver ibídem, p. 166.

117 JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 96 y ss., esp. 99.

118 JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 96 y ss., 100.

resolver un "conflicto individual", sino de determinar si el hecho en sí resulta "peligroso" por ser "susceptible de generalizacón", en el primer caso podría haber una atenuación, mientras que en el segundo, incluso una agravación[119].

JAKOBS insiste que su teoría de la culpabilidad no instrumentalizaría al ciudadano, pues ella solamente " describiría" las condiciones de fundamento de toda sociedad: "... una descripción no instrumentaliza, sino que en todo caso descubre instrumentalizaciones existentes desde hace mucho tiempo"[120]. La culpabilidad entendida en el sentido de que tendría una función propia resolvería el dilema tradicional entre "funcionalidad" y "respeto a la dignidad humana" (el incremento de uno iría siempre en desmedro del otro); el principio de "culpabilidad" sería la condición de subsistencia del orden social[121].

l) Los casos de *error de prohibición* son tratados por JAKOBS de manera paralela a los de error de tipo, pues en ambos casos se trataría de "defectos" de la persona en la sociedad. En el "error acerca de la existencia de una norma" se trataría de un "defecto volitivo" el cual sería imperdonable en un sistema que quiere ser funcional[122].

En las sociedades modernas, ante "defectos volitivos", que sí pueden cuestionar el ordenamiento vigente, la regulación legal del error de prohibición tendría en cuenta esta situación y solamente excluiría de pena los "errores inevitables". A diferencia de la sociedad burguesa naciente donde el "error iuris nocet" (se trasladaba el riesgo de desconocer las leyes al ciudadano) habría sido necesario (funcional) para lograr la libertad de movimientos de la época, en la actualidad, el riesgo de un error sobre el contenido de la norma se habría traladado a la "generalidad"[123]. En la actualidad, a diferencia de épocas anteriores, debido a la sotisficación de las leyes, sería necesario (funcional) separar el reconocimiento de la razón de vigencia de un ordenamiento positivo del

---

119 JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 98 y s.

120 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 161.

121 Cfr. JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 135 y ss.

122 JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 87 y ss., 99.

123 Comentando la sentencia del TFA de 1952 (BGH 2, 0. 194 y ss.) que adoptó el "principio de culpabilidad" en el "error de prohibición" y proscribió el "error iuris nocet"; JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 143 y ss.

conocimiento de su contenido. Esta "retirada hacia la positividad" hace que el ordenamiento se protega a sí mismo contra todos los ataques a su legitimidad: para afirmar el "conocimiento de la norma" basta con se conozca que la vulneración de la norma signifique una perturbación al orden existente; no que se acepte como correcto el contenido de la norma[124]. El desconocimiento de las normas, como "déficit cognitivo", equivaldría a la ignorancia o "falta de competencia" en el mundo de la naturaleza. En este mundo, tal defecto llevaría al fracaso del ignorante, a una "poena naturalis"; en el mundo de las normas, el "déficit cognitivo", aunque no aporte ventajas al ignorante, tampoco llevaría a una autoestabilización del sistema. Por eso, también en el ámbito del "conocimiento del injusto" (error de prohibición) se necesitaría la punibilidad en algunos casos, ya que se trataría, al igual que en el "conocimiento del tipo" (error de tipo) de lo siguiente: no dejar la decisión sobre el riesgo del desconocimiento al autor, establecer un conocimiento mínimo de la peligrosidad e impedir un "aprendizaje selectivo" en el sentido de que el autor solamente evite lo que importe un riesgo de autolesión[125].

Un argumento de lege lata vendría dado por la propia ley alemana vigente (similar en esto a la peruana, española o a muchas otras legislaciones penales), la cual habría reconocido la mera "normatividad" del dolo a través de la regulación de la "consciencia de la antijuricidad" en el "error de prohibición": el "desconocimiento de la ilicitud", si fuera evitable, solamente atenuaría la pena[126]. Por lo demás, aquí la "indiferencia dirigida al injusto" (no interesa saber si lo que se hace tiene carácter prohibido o no) no tendría efectos exoneradores, lo cual es comprensible, pues, en palabras del funcionalismo, el "indiferente" ha tenido un "defecto cognitivo" debido a un "defecto volitivo" y, con ello, una "falta de fidelidad latente al ordenamiento jurídico"[127].

m) En la *autoría y participación*, JAKOBS plantea la distinción en función de la "arrogación de ámbitos de competencia" y prescinde por

---

[124] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 147, 148, 168.

[125] JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 86 y s.

[126] JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 41; "Sobre la normativización...", p. 91 y s.

[127] JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 88 y ss.

completo de la "subjetividad". En ese sentido, todo lo que –según su concepción- sea realizado en el "ámbito interno" tendría que ser impune como autoría o como participación, así pueda demostrarse que la "subjetividad" tendía a un ataque contra bienes jurídicos[128].

3.3 Teoría de la pena

Según la teoría de JAKOBS, la *pena* tendría que reafirmar la vigencia de la norma y con ello, la identidad social. Con la "pena" se caracterizaría al delito como delito; con esto se lograría confirmar la configuración normativa concreta de la sociedad para evitar una "erosión general"[129]. Precisamente la "prestación" del Derecho penal consistiría en mantener esta identidad social en el plano de la comunicación, reafirmando normas mediante procedimientos previstos como reacción a su infracción; otras finalidades sociales no serían más que "esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual"[130]. La pena, entonces, se dirigiría a la "persona" que haya infringido la norma y que, con ello, haya afirmado una realidad distinta que la sociedad no quiere aceptar[131]. Pero, el hecho de haber cometido el delito (negado la norma) no eliminaría la cualidad de "persona" del infractor. Esta cualidad sería otorgada por la sociedad y no por él mismo; y la sociedad insiste en la atribución de tal cualidad; por lo tanto la conducta del infractor seguiría siendo una "contradicción" y no "naturaleza" (que no incumbe al Derecho), y esa contradicción que "comunica" significado se vería rechazada (marginada) mediante una "pena" con la cual se manifieste que la

---

128 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 222 y s.

129 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 63; "Sobre la normativización...", p. 47 y s., 71; "Der Zweck der Vergeltung...", p. 266; rescatando expresamente similares ideas de Hegel en este sentido, "Staatliche Strafe...", p. 25 y ss.

130 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 21 y s. De manera enfática dice: "... la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo". Y más adelante: "... la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias [todo tipo de finalidades preventivas]: significa una autocomprobación"; ver ibídem, p. 21.

131 JAKOBS aclara una confusión terminológica muy común: el delincuente no "lesiona" la "vigencia de la norma", pues en el plano "abstracto" no puede conseguir esto: tal lesión solamente existiría cuando nadie respetara la norma. Pero el delincuén te sí crea una "tendencia hacia la lesión"; es esta tendencia la que sería contrarrestada con la imposición de la pena para que la "norma" siga siendo "real"; ver JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 28.

realidad pretendida con la comunicación del infractor no es reconocida, no es válida, y la norma sigue teniendo vigencia[132].

Ahora bien, para JAKOBS no bastaría tampoco con la mera atribución de responsabilidad al infractor, la atribución de "competencia" por la "defraudación de expectativas normativas"; para que quede marginado el significado de hecho del delito (la "infración de la norma"), la pena también tendría que ejecutarse a través de la *violencia* pues solamente así podría privarse al infractor de la norma de los medios de interacción. Esto tendría que ser así pues el infractor no solamente habría expresado algo en el plano normativo-simbólico (negación de la norma) sino también lo habría configurado en el mundo externo (ha matado, lesionado, etc.); para dar respuesta adecuada a esto, el Derecho penal tendría que actuar también en los dos planos. Así, afirma el autor alemán, por un lado, en lo "normativo", la generalidad deberá ser confirmada en su actitud de fidelidad al ordenamiento mediante "aprendizaje de fidelidad", el cual se logra comunicativamente a través de la pena que califica el hecho del "autor" como delito; por otro lado, en lo "cognitivo", deberá causarse un "dolor" al infractor para que todos entiendan que la conducta infractora ha constituido una empresa fracasada, que dicha conducta no debe servir de orientación[133]. Es por eso que, siguiendo su teoría, JAKOBS puede afirmar que la "pena" tendría como destinatarios tanto al "autor" como, y sobre todo, a todas las "personas fieles al Derecho"[134] y que el autor, con la ejecución de la pena contra él, prestaría una "indemnización" en sentido amplio[135].

JAKOBS considera que las teorías tradicionales de la "pena" no son exactas en cuanto atribuyen "funciones" al Derecho penal. Sus mayores críticas se dirigen a las "teorías de la unión" [136] pues considera que pretenden "unificar" lo que por definición es antagónico, pretenderían combinar mediante "adición" "legitimaciones" (retribución de la culpabi-

---

[132] Cfr. JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 67.

[133] Cfr. JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 75; "Sobre la normativización...", p. 48 y ss., 71 y s.; "Staatliche Strafe...", p. 28 y ss.

[134] JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 31.

[135] JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 32.

[136] JAKOBS, "Sobre la teoría de la pena", en: "Bases para una teoría funcional...", p. 61 y s.; "Staatliche Strafe...", p. 33, nota 149.

lidad) con "fines" (prevención). Lo cierto sería que la "retribución" excluiría por completo cualquier "prevención especial" desde que aquélla presupone un "responsable" mientras que esta última precisamente se dirige a un sujeto que necesitaría un tratamiento (y por lo tanto, es tratado como un "objeto"). Incluso si (como expone, entre otros, Roxin) se empleara la "retribución" de la culpabilidad solamente para "limitar" y no "legitimar" la pena, existiría una contradicción: no se puede limitar algo que tiene distinta naturaleza; la "retribución" no podría servir como limitadora de penas "preventivas" (en el sentido de "educación", "intimidación", etc.). Por lo demás, también existiría el problema práctico de la constatación empírica pues las estadísticas de la "reincidencia" demostrarían que las penas privativas de libertad, aparte de "asegurar" a los que están encerrados en las cárceles, no habrían tenido un efecto preventivo-especial (limitado por la culpabilidad) relevante. La explicación estaría en la naturaleza distinta de ambas "finalidades": la "retribución" implica una reacción a una perturbación social mientras que la "prevención especial" incide en la "motivación" y la intensidad de esta, que ha llevado a la comisión del delito. Pero el Derecho penal no estaría en condiciones de incidir en esta "motivación", pues, para que tenga éxito, llevaría en muchos casos a superar la medida de la culpabilidad[137].

Tampoco ha escapado a sus críticas la teoría de la "prevención especial". Esta teoría, perdería legitimidad desde el principio: si el sujeto necesitara "tratamiento", "reeducación, etc., se estaría reconociendo que el sujeto no era "persona" cuando cometió el delito o, mejor dicho, que era una "persona deficitaria"; pero tampoco podría explicar la legitimidad de las "medidas de seguridad" (no reeducativas) a los "autores incorregibles" [138]. Desde la perspectiva estricta de separación entre Derecho y moral, entre "violación del derecho" y la "actitud interna deficitaria", no se podría dar una solución correcta a esta problemática; se tendría que admitir que, en algunos casos, las "actitudes internas" expresadas exteriormente de alguna manera legitimarían la exclusión del carácter de "persona" y para dar paso a un tratamiento con "medidas de

[137] C. ej. JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 62 y s.
[138] JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 36 y s., 37 y ss., respectivamente.

seguridad"[139], lo cual llevaría a admitir así un "Derecho penal del enemigo".

En realidad, sostiene JAKOBS, con el entendimiento funcional de la pena se afirmaría una *autosuficiencia del sistema jurídico*, pues no sería exacto exigir que el Derecho penal cumpla "funciones" ya que, desde que con la pena se contrarresta la "realidad" que el infractor de la norma pretende imponer, con ello ya se reafirmaría la "realidad de la norma", o sea su vigencia; luego: "... la sanción no tiene un fin, sino constituye en sí misma la obtención de una sanción, (es decir) la constatación de la realidad de la sociedad sin cambios"[140]. Si alguna "prevención" existe en su teoría sería la de evitar la "erosión de la configuración normativa de la sociedad", pero no la comisión futura de delitos[141]; algo que –como él mismo observa- podría ser llamado "prevención general positiva", pero que, en todo caso, no debe confundirse con las tesis tradicionales pues se agotaría en sí misma y, por ello, no necesitaría ninguna corroboración empírica. La "prevención de delitos" sería, más bien, en primer lugar tarea de la Policía[142].

JAKOBS reconoce, por otro lado, que su teoría podría tener alguna coincidencia con la "teoría absoluta" y la "prevención general positiva". La teoría de la *prevención general positiva* en su versión más difundida[143] señala que la función del Derecho penal consistiría en mantener la vigencia de la norma para confirmar la confianza de los ciudadanos en ella y tomarla como esquema de orientación. La coincidencia con la (nueva) teoría de la pena de JAKOBS estaría en la "vigencia de la norma",

---

139 Cfr. JAKOBS, quien recurre ilustrativamente a la discusión entre Feuerbach y Grolmann, y, con algunas salvedades, da la razón a este último; ver "Staatliche Strafe...", p. 38 y ss., 40.

140 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 70.

141 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 64; "Staatliche Strafe...", p. 31.

142 JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 31.

143 JAKOBS también ha reconocido coincidencias con la "prevención general negativa", pues tanto en ésta como en su versión de la "prevención general positiva" podría ser que la "intimidación", desde la perspectiva de los que se orienten en el rol del autor, juegue algún papel en la realidad. La "fidelidad a la norma" podría ser consecuencia del miedo o de la comprensión, pero, al tomar por base la responsabilidad del autor por su hecho en la medida de que compense el peligro para la validez de la norma, se atenuarían los efectos de la pena (que en la prevención general negativa resultan desproporcionados); "Staatliche Strafe...", p. 32 y ss.

pero mientras que aquella "prevención general positiva" tiene el ingrediente sicológico de la "repercusión síquica" (la motivación, la orientación), JAKOBS postula que lo único que interesaría sería la "comunicación" expresada en la pena; el alcanzar el proceso síquico de la "confirmación de la norma" mediante la pena pública puede desearse, pero no formaría parte del concepto de pena: la pena sería un fin en sí misma y se agotaría con "la permanencia de la realidad normativa sin modificaciones"[144]. En cuanto a la "teoría absoluta", si bien JAKOBS mismo se basa en gran medida en Hegel, uno de los más conocidos representantes de la "retribución", enfatiza que existiría una diferencia decisiva, por lo menos con el entendimiento tradicional de la teoría absoluta: la retribución afirma que a todo quebrantamiento de la norma debería seguir la reacción penal; en cambio, en la tesis funcionalista, la reacción penal solamente entraría a tallar cuando el quebrantamiento de la norma perturbe la vigencia de la norma; si no existiera tal riesgo, no habría razón para una sanción; si el riesgo fuera reducido, la sanción debería ser leve[145].

Para el caso de los "inimputables", que no tienen carácter de "personas", pero también para quienes voluntariamente quieran estar al margen del ordenamiento normativo (los "enemigos"), como contra ellos no es posible aplicar "comunicativamente" una "pena", aunque siga siendo necesario proteger la vigencia de las normas (evitar ulteriores infracciones), solamente sería posible aplicar *medidas de seguridad* basadas en la idea de la "prevención especial"[146]. Aquí no se trataría ya de "sujetos competentes", de "personas", sino de "individuos peligrosos". A estos no sería posible dirigir "expectativas normativas" y, por tanto, al ser excluidos del ámbito de las personas, se cuentan dentro de los enemigos que constituyen "focos de peligro" y contra los cuales debe llevarse a cabo una "custodia de seguridad"[147].

---

144 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 75.

145 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 70 y s. Una exposición más detallada sobre las coincidencias y diferencias con la doctrina de Hegel puede verse en "Der Zweck der Vergeltung...", p. 251 y ss., 266 y ss., y, especialmente en "Staatliche Strafe...", p. 24 y ss.

146 JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 54, 57 y ss.

147 JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 58 y s.

Por otro lado, JAKOBS aclara que su teoría de la pena, al igual que la teoría absoluta de Hegel, por sí misma no sirve para determinar la *medida de la pena* pues ella solamente se quedaría en el nivel abstracto para afirmar que debe suspenderse la comunicación del infractor sin que pueda decir cómo concretamente debe hacerse esto; para dar una "medida de la pena" se necesitarían datos adicionales sobre el "peso" de un Derecho o una expectativa para la persona[148]. Tampoco una teoría "retributiva" como la de Kant, en contra de la creencia general, no podría proporcionar ningún criterio para definir la medida de la pena, pues la supuesta "proporcionalidad" entre el mal inferido (a la víctima) y el de la pena retributiva (al delincuente) no consideraría el "daño social" que es distinto del daño individual causado por el delincuente; y para considerar estos otros perjuicios, siempre será necesario tomar en cuenta los intereses y finalidades de los miembros de la sociedad[149]. En cambio, el "concepto moderno y funcional de culpabilidad" (el que él defiende) sí tendría en cuenta esta diferenciación decisiva pues, por un lado, otorgaría una finalidad a la "retribución de la culpabilidad" (Schuldvergeltung), y, por otro lado, determinaría la culpabilidad, desde el principio, según su idoneidad para alcanzar dicho objetivo. En pocas palabras: se trataría de la "culpabilidad" como "la necesidad de estabilizar la validez de normas a través de la pena" y la medida de la pena como "lo necesario para conseguir tal estabilización"[150].

En concreto, para determinar la "medida de pena" JAKOBS propone los criterios (externos) de orientación en la fijación la "gravedad social" del hecho cometido: 1.- El peso de la norma infringida y de la medida de su infracción, 2.- El grado actual de aseguramiento cognitivo de dicha norma, y 3.- La responsabilidad del autor por su motivación hacia el hecho que ha cometido (o sea si la motivación es de su plena o parcial competencia)[151]. Este último criterio establecería el límite máximo de la pena: ésta no puede ir más allá de lo que el autor se "merece" en función

---

148 JAKOBS, "Der Zweck der Vergeltung...", p. 266, 267 y s.; "Staatliche Strafe...", p. 27, 31 y s.

149 JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 16 y s.

150 JAKOBS; "Staatliche Strafe...", p. 17.

151 JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 32.

de su "responsabilidad"; quedan fuera de consideración finalidades externas a las derivadas de la propia conducta del autor[152].

3.4 Crítica a Jakobs

Las posturas de JAKOBS han sido duramente criticadas desde distintos sectores de la doctrina y con argumentos muy variados[153].

1.- Sobre la tesis de la *protección de normas* y su rechazo a la "protección de bienes jurídicos" se afirma que las normas no existirían desconectadas de una utilidad social y que precisamente ellas habrían sido creadas para proteger bienes jurídicos (las normas no tendrían sentido sin los bienes jurídicos)[154]; y que los ejemplos de Jakobs para sustentar sus críticas a la teoría de bienes jurídicos precisamente se basaría en ejemplos de tipos penales también criticados por partidarios de esta teoría[155].

JAKOBS no desconoce, por cierto, la existencia de bienes jurídicos, así como la teoría dominante no desconoce tampoco la existencia de normas; y ambas posiciones no desconocen la interrelación entre bienes jurídicos y normas; pero, la diferencia irreconciliable está en la preeminencia que se da a uno u otro concepto y en el reproche que se hacen mutuamente sobre los excesos que permitirían una u otra teoría. Así, se critica la falta de límites que tendría el Derecho penal con la tesis de JAKOBS, amplitud que precisamente se buscaría limitar con la teoría de los bienes jurídicos, pues él, conscientemente abre el Derecho penal a todo "problema social" mientras el sistema jurídico no alcance la "complejidad adecuada" para asumirlo. Por su parte, JAKOBS afirma que

---

152 Coincidiendo en esto, en gran medida con Kant, y recogiendo su crítica a la "prevención general negativa" (prohibición de tratar a la persona como a un objeto sujeto a finalidades), JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 34, 35 y s.

153 Debido a la trascendencia que las propuestas de Jakobs tendrían en toda la dogmática penal, las críticas, como es natural, se presentan en todos los niveles afectados por el funcionalismo radical. Aquí solamente pueden exponerse algunas de ellas.

154 En palabras de ROXIN (traducción libre): "Un sistema social... no debe ser mantenido en aras de sí mismo sino en aras de los seres humanos que viven en la sociedad respectiva"; ver "Rechtsgüterschutz als Aufgabe...", p. 20 y s.

155 Ver últimamente ROXIN en: "Problemas actuales...", p. 19 y ss., 49 y ss. También, expresamente en respuesta a Jakobs, "Rechtsgüterschutz als Aufgabe....", p. 20 y ss.

la teoría de bienes jurídicos puede ser, y de hecho ha sido históricamente, manipulada para dar cabida a cualquier interés político[156].

Ahora bien, puede observarse que muchas de las críticas de JAKOBS contra la teoría de bienes jurídicos no son nuevas ni decisivas[157]. En contra de lo que él afirma, es posible delimitar mejor, aunque sin una exactitud matemática, el ámbito de los bienes jurídicos; y es posible, escoger entre todos estos, cuáles necesitan más protección y contra qué ataques tal protección es más urgente. Para todo esto se han desarrollado precisamente los criterios de "merecimiento" y "necesidad de pena", además de que es posible, incluso antes del empleo de estos criterios, precisar más el contenido mismo de los bienes jurídicos[158]. El que el concepto "bien jurídico" no sea preciso, necesite concreción y sea cambiante en el tiempo no es una crítica decisiva. Al igual que los "principios", los bienes jurídicos necesitan ciertamente concreción, pero también crítica, en un debate público; algo que precisamente es manifestación de democracia[159].

---

156 JAKOBS, "Strafrecht. A. T.", p. 35 y ss., esp. n. marg. 22 y ss.; "Sobre la normativización...", p. 69 y ss. Más críticas y respuestas de JAKOBS en "Bases para una teoría funcional...", p. 25, 34 y s.; "Sobre la normativización...", p. 47 y ss.; "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus...", p. 849 y ss.; y en: Zieschang, "Informe de la Jornada", p. 928.

157 Por ejemplo, la crítica de que el carácter de "bien jurídico", a través de la historia sería muy cambiante, es rechazada por ROXIN, quien argumenta que nadie defiende un carácter de "validez eterna" en el sentido del Derecho natural de los bienes jurídicos, sino que su concreción se ve afectada por las bases constitucionales y las relaciones sociales del momento; "Rechtsgüterschutz als Aufgabe...", p. 22 y s.

158 P. ej. mediante una "teoría constitucional"; ver refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 46 y ss. Últimamente han rescatado la importancia de la teoría de "bienes jurídicos", además de identificar sus coincidencias con la teoría anglosajona del "Harm Principle", VON HIRSCH, WOHLERS y HEFENDEHL, ver en GA 2002, p. 2 y ss. 15 y ss., 21 y ss.; MIR PUIG, "Valoraciones...", p. 76 y ss. PORTILLA CONTRERAS critica la tesis "constitucionalista" tradicional por su falta de concreción; propone en cambio, y bajo un categórico rechazo del funcionalismo sistémico, un "Derecho penal mínimo" en el sentido de "minimización de reacción violenta" pero que contenga la "defensa de derechos económicos sociales" propios de la vida moderna y de la globalización. La Constitución establecería los límites mínimos de valoración para escoger los intereses que deberán protegerse; pero cualquier "bien jurídico" tutelado deberá seleccionarse a partir de que contenga un interés de la persona y éste se vea amenazado directa o indirectamente; ver p. 115 y ss.

159 MIR PUIG, "Valoraciones...", p. 79; ROXIN, "Rechtsgüterschutz als Aufgabe...", p. 5 y ss., 23.

Un análisis jurídico-penal que prescinda de un contexto valorativo previo, pasaría a centrar el punto de atención, exclusivamente, en el "deber" y no en el "derecho", lo cual tendría la consecuencia de llevar a un Derecho autoritario por falta de posibilidad crítica[160]. La teoría de bienes jurídicos, aunque no pueda explicarlo todo y tenga insuficiencias, sigue siendo, entonces, preferible a la teoría funcionalista de JAKOBS pues ésta no es capaz (ni quiere serlo) de poner límites a la intervención punitiva del Estado. Es cierto que un "Derecho penal restrictivo" constituye una "opción de política jurídica"[161], pero, como precisamente intenta la postura "garantista", la "opción" debería estar incluida ya en la misma dogmática penal para evitar, "desde adentro", la arbitrariedad, la manipulación del Derecho penal.

2.- La *base filosófico-jurídica* de JAKOBS, su "normativismo", quiere prescindir por completo de la naturaleza y de la individualidad para definir a la "sociedad" [162], pues –como él mismo afirma- quiere encontrar solamente lo característico de ella. Por eso, no trata tampoco el tema de la legitimación del orden social existente pues presupone que éste –como quiera que haya surgido- sería siempre uno que se determine según su utilidad para las preferencias subjetivas; con el sometimiento de los individuos a las tareas grupales (reparto de roles), las reglas se transformarían en "normas" y los individuos en "personas"[163]. Pero se

---

160 Como acertadamente enfatiza MIR PUIG: "Mientras que el concepto político-criminal de bien jurídico condiciona la legitimidad de una norma penal a que sirva a la protección de valores que la merezcan, la concepción de Jakobs invierte en cierto modo el planteamiento y convierte la norma en objeto en sí mismo legítimo de la protección penal: la norma pasa de instrumento que necesita ser legitimado por su fin, a fin en sí mismo legitimado"; ver "Valoraciones...", p. 79.

161 JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 69.

162 Tradicionalmente, las dos formas de concebir a la sociedad se remiten a Hobbes o a Kant; en el primer caso, bajo una deducción causal de la sociedad, como una "coexistencia ordenada", en el segundo, bajo una deducción trascendental de la sociedad, como una "vida común integrada". En Hobbes, la sociedad se deduce partiendo de la naturaleza por la necesidad de conseguir la paz a través de un instrumento de intimidación: el Estado. Kant no cree que se pueda deducir a la sociedad a partir de la naturaleza; la sociedad sería el medio de desarrollo de la razón; la razón llevaría al ser humano a vivir en una sociedad con otros seres humanos para cultivarse, civilizarse y moralizarse a través del arte y la ciencia. Ver la exposición de KARGL, "Das Recht der Gesellschaft ...", p. 53 y ss.

163 Ver la exposición de la teoría social de Jakobs en KARGL, "Das Recht der Gesellschaft...", p. 56 y ss., 66.

pasa así por alto que este "déficit en la explicación de la génesis", que libera al concepto de "sociedad" de la "naturaleza", tiene el resultado de "liberar" al Estado de la contradicción y el consenso de los sujetos[164].

A esto replica JAKOBS que es cierto que su teoría se interesaría en primer lugar por el "mantenimiento del sistema", pero que, a través de éste, también incluiría al "sujeto libre". O sea, la tesis de Jakobs sería "neutral" a la cuestión del "sujeto libre"; si el sistema lo considerara (lo que ocurre en sistemas de Estado de Derecho), entraría a tallar; si no, no[165]. Ante la crítica de que el "sujeto libre" debería constituir el contenido principal del Derecho penal, Jakobs observa que la "subjetividad" siempre se desarrollaría en una "socialidad"; no existiría una contradicción "libertad" versus "colectivismo", pues recién la "sociedad" otorgaría las condiciones objetivas para la "subjetividad"; luego, afirma él: "... sin proceso de comunicación no se generan sujetos libres"[166]. La perspectiva social-funcional no sería hostil al sujeto, sino lo consideraría realistamente dentro de la sociedad. Por ello no debería ser confundida con un modelo social de orientación colectivista o totalitarista; el modelo propuesto sería *neutral*, no estaría atado a un modelo social determinado pues –según Jakobs- pueden ciertamente existir sociedades colectivistas organizadas de manera "funcional" o "disfuncional", como también puede ocurrir ello en sociedades liberales[167]. La "fuerza de autoconservación" del Derecho penal sería irrenunciable. Por ello, una retirada del Derecho penal para dar paso exclusivamente a medidas jurídico-civiles sería inadmisible, pues no solamente revelaría una crisis del ius puniendi sino también de lo público[168].

Pero en contra de lo que afirma JAKOBS, su teoría no puede ser "neutral", pues ha dejado de aplicar el funcionalismo como mero "método de observación" de un statu quo determinado (el "ser") para

---

164 Perspicaz crítica resumida de KARGL, "Das Recht der Gesellschaft ...", p. 66.

165 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 27.

166 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 27 y ss., 29.

167 "Quien sólo sabe que una sociedad está organizada de modo funcional, no sabe nada acerca de su configuración concreta... Pero sabe una cosa, sabe que esa sociedad posee y usa de un instrumentario para tratar losconflictos que se producen de forma cotidiana, como, por ejemplo, los delitos, de tal forma que los contrapesos desplazados vuelvan a estar en equilibrio"; JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 31.

168 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 31.

representar un "criterio de decisión" (el statu quo como sistema funcional debe ser mantenido); con ello llega a confundir "facticidad" con "normatividad": la "facticidad" como aspecto inherente a las ciencias sociales no puede sustituir a la argumentación normativa propia del Derecho; la "decisión" sobre un determinado fin solamente puede hacerse desde criterios valorativos[169]. Al definir al "individuo" a partir de la "sociedad", al no asumirlo en su subjetividad, al considerarlo un elemento más del sistema, existe en verdad una identificación con una visión organicista de la sociedad en la cual "...los intereses del individuo son reconocidos en tanto vienen atribuidos por la misma y, por tanto, pueden ser sacrificados –funcionalizados- en aras del interés superior de la perpetuación del todo social"[170]. Y es que el concepto mismo de "individuo" está indefectiblemente ligado a "principios"; un método que parte del "individuo", del conflicto entre individuos (intersubjetividad) tiene que desarrollar una "lógica intersubjetiva" que lleva al reconocimiento de principios garantísticos no contingentes. Pero si se prescindiera de esta consideración intersubjetiva, si lo único que importara fuera el sistema, no tendría cabida la idea de "conflicto" entre intereses subjetivos contrapuestos, ya que solamente interesaría un sujeto: el sistema[171]. De esta manera, por lo demás, se desatendería la "relación dialéctica" existente entre el "sujeto" y la "sociedad", una actitud de parece estar influida por la creencia en el mito, nunca probado, de que la totalidad (la sociedad) sería más que la suma de sus partes (los individuos)[172].

3.- Vinculada con las dos anteriores críticas está la que acusa a la posición de Jakobs de postular un fuerte *conservadurismo* e incluso le

---

169 ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 243 y ss., 259. La crítica se dirige básicamente al planteamiento de la "responsabilidad subjetiva" (culpabilidad) que viene definida "desde arriba", o sea desde las necesidades de estabilización del sistema; en cambio la teoría de la pena de Jakobs, entendida como "prevención general positiva" (protección de expectativas mnormativas, reafirmación de víctimas potenciales en la confianza de la vigencia de la norma), eventualmente podría ser compatibilizada con premisas liberales, aunque la formulación no deje de ser, por sí misma, vacía (todo Derecho debe tender a la "protección" de normas jurídicas emanadas de una sociedad); ver ibídem, p. 246, 249 y s. También niegan "neutralidad" a la concepción funcionalista-sistémica de Jakobs, PORTILLA CONTRERAS, p. 107 y s.; MIR PUIG, p. 78 y s.

170 ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", c. más ref., p. 240; expresamente rebatiendo la respuesta de Jakobs, p. 243 y s.

171 Cfr. ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", c. más ref., p. 242.

172 LÜDERSSEN, "Strafrecht zwischen Funktionalismus...", p. 883 y s.

llega a atribuir un carácter fascista debido a su acriticismo y a la posibilidad de que legitime regímenes autoritarios.

JAKOBS responde que es cierto que toda sociedad organizada funcionalmente tiende a proteger sus normas, pero eso no iría en contra de su teoría, pues ella solamente quiere describir el funcionamiento comunicativo de la sociedad, no avalarla o cambiarla de manera revolucionaria. Y esta explicación funcional aséptica sería plausible tanto en una sociedad liberal como en una esclavista o en el Derecho de las Américas o en el sistema de la Alemania comunista[173].

Al Derecho penal solamente le correspondería una función interpretativa hasta el límite de poder evidenciar los alcances de nuevas regulaciones legales y si estas van a tener un efecto positivo o negativo desde la perspectiva de las valoraciones previas a ellas; no sería tarea del Derecho penal, sino del Derecho público "decidir" si las regulaciones constituyen una criminalización excesiva o innecesaria o si existiría un vacío de protección[174]. El Derecho penal "... es impotente frente a los cambios políticos de valores, y no puede optar a favor de los cambios políticos de valores"[175]; la legitimidad de una teoría determinada (la de "bienes jurídicos" o la de "protección de normas") "...sólo son tan legítimas como lo sea el estadio de evolución de la sociedad cuyo Derecho retratan"[176]. Es más, JAKOBS dice que pretender establecer un "orden nuevo" con el Derecho penal, y no solamente reconocer el "orden existente", desconocería "...la libertad de los individuos no vinculados por un orden real en ambos lados, tanto en el lado de las víctimas como en el de los autores"[177].

Ahora bien, aunque sea cierto que JAKOBS mismo no haya propuesto ni busque proponer una concepción autoritaria del Estado, lo cierto es que, debido a sus *premisas metódicas*, contiene una "potencialidad" de

---

173 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 32 y s.

174 Cfr. JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 33.

175 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 34. En una fórmula resumida dice (traducción libre): "El Derecho penal solamente puede preservar una configuración normativa existente, mas no llevar a mejores tiempos", ver en "Das Selbstverständnis...", p. 55.

176 JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 70.

177 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 73 y s.

política criminal autoritaria independientemente de sus intenciones[178]. Ello es así porque sus propuestas no son ni pueden ser "neutrales" pues ya su "descripción" inicial del funcionamiento social (como toda teoría de la sociedad) contiene una decisión valorativa, un concepto de "deber ser" escondido dentro del concepto de "función": el "bien", el fin, es concebido como el "mantenimiento del sistema"; su "política criminal" apunta a mantener el "estado actual del deber ser" en el sentido de "optimización de la práctica de reconocimiento normativo"[179]. Un análisis del Derecho penal, basado en conceptos provenientes de la sociología, como pretende JAKOBS es, por cierto, metodológicamente posible (no lo afecta la objeción de la "falacia naturalista"[180]), pero –como acertadamente afirma ALCÁCER- "... la cuestión es si deben o no asumirse las premisas valorativas de la teoría funcionalista de sistemas, dadas las implicaciones y consecuencias que pueden derivarse de ello"[181]. Y es que el método funcionalista de JAKOBS, peligrosamente, "voltea la tortilla" al hacer que la "racionalidad valorativa" dependa de la "racionalidad instrumental" porque los principios éticos y las garantías limitadoras recién obtendrán su vigencia y su contenido cuando sean funcionales a la conservación del sistema[182]. En la opción entre el "individuo" y la "sociedad", JAKOBS se decide a favor de esta última, y ni siquiera prevé una teoría del Estado que excluya tendencias autoritarias[183]. Proceder así

---

178 ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 256. MIR PUIG, "Valoraciones...", p. 79; BOCK, p. 645, 649.

179 BOCK, p. 648 y s.; ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 233 y ss., esp. 238 y s.

180 La "falacia naturalista" es la que se produce cuando, en la argumentación lógica, se derivan del "ser" consecuencias para el "deber ser". O sea, de la observación de "premisas fácticas" sería falaz obtener "criterios normativos" (estos últimos solamente pueden provenir de otra decisión normativa previa). Ver c. más ref. ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 231 y ss. Pero precisamente en el "funcionalismo sistémico" existe, aunque se niegue esto, una decisión valorativa previa. P. ej. al observar "funciones" en determinada "realidad de la naturaleza", en realidad, no se está haciendo una "constatación fáctica" (no existen funciones intrínsecas a la física de ningún fenómeno), sino se está asignando a lo observado una "finalidad" basada en un "esquema de valores" del observador. Ver, c. más ref. ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 238 y s., esp. nota 41.

181 ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 239.

182 Cfr. ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 241.

183 El problema se traslada de la dicotomía individuo-sociedad a la dicotomía "sociedad"-"Estado", pues este último debe ser concebido de tal manera que no desarrolle una dinámica sobredimensionada (sobrerepresión, Derecho penal simbólico) ni subdimensionada (falta de protección de bienes jurídicos); ver LÜDERSSEN, quien

es ciertamente posible en el análisis del "ser", pero, para poder formular prescripciones de "deber ser" se tiene que ir de la mano con la introducción de límites (a la punibilidad) derivados de criterios axiológicos orientativos; si no se hiciera esto, se caería en el "decisionismo". En ese sentido, la teoría de JAKOBS tiende a mantener el statu quo, a ser acrítica y, por lo tanto reaccionaria[184].

La construcción meramente normativo-funcional de las categorías jurídicas son extrañas a un *control externo*, a una constatación empírica. Precisamente, el reconocimiento de lo ontológico y de valores como base de la cual parte el Derecho tiene la finalidad de no dejar desamparado al ciudadano frente a la posible manipulación (históricamente experimentada) del Derecho. Así, el concepto de "bien jurídico" no es una construcción gratuita que pueda ser reemplazada con la "lesión de la norma", pues sólo el concepto de bien jurídico permite controlar al legislador y al intérprete en la formación y la aplicación de las leyes penales.

JAKOBS replica que él tampoco busca una "constatación empírica" a la "estabilización de normas" pues no sería necesaria desde la perspectiva normativa.

Pero, de esta manera, la teoría funcionalista se vuelve extremadamente *positivista y formal*; el "intérprete", en contra de lo que tradicionalmente ha entendido la doctrina jurídica, solamente se limitaría a describir, explicar el sistema positivo de normas de una sociedad determinada, sin introducir, de ninguna manera, "consideraciones valorativas" de sobre cómo debería ser conformada la sociedad[185]. Esto vuelve al tema del "conservadurismo", pues para JAKOBS, la sociedad, tal como está, es un "ser" que solamente debe ser analizado, no valorado; las valoraciones vendrían recién con la "política criminal" y no con el Derecho penal mismo; y este último no se verá afectado por las valoraciones del primero. Es decir, JAKOBS vuelve a separar estrictamente Política

---

propone para ello una "teoría de la experiencia", "Strafrecht zwischen Funktionalismus...", p. 892 y s.

184 ALCÁCER, aunándose a otras voces críticas conocidas, "Facticidad y normatividad", p. 256 y s.; PORTILLA CONTRERAS, c. más ref., p. 108

185 ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 252 y ss.

Criminal y dogmática penal[186]. Pero esto no es fácticamente viable porque ya hace tiempo se ha demostrado que no es posible una mera "subsunción formal" de la ley penal (la interpretación dada por el operador del Derecho siempre tendrá que recurrir a un razonamiento teleológico y valorativo)[187].

El potencial conservador de la teoría de JAKOBS puede llevarlo a sacrificar al "individuo" frente al interés primordial de "estabilizar el sistema". Ello se mostraría de manera patente –y JAKOBS lo ha expuesto así sin ambajes- en la "culpabilidad" y en la "fijación de la pena"[188].

4.- La *prevención general positiva*, como tarea del Derecho penal, como ya se dijo, consistiría, para JAKOBS, en afirmar ante todos los individuos la validez (o vigencia) de valores fundamentales (bienes jurídicos) con lo cual se da forma a un juicio ético-social entre ellos y se fortalece su "fidelidad al Derecho". No se trataría de crear miedo, sino de tranquilizar mediante una pena que restablezca la vigencia de la norma afectada con la finalidad de posibilitar la convivencia pacífica de los ciudadanos en sociedad[189].

Esta idea de preservación de la "vigencia de la norma" atribuida a JAKOBS, lleva a la aplicación también funcionalista de la prevención como atribución a cambio de la "culpabilidad". Pero una concepción tal sería muy peligrosa, pues, si se quieren limitar los peligros de la prevención general (la extralimitación en las penas), no se puede prescindir del "principio de culpabilidad" tal como ha insistido continuamente ROXIN[190]. Por otro lado también se podría objetar aquí el carácter total-

---

186 Cfr. ALCÁCER, c. más ref., p. 253 y s.

187 ALCÁCER, c. más ref., "Facticidad y normatividad...", p. 254 y s. El "teleologismo" de Jakobs se reduce a la "estabilización del sistema normativo" no dice nada pues todo sistema jurídico busca siempre un "reconocimiento" de validez; esa "finalidad" seguirá vacía de contenido mientras no diga cuál es el medio para que se consiga llevarla a cabo (¿el terror, la internalización de valores, etc.?); ver ibídem, p. 255.

188 ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 258 y s.

189 JAKOBS, describiendo el delito como contradicción de la norma, se refiere a la necesidad de garantizar "orientación en la vida social" de los ciudadanos que interactúan en la sociedad; el delito perturbaría esto y la pena tendría que confirmar a los que confían en las normas que estas siguen teniendo vigencia; ver "Strafrecht A. T.", p. 6 y ss.

190 Ver últimamente, c. más ref., "Strafrecht A. T.", p. 59 y ss., n. marg., 48 y ss.; "Dogmática penal y política criminal", p. 171 y ss.

mente acrítico de esta concepción pues presupondría la bondad de los "valores" previamente dados cuya fidelidad se quiere asegurar. Además, en relación con la "prevención general negativa" esta teoría implicaría, en realidad, solamente un cambio de formulación: sea que se hable de "motivación" o "fortalecimiento de la fidelidad al Derecho", ellos constituyen los efectos deseados, pero desde la perspectiva del ciudadano la pena implica también "intimidación" dentro de este marco, además de un uso instrumental con fines ajenos al individuo en aras de un sistema de normas declarado como el bien de mayor nivel moral[191].

La crítica inicial a la formulación inical de la "prevención general positiva" de JAKOBS, sin embargo, ha perdido algo de actualidad, ante la nueva formulación expuesta por éste en un sentido incluso más radical en apego a la doctrina filosófica de Hegel. Ahora ha prescindido por completo de toda "finalidad" de la pena, pues ella solamente buscaría la *estabilización de la norma*. La pena no tendría por qué perseguir un fin determinado, sino se legitimaría únicamente a través de la necesidad de marginalizar la afirmación que hace el delincuente con su hecho ("la norma no vale") mediante una contraafirmación objetivada en la pena ("la norma sí vale")[192]. Se había criticado a Jakobs que el criterio rector la de "estabilización del sistema" (delito sería todo lo que atenta contra esto) sería de difícil, si no de imposible constatación empírica[193]. Ahora esta crítica ya no lo alcanza (ni la de su identificación con la prevención general negativa), pues, como él mismo admite, el fenómeno de la "confirmación de la identidad" logrado por el Derecho penal no puede aprehenderse empíricamente; ni tampoco interesaría esto: la vigencia perturbada de la norma se reestablecería solamente en el plano de la comunicación[194].

---

191 Cfr. KARGL, "Handlung und Ordnung", p. 568 y s.

192 GÜNTHER, "Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe", p. 205; SCHÜNEMANN, "La relación entre ontologismo...", p. 646 y s. La crítica se dirige fundamentalmente a la última versión del funcionalismo radical de Jakobs (antes postulaba la "prevención general positiva") que, según la observada por Schünemann (ver ídem, p. 645), empezó a regir desde 1992.

193 Así, SILVA SÁNCHEZ, quien destacaba inicialmente la "potencialidad reaccionaria" de la teoría de Jakobs; ver "Aproximación", p. 70. Pero en últimas publicaciones se ha acercado a esta postura de Jakobs; ver en especial "Die Expansion des Strafrechts".

194 JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 21.

Pero con esta nueva posición, JAKOBS cae en la *tautología y la circularidad* criticadas, en general, al funcionalismo de Luhmann, pues "la finalidad del Derecho de ejercitar en el reconocimiento de la norma no es más que la pretensión de respeto a que tiende todo sistema de normas prescriptivas... Con afirmar dicho fin no se ha dicho aún nada puesto que no se explicita cómo debe llevarse a cabo", o sea, qué mecanismo va a entrar en acción para proteger la "expectativa normativa"[195]. Para responder a esta pregunta se tendrá que volver a introducir la noción de "finalidades preventivas". Además, esta "forma cómo" debería poder ser constatada empíricamente en cuanto al cumplimiento de los fines; la "validación empírica" es un criterio insustituible de legitimación en la teoría de los fines de la pena[196]. Con ello, el sistema funcionalista dejaría de ser "cerrado" tal como lo pretenden sus defensores. Y en efecto, el propio JAKOBS no puede evitar recurrir a criterios "valorativos" para concretar el "fin" de "estabilización del sistema jurídico". Así, ya la finalidad de proteger la "vigencia de las expectativas" de seguridad de los ciudadanos frente a eventuales lesiones de sus interese" implica una cierta concreción, aunque todavía no se precisan los "medios"[197]. Por cierto que resulta dudoso que estos "medios" puedan ser encontrados alguna vez y que la teoría funcionalista radical no pase de proporcionar meras "consideraciones de plausibilidad" sobre los efectos reales de la prevención general positiva[198].

Por otro lado, SCHÜNEMANN critica el error metodológico de deducir de la "lesión a la norma", automáticamente, la "sanción penal

---

195 ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", c. múlt. ref. de literatura sociológica y filosófica, "Facticidad y normatividad...", p. 250, 251 y s. La "circularidad" está en que el "telos" perseguido en el sistema de Jakobs no puede concretarse sino remitiendo otra vez a las normas positivas de la cual fue extraído; ver ibídem, p. 255. También críticamente, en el mismo sentido, respecto al fin "aseguramiento de la existencia" que, en principio, sostiene Jakobs, LÜDERSSEN, "Strafrecht zwischen Funktionalismus...", p. 885. Este último autor encuentra, sin embargo, elementos en el análisis de Jakobs (particularmente en su definición de "comunicación personal" y en la "culpabilidad") que demostrarían que no habría desvinculado por completo la tarea del Derecho penal de los intereses individuales en la sociedad; más bien, Jakobs, a diferencia de las doctrinas dominantes tradicionales, solamente iría a un mayor grado de abstracción, a una mayor generalización de la protección de los individuos (diferencia cuantitativa); ibídem p. 881, 887, 891.

196 ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 259; BOCK, p. 654 y s.

197 ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 256.

198 BOCK, p. 655 y s.

específica" dado que la gran mayoría de lesiones a la norma quedan impunes[199]. La base misma de la dogmática penal postulada por JAKOBS se manifiesta aquí en toda su crudeza: la pena no tendría un fin sino que ella constituiría ya por sí misma el alcance de un fin (método de "reducción medio-fin desde el fin"). Ante esto SCHÜNEMANN opone que "... en una justicia que alcanza su fin mediante su mera existencia no hay lugar para una política criminal en el sentido de acreditación y control a través de persecución de fines demostrable empíricamente"[200]

La nueva posición de JAKOBS sobre la "función de la pena" no es por cierto consecuencia vinculante con sus otras propuestas. Se puede llegar a conclusiones similares desde posiciones más bien tradicionales. Así, los que postulan un carácter "simbólico-expresivo" de la pena coinciden en afirmar que la pena *también* tendría una función "estabilizadora" de normas (aparte de atender a la víctima y reprochar al delincuente) pues se dirigiría igualmente a la generalidad a la cual comunicaría que la conducta constituye un injusto y no un accidente, que esta conducta no es aceptada y que la responsabilidad por ello no recae ni en la víctima ni en la generalidad[201]. Y tampoco esta "prevención general positiva" es nueva, pues presenta notables coincidencia con la "teoría de la anomia" de Durkheim, la cual también entendía que ante una "conducta desviada" como el "delito" se debía reforzar la consciencia colectiva mediante una desaprobación simbólica, ceremonial y pública[202].

5.- La concepción de la *culpabilidad* de JAKOBS es inaceptable por varios motivos. En primer lugar, no convence su afirmación de que la "culpabilidad" en el sentido de la "retribución", no sea capaz de proporcionar una *medida de la pena*, que ésta recién pueda obtenerse a través de finalidades externas (preventivas); esta afirmación no demuestra, en todo caso, que el "principio de culpabilidad" sea innecesario y que, obligatoriamente, se tenga que admitir un "concepto funcional de culpabilidad" en el sentido de "práctica en la fidelidad de la norma"[203].

---

199 SCHÜNEMANN, "La relación entre ontologismo...", p. 647.
200 SCHÜNEMANN, "La relación entre ontologismo..", p. 648.
201 GÜNTHER, quien cita expresamente a Jakobs, p. 218 y s.
202 Observación de BOCK, p. 636.
203 BOCK, p. 638 y s.

Tal afirmación parece contener, más bien, una confusión. Y es que, tal como hace la doctrina penal alemana desde mediados de los 70, debe distinguirse la culpabilidad como "fundamentadora de la pena" (principio de culpabilidad) de la culpabilidad como criterio de "medición de la pena"; esta última función puede discutirse en cuanto a sus alcances[204]. La crítica de JAKOBS apunta a esta última función, pero descuida la primera[205] aparte de que tampoco el funcionalismo radical pueda por sí mismo garantizar una "medida" de pena justa si solamente se basara en el criterio empíricamente indemostrable de lo "necesario" para mantener la "fidelidad normativa"[206].

En segundo lugar, precisamente esta función de "principio" de determinación del "si" de la pena que cumple el "principio de culpabilidad", lo hace irrenunciable para el Derecho penal pues, gracias a él se tiene una garantía ante las posibilidades de abuso, arbitrariedad, de instrumentalización (incluso con fines sociales) del ciudadano. Por eso se afirma categóricamente que el "principio de culpabilidad" está al mismo nivel que el principio constitucional de la "dignidad humana": el ser humano no debe ser instrumentalizado para servir a intereses sociales de estabilización[207]. La "culpabilidad" tiene que poner un límite límite a toda política criminal y al derecho positivo así sean estos entendidos en el sentido de que pretendan solamente una "práctica de reconocimiento normativo". Es más, este principio exige que la ley, en el fondo, solamente tenga un "carácter declarativo" y que no sobrepase el entendimiento material que se tenga de la culpabilidad (una "consciencia del injusto anterior a lo positivo", un "mínimo ético", etc.)[208]. El que la ley vigente, a veces, no respete este principio, es un asunto diferente y no afecta al análisis sistemático-funcional[209].

---

204 Enfatiza en esta distinción, c. más ref., ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 747, especialmente criticando la tesis de Jakobs, p. 739.

205 Por eso BOCK dice de la crítica de Jakobs a la teoría tradicional de la culpabilidad (para identificarla luego con la "prevención general positiva") que implicaría una "batalla aparente en escenarios secundarios"; p. 639.

206 Cfr. BOCK, p. 656.

207 ROXIN, c. más ref., "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 724 y ss.; igualmente el mismo autor en: "El principio de culpabilidad...", p. 171 y ss., y "Problemas actuales...", p. 66; BOCK, p. 642.

208 BOCK, p. 646 y s.

209 Cfr. BOCK, p. 646 y s.

6.- La distinción entre *individuo y persona*, que pretende diferenciar entre estado natural y sociedad, entre hecho y validez, instrumentalidad y normatividad, resulta artificial cuando –como ocurre con la teoría de Jakobs que prescinde del origen de lo común- la norma social se llega a transformar en un factum en estado natural, cuando el ser de la persona se agota en su inclusión en un hecho social[210]. Aunque Jakobs afirme que el ordenamiento del deber ser social que postula surgiría cuando la norma contenga el parámetro que sirva para la "comunicación" (o sea, la descripción de la conducta que interesa a todos cumplir y hacer respetar) y que las prohibiciones que no cumplan con esta comunicación social no serían normas (sino solamente imposiciones que contienen dichos sobre consecuencias desventajosas), estas afirmaciones no pueden prescindir de los individuos: si se prescindiera de los individuos, el ordenamiento conceptuado se asemejaría a un suceso natural, nada impediría que el orden normativo mismo contenga "violencia" (arbitraria), pues tampoco existirían parámetros para definir cuándo esta violencia se presentaría[211].

Por otro lado, transladada a lo penal esta diferenciación entre persona e individuo, tropieza con contradicciones. Así, cuando la "persona" hubiera infringido la norma (defraudación de expectativas), lo lógico sería retirarle su "personalidad"; el delincuente se habría excluido por sí solo de la sociedad. Pero esto resultaría desproporcionado y llevaría a consecuencias inhumanas; por eso, Jakobs tampoco quiere esto; pero si el infractor de la norma continúa siendo persona, ¿cómo es posible, lógicamente, que una "persona" que por definición realiza conductas correctas pueda infringir la norma? Jakobs ofrece la salida de distinguir entre "personalidad material" (la que actúa de conformidad con la norma) y "personalidad formal" (la de aquél que infringe la norma pero tiene la aptitud de participar en el esquema del deber ser). Esta es una solución que suena artificial, sobre todo, cuando en otro desarrollo de su

---

210 Cfr. KARGL, "Das Recht der Gesellschaft ...", p. 60 y ss.

211 Cfr. KARGL, "Das Recht der Gesellschaft ...", p. 62. Jakobs solamente pone un límite a la "carga" que supone el ser "persona": cuando la sociedad exija del individuo el sacrificio de su propia existencia, la "persona" puede recurrir al "mundo instrumental", se volvería "individuo" (Jakobs denomina a esto: "la salida del individuo") y el "grupo" toleraría esto.; ver ibídem.

doctrina JAKOBS sí admite que "personas" que delinquen puedan autoexcluirse y transformarse en "enemigos" (ver el punto 8).

También hay con la concepción de la "pena" y la "medida de pena" propuestas por JAKOBS. Según él, como la infracción de la norma (y con ello la negación de las condiciones de la vida en común) y la consecuencia jurídica ocurrirían en el mundo normativo, no sería tarea del Derecho penal la "dirección de conductas"; la "pena" solamente podría tener la tarea de "negar" el "significado" dado a la norma vigente que el delincuente haya expresado con su conducta. Pero, como ya se dijo, esta concepción contiene el peligro de la "desproporcionalidad" de la pena, peligro que no puede ser rebatido con los argumentos de JAKOBS de que frecuentemente no existiría el peligro de que se imite la infracción de la norma y que la medida de la pena tendría que orientarse en la medida de la "negación de personalidad objetivada en el hecho". Al primer argumento se puede contestar que la determinación de si existe o no un "riesgo de imitación" sería arbitaria y llevaría a comtradicciones valorativas en cuanto a la gravedad de los distintos delitos (p. ej., los homicidios tendrían una menor pena que los hurtos); y al segundo argumento se puede reprochar una grave incongruencia: no es compatible con la definición normativa de "persona" la posibilidad de graduar la "negación de personalidad"; se necesitarían parámetros cuantitativos sin saber cuál es su origen[212].

Por lo visto, el mismo JAKOBS, al final, no puede tampoco dejar de recurrir a algún elemento "individual-psicológico" a la hora de definir la "comunicación personal", pues admite que en el "proceso comunicativo" tendrían que considerarse "la unidad y la complejidad de la cons-ciencia"[213].

---

[212] Ver la crítica de KARGL, "Das Recht der Gesellschaft ...", p. 65.

[213] JAKOBS, "Strafrecht zwischen Funktionalismus...", p. 874, nota 70, al final. LÜDERSSEN, de quien parte esta aguda observación, atribuye, por eso un "eclecticismo mínimo" en las tesis de Jakobs que, apartándose con esto de su fuente sociológica (Niklas Luhmann), llevaría a admitir el carácter originario del sujeto; ver "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus...", p. 887 y s.

7.- También puede discutirse la validez y posibilidad de aplicación práctica de conceptos funcionalistas como *comunicación* y *estabilización de la confianza en el ordenamiento normativo*.

El concepto *comunicación*, como elemento del "sistema social" ha sido tomado por JAKOBS de la teoría social de Niklas Luhmann, quien pretende, excluyendo todo lo ontológico y en un nivel muy abstracto que sirva luego de modelo universal, explicar la "sociedad" como sistema autopoiético, o sea con capacidad de autoobservación, autodescripción, autoorganización e incluso, autodirección[214]. Un sistema autopoiético como el propuesto por Luhmann es, por cierto, cerrado y circular, lo cual se opone, ya desde el principio, al entendimiento usual del Derecho como sistema "abierto"[215]. Pero también es discutible la desvinculación de los "sistemas" (supuestamente autopoiéticos) analizados; en el caso de un sistema social en concreto, éste estaría desvinculado de otros sistemas, tanto sociales como individuales. En lo que interesa al Derecho, que funcionaría a través de la "comunicación", la desvinculación de los sujetos de tal "comunicación", o sea la total desubjetivización, tendría implicancias éticas inaceptables pues privaría al sistema social de su "base vital", de su relación con "valores" y de una posibilidad de controlar la eficacia del sistema jurídico con lo cual se tiende al "legalismo"[216]. La referencia al "sujeto" es, entonces, indispensable en todo modelo explicativo de la sociedad o de un elemento de ella (como el Derecho, en general, o el Derecho penal, en particular) para poder encontrar las causas y los mecanismos de lo analizado, pues, de lo contrario, el modelo solamente podrá explicar los "efectos" (déficit explicativo de la génesis) de una diferenciación funcional en la sociedad; las estructuras (sociales) no tienen actividad propia sino se modifican recién con la actuación de individuos y actores colectivos[217]. Como

---

[214] Ver ref. en KARGL, quien advierte que, entre las distintas posibilidades de entendimiento del concepto "autopoiesis", la de Luhmann llevaría a admitir incluso una "autorreproducción del sistema", con lo cual éste se transformaría en un "supersujeto"; "Kommunikation kommuniziert?", p. 356 y ss., esp. 358.

[215] KARGL,"Kommunikation kommuniziert?", p. 360.

[216] KARGL, c. más ref., "Kommunikation kommuniziert?", p. 353, 363, 370 y ss., esp. nota 78.

[217] KARGL, c. más ref., "Kommunikation kommuniziert?", p. 370 y ss., esp. notas 78 y 89.

resume KARGL: no es la "comunicación" la que comunica, sino los "sujetos"[218].

El concepto *estabilización de la confianza en el ordenamiento* resulta arbitrario y contraproducente para los propios fines funcionalistas. Por un lado, este concepto (o finalidad) no es accesible a una medición empírica (¿cómo medir que se ha conseguido el mínimo de estabilización?) y queda en manos del libre arbitrio del legislador o del juez; por otro lado, si se divulgara entre la población que la punibilidad no dependería de la actitud con la que se actúe sino de factores externos a los ciudadanos, el resultado será precisamente una falta de estabilización de la confianza en el ordenamiento[219]. En la práctica judicial, sería, por ejemplo, impensable e incomprensible para el afectado que el juez fundamente su resolución afirmando que, aunque no tiene pruebas de que el sujeto haya actuado "queriendo" el resultado producido, se le va a imponer una pena para reforzar la confianza de los ciudadanos en la validez normativa[220].

Y es que el problema de aplicación práctica de este concepto funcionalista radica precisamente en su naturaleza, o sea en su carácter "latente". Desde que deja de ser "latente", pierde eficacia; o sea, para que "funcione" la pena como reafirmación en la vigencia del ordenamiento normativo, este objetivo –si fuera el único- tendría que permanecer "oculto" a los ciudadanos, pues si ellos lo conocieran, precisamente dejarían de actuar en el sentido que se quiere[221]. La racionalidad de los ciudadanos es diferente a la de un Derecho penal funcional; a los primeros les interesan sus propios objetivos y valores, entienden un código moral que está mejor representado por la "culpabilidad" entendida como pena justa derivada de haber haber hecho algo "malo" (con dolo o con imprudencia), y no como pena dirigida a mantener la fidelidad normativa en los ciudadanos[222].

---

[218] KARGL, "Kommunikation kommuniziert?", p. 373.
[219] ROXIN, "Strafrecht. A. T.", p. 739 y s.
[220] BOCK, p. 651.
[221] Cfr. BOCK, quien analiza el problema de la "latencia", p. 649 y ss.
[222] Cfr. BOCK, p. 652 y s.

El entendimiento jakobsiano de la "prevención general positiva" pone de manifiesto el *riesgo de irracionalización* derivado de la aplicación de métodos sociológicos al Derecho penal. Al considerar al Derecho penal como un medio más de "control social", también se quiere equi-parar funcionalmente las llamadas "funciones latentes" (efectos que también sirven a la estabilidad social pero no son perseguidas o asumidas conscientemente; p. ej. la venganza) con las "funciones manifiestas" (las perseguidas conscientemente y aceptadas por la generalidad) de la pena. Pero esto va en contra del garantismo más elemental pues supone sustituir la legitimación derivada de un consenso real por la producción estratégica de un consenso ficticio. Por eso afirma ALCÁCER enfática y acertadamente: "... el lenguaje de la *racionalidad sistémica*, basado en el código binario de lo funcional/disfuncional, no es traducible al lenguaje de la *racionalidad intersubjetiva*, en el cual la comprensión de lo social y, por ello, de lo jurídico, parte de la idea democrática de creación intersubjetiva del Derecho, del mutuo reconocimiento de derechos entre los individuos y, por tanto, del establecimiento de principios no instrumentalizables en aras de la sociedad"[223].

8.- En un ulterior desarrollo de la distinción entre "individuo" y "persona" JAKOBS ha comenzado a desarrollar lo que él denomina *Derecho penal del enemigo*. Inicialmente JAKOBS no empleaba una posición tan radical, aunque el contenido de esta idea ya estaba presente en su manual y en contribuciones anteriores a la hora de tratar los "delitos de peligro abstracto" y otros casos de punibilidad adelantada[224].

En sus primeras menciones al "enemigo"[225], afirmaba que un "Derecho penal del enemigo", solamente debería tener legitimidad en un "Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente", y que ello

---

223 ALCÁCER (las cursivas son del original), "Facticidad y normatividad...", p. 261. LÜDERSSEN observa, sin embargo, que los juristas nunca habrían respetado este esquema interpretativo de la sociología; "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus...", p. 877.

224 JAKOBS, "Strafrecht A. T.", cap. 2, n. marg. 25a y ss., p. 46 y ss.; y también en "Bases para una teoría funcional...", p. 209 y ss. (que, recoge su artículo "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", publicado en la revista ZStW 97, 1985, p. 751 y ss.).

225 Ver "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", ZStW 97 (1985), p. 751 y ss. El texto ha sido traducido al español y publicado, en el Perú, en "Bases para una teoría funcional...", p. 209 y s. En el párrafo que sigue, las referencias se refieren a la versión española.

sería, más bien, signo de una falta de "fortaleza del Estado de libertades"[226]. El término "Derecho penal del enemigo" era usado así para criticar, más bien, a la doctrina tradicional y a la legislación penal basada en aquella, que, mediante algunas figuras dogmáticas tratarían al "ciudadano" como un "enemigo". JAKOBS criticaba a la teoría de "bienes jurídicos" por tratar al "autor" como "enemigo del bien jurídico", como fuente de peligro. Además, identificaba que tal tratamiento se presentaría de lege lata en algunos tipos penales como en la "falsificación documental" y la "producción, adquisición o entrega a otro de sustancias radioactivas", en los cuales se "desprivatizarían" las conductas para poder acceder a otro aspecto interno, el de los "planes del sujeto", tratándolo así como "enemigo"[227]. De esta manera, el Derecho penal se habría adelantado para proteger mejor bienes jurídicos, pero penetrando ilegítimamente en el "ámbito interno" de las personas. Por ello resume JAKOBS: "... el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad"[228].

Con motivo de la "Jornada Berlinesa" de 1999, JAKOBS retomó y radicalizó esta idea en el sentido de que, en la situación actual, en la que el "dominio del sistema económico" y la "globalización" exigen a la ciencia penal una "efectividad" en la protección de bienes, una "sociedad consciente de los riesgos" no tendría otra alternativa que construir un "Derecho penal del enemigo", unas "reglas" especiales –distintas de las del Derecho penal del ciudadano- dirigidas a las "no personas" o sea a aquellas que se hayan apartado permanentemente del Derecho[229]. Para estos casos, el "Derecho penal del enemigo" debería prever una amplia anticipación de la punibilidad (delitos de peligro); una pena reducida pero no correspondiente a la anticipación; una legislación penal de "lucha"; y la reducción de garantías procesales. Muchas de estas medidas ya habrían sido tomadas (inconscientemente) por el legislador alemán y admitidas por la doctrina sin mayores problemas y como ha ocurrido con

---

[226] En "Bases para una teoría funcional...", p. 247, 246, respectivamente.
[227] En "Bases para una teoría funcional...", p. 211, 233, respectivamente.
[228] En "Bases para una teoría funcional...", p. 215.
[229] JAKOBS, "Das Selbstverständnis...", p. 47 y ss. En posteriores trabajos ha desarrollado más esta idea; ver, en especial, "Staatliche Strafe...", p. 40 y ss.; "Personalität und Exklusion...", p. 460 y ss., y en: JAKOBS/ CANCIO MELIÁ, p. 21 y ss.

los tipos de "preparación de un delito" (Verbrechensvorbereitung)[230]. En concreto, JAKOBS identifica "enemigos" en las siguientes áreas: según su actitud, en los delitos sexuales y, en supuestos de criminales habituales; según su ocupación, los delincuentes económicos y los de la criminalidad organizada; según su vinculación con una organización, terrorismo, criminalidad organizada, tráfico de drogas, complot para asesinar[231].

La situación de emergencia actual estaría condicionada y tendería a incrementarse por la disminución de fuerza vinculante de la sociedad, derivada de la desintegración de la familia y el "multiculturismo" desintegrador; una sociedad tendrá "enemigos" que circularán abiertamente como tales o "con piel de cordero"[232]. Estas "no-personas" (a diferencia de las "personas" capaces de "comunicación normativa" y cuyos delitos solamente podrían "irritar" internamente a la sociedad) equivaldrían a un "entorno perturbador" (störende Umwelt) y, como no ofrecen la garantía mínima de "cognitividad" para poder ser tratadas como "personas", deberían ser excluidas mediante reglas especiales previstas como una "segunda vía" si se quiere salvar el "Derecho penal de los ciudadanos". La "pena" tendría, entonces, una diferente función preventiva según el destinatario de la norma que se trate: si se tratare de "personas" (participantes de la comunicación), a ellas se dirigirá la "función abierta", "confirmadora" de las normas, a las cuales se les ejecutará de todos modos la pena para "objetivizar" duraderamente la declaración de culpabilidad"; si se tratare de "no-personas" (enemigos), o sea sujetos que solamente actúan siguiendo el modelo de satisfacción/insatisfacción (el homo phaenomenon de Kant), la pena tendrá solamente "funciones latentes", pues de ellas se quiere que aprendan "fidelidad jurídica" o "intimidación"[233]. El "Derecho penal del enemigo" equivaldría a una "guerra", aunque relativizada por la peligrosidad que se atribuya al enemigo ("lo que se tema del enemigo"); mientras más peligrosidad demostrara el "enemigo", más se incrementaría su "despersonalización",

---

230 JAKOBS destaca este ejemplo, con una exposición histórica, y da otros más existentes en la legislación penal alemana vigente; ver últimamente en "Staatliche Strafe...", p. 45 y s.

231 JAKOBS, "Das Selbstverständnis...", p. 52; "Staatliche Strafe...", p. 41 y s.

232 JAKOBS, "Das Selbstverständnis...", p. 52 y s.; también similar en "Personalität und Exklusion...", p. 462 y s.

233 JAKOBS, "Das Selbstverständnis...", p. 50.

tal como habría ocurrido con los prisioneros en Guantánamo[234]. Por eso, afirma JAKOBS, que "constituye la tarea apenas comenzada de la ciencia, el identificar las reglas del Derecho penal del enemigo y, aislarlas del Derecho penal del ciudadano, a fin de poder persistir con más énfasis en este último en el tratamiento del delincuente como persona del Derecho"[235].

En el plano del Derecho penal internacional –siempre según JAKOBS- a primera vista parecería que también se estuviera empleando (aunque sea inconscientemente) el concepto de "enemigo" con la creación de un Tribunal Penal Internacional o jurisdicciones penales supranacionales para juzgar actos de violación a los derechos humanos cometidos por altos funcionarios gubernamentales y militares. En realidad, dice JAKOBS, pese a la apariencia de que la pena tendría aquí la función de "asegurar cognitivamente" la vigencia de los derechos humanos en contra de las infracciones de aquellos sujetos, en realidad, a estos no se les quita la personalidad sino se les estaría "imponiendo una personalidad" ante un ordenamiento todavía inexistente[236]. JAKOBS afirma que por más que se diga que aquí se trataría de confirmar la validez de los derechos humanos, dado que todavía no se habría construido un ordenamiento basado en una teoría consistente de "derechos humanos" vigente en el lugar y en el momento en donde se realizan las infracciones (o sea que sirva de "orientación normativa"), al sujeto se le estaría sancionando no por la "comunicación" que realice en el sentido de quebrantar un ordenamiento establecido, sino por no haber constituido un ordenamiento todavía inexistente; y esto atentaría contra el principio de legalidad y solamente constituiría una "pena en estado natural"[237].

---

234 JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 44.

235 JAKOBS (traducción libre), "Das Selbstverständnis...", p. 53. Entonces, según JAKOBS, debería diferenciarse "limpiamente" entre "ciudadano criminal" y "enemigo"; para el primero regiría el Derecho penal común que espera a que el autor exteriorice su hecho; para el segundo, el "Derecho penal del enemigo" no espera, sino dispone contra él todo lo necesario incluso "años antes" de que cometa el hecho; ver "Staatliche Strafe...", p. 41.

236 JAKOBS, "Personalität und Exklusion...", p. 464 y s.; "Staatliche Strafe...", p. 47.

237 JAKOBS, "Personalität und Exklusion...", p. 465 y s., 467. Recientemente JAKOBS es incluso más contundente: "Al autor se le declara entonces como persona en el Derecho para poder fingir una validez universal de los Derechos Humanos, presentes idealmente, como si ya existieran en la realidad"; "Staatliche Strafe..." (traducción libre), p. 47.

JAKOBS concluye afirmando que él no estaría en contra de establecer Derechos Humanos de validez universal, sino que solamente quiere, fiel a su concepción y terminología, aclarar que por ahora, con los tribunales penales supranacionales e internacionales "no se pena a ciudadanos sino se maltrata a enemigos"[238].

El rechazo de la doctrina alemana ha venido condicionado, en primer lugar, por los términos utilizados por Jakobs, pues recuerdan a los empleados durante el régimen nazi-fascista: "enemigo", "no persona", así como por la afirmación categórica de que no habría "otra alternativa" que recurrir a tal "Derecho penal del enemigo"[239]. Y también ha sorprendido el cambio radical del uso que hace Jakobs con el término "enemigo". SCHULZ ha afirmado por eso que con ello Jakobs habría pasado de una categoría analítica en el sentido de un "así no es" a una categoría de "así quizás sí" o de un "así necesariamente sí"[240].

Pero no solamente la terminología merece un rechazo inmediato, sino también las bases en las que se asienta, así como las consecuencias a las que tiende el reconocimiento de un "Derecho penal del enemigo"[241]. Para el Derecho penal de herencia liberal, todo delincuente, por el hecho de que haya cometido un delito cualquiera no deja de ser "persona" en el sentido de sujeto portador de todos los derechos. En el caso de conductas que, debido a la complejidad de la vida moderna, son especialmente peligrosas, de difícil persecución y de difícil probanza (p. ej. la "criminalidad organizada"), el Derecho penal y el Derecho procesal penal deben, ciertamente, reaccionar de forma "eficiente", pero esto implica solamente un "problema de regulación" ante una "modernización de la sociedad" y una correspondiente "mordernización de la criminalidad"[242]. El hecho de que las leyes se refieran a veces a la "lucha" contra determinado grupo de delitos (en Alemania: tráfico de drogas, terrores-

---

238 JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 48.

239 Observación crítica de SCHÜNEMANN a las primeras discusiones de penalistas alemanas contra esta propuesta de Jakobs, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", p. 211.

240 SCHULZ, p. 659.

241 Ver, en especial, SCHÜNEMANN, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", p. 211 y ss.; SCHULZ, p. 655, 659 y ss.; GRACIA MARTÍN, p. 120 y ss.

242 SCHÜNEMANN, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", p. 211 y s.

mo, delitos económicos, delitos sexuales y otros delitos graves)[243] no obliga a interpretar que el legislador habría optado ya por un "Derecho penal del enemigo" ni menos aún que esto sea legítimo. En última instancia, ante una coyuntural aparición de una serie de casos, siempre podría argumentarse que los individuos se habrían "apartado duraderamente del Derecho". ¿Acaso apenas aparezca un grupo de delitos de especial trascendencia en la actualidad (p. ej. delitos violentos, "corrupción de funcionarios", etc.) debería optarse por tal Derecho penal del enemigo? Además, existe una contradicción notable: si la "persona" es definida por las reglas de imputación del Derecho penal, ¿quién va a definir, si no es el propio Derecho penal, al "enemigo"?[244].

Incluso si solamente se tratara de una "metáfora" para englobar una serie de complejos problemas actuales que requieren una difícil ponderación y el establecimiento de reglas efectivas, es evidente el peligro de "liberación de legitimidad" a la intervención penal en estos casos[245]. JAKOBS es consecuente con sus postulados previos, pero demuestra aquí cómo, bajo su desapego (o rechazo) de criterios legitimadores de un ordenamiento jurídico, su "empirismo" lo lleva a absolutizar cualquier ordenamiento normativo[246].

9.- Pese a los esfuerzos de JAKOBS por construir una *teoría de la justificación* que armonice con sus conceptos de norma, sociedad y Derecho, se observa una conflicto ineludible: ¿cómo se puede evitar que los intereses de las "personas" primen siempre frente a los de los que no son personas (individuos y excluidos) cuando ambos tipos de sujetos entren en conflicto (para los conflictos entre "personas" sí existirían deberes de tolerancia)? Y es que estos últimos, al no ser personas, al formar prácticamente parte de la naturaleza tendrían, lógicamente, que ser sacrificados cuando entraran en conflicto con el "desarrollo de libertades" de las personas (p. ej. en el estado de necesidad, la legítima defensa agresiva, etc.). Por eso no se entiende, en sentido lógico, que JAKOBS tome como ejemplo a una "no persona" como el "feto" para criticar a la doctrina dominante que recurre a la "ponderación de bienes".

---

243 Así argumenta, sin embargo, JAKOBS, en "Staatliche Strafe...", p. 41 y s.

244 Cfr. SCHÜNEMANN, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", p. 212.

245 SCHÜNEMANN, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft...", p. 212.

246 SCHULZ, p. 663.

Según él, dado que el feto no sería "persona" no se le podría atribuir un "defecto de organización" o siquiera exigir un "deber de tolerancia" en el caso en que su vida colisionara con la vida o la salud de la madre; la atención del Derecho penal debería, luego, dirigirse a una "configuración de organización impuesta a la persona" (a la madre). Luego, -prosigue JAKOBS- en un aborto, en realidad, se estaría "excluyendo" al feto como "persona" de la misma manera como se excluiría si se admitiera un "deber de tolerancia" en quien ha sido empujado a la fuerza contra otro para lesionar a este último[247]. La afirmación de que la "configuración de organización" (el embarazo) se haya impuesto obligatoriamente a la madre no resuelve, sin embargo, el problema pues éste se traslada simplemente a la definición del "deber" del afectado (la madre); es decir, sólo las reglas (penales y extrapenales) decidirían cuándo tal deber existe, no existe o incluso puede ser atenuado. Y lo mismo tendría que regir para todos los demás casos de conflicto entre "personas" y "no personas". La ponderación de intereses puede perder así contenido material pues la decisión se quedaría en lo formal.

Por lo demás, incluso podría discutirse si los principios en los que basa JAKOBS su teoría "pluralista" (principio de responsabilidad o de causación por parte de la víctima de la intervención, principio de definición de intereses a través de la víctima de la intervención y el principio de solidaridad) pueden explicar coherentemente, o mejor que otras teorías, algunas variantes de casos conocidos de "causas de justificación"[248], tarea que excede los límites de esta contribución.

10.- Con la explicación del delito como "defraudación de expectativas por infracción del rol asignando a la persona" se perdería también la *delimitación del Derecho penal* con otras áreas del Derecho. En efecto, el funcionalismo radical no puede explicar por sí mismo cuándo tal defraudación de expectativas contiene un "injusto penal" o cuándo se trata de un mero "injusto administrativo", "civil" o de una minucia; todo eso se puede explicar materialmente recién a través del tradicional

---

247 JAKOBS, "Personalität und Exklusion...", p. 458 y s.

248 ROXIN observa, entre otras cosas, problemas explicativos en los casos de "estado de necesidad justificante" donde la situación haya sido causada en parte por la víctima de la intervención y, en parte, no sea en absoluto de su responsabilidad, "Strafrecht A. T.", tomo I, p. 519, n. marg. 43.

"principio de lesividad" y de los criterios de "merecimiento" y "necesidad" de pena". El mismo problema tiene el concepto funcionalista de culpabilidad en el sentido de "práctica en fidelidad a la norma" pues, al quitarse todo contenido material al principio tradicional de culpabilidad, se pierde la distinción "ética" entre pena, contravención, multa, etc.[249].

Consecuentemente con el funcionalismo se tendría que hacer una distinción jerárquica de las "defraudaciones" y de las "competencias" no solamente para distinguir las diferentes áreas jurídicas, sino también para poder "medir" las consecuencias penales. Esto lo ha visto, obviamente JAKOBS y pretende solucionar el problema dentro de sus sistema, pero de una manera que no convence. ¿Cómo puede hablarse de diferencias cualitativas (que fundamentarían una mayor o menor pena e incluso una impunidad o remisión a otras áreas del Derecho) entre una o más conductas que expresen "comunicativamente" su desprecio a una "norma" u otra? Tendría que hacerse una "valoración" de normas, entre unas más importantes que otras, así como una valoración de las "arrogaciones de competencias" entre más y menos graves.

El mismo problema de fondo se presenta también en muchos otros casos en los cuales se quiere establecer diferencias cualitativas sin recurrir a la teoría de bienes jurídicos.

En los *delitos de infracción del deber*, Jakobs no quiere relacionar la "infracción del deber" con la afección de bienes jurídicos, pero aparte de que esto es plenamente discutible, la mera infracción del deber no puede si no ser un elemento más de la autoría pues sin la corroboración de un atentado contra un bien jurídico, no se podría explicar por qué tendría que sancionarse penalmente, recurriendo al mismo tipo penal, la participación de los extranei (ellos no pueden infringir deber alguno)[250].

Y si el delito se constituyera solamente por la desobediencia a la norma (la "expresión de una infracción normativa"), no se explica por qué se necesitaría un *resultado típico*, por qué el injusto penal no debería agotarse ya con el mero "desvalor de la acción". La "lesión de un objeto del bien jurídico" reaparece para exigir el "resultado" en el injusto

---

249 Cfr. BOCK, p. 646.

250 ROXIN, "Rechtsgüterschutz als Aufgabe...", p. 22; "Strafrecht. A. T.", tomo I, n. marg. 47, p. 29.

consumado[251]. No elimina la contradicción el recurso de JAKOBS de concebir el "resultado" como una "objetivación" (significancia suficiente) del proceso comunicativo, objetivación necesaria para distinguir la "consumación" de la "tentativa", pues –si quisiera ser consecuente con el funcionalismo sistémico- el "desvalor de la acción" debería interpretarse como una "objetivación" e injusto completo desde la perspectiva de la "infracción de la norma"; exigir todavía un "resultado", una "lesión de bienes" equivale a admitir la "afección de bienes jurídicos para fundamentar el injusto[252]. La *tentativa*, e incluso los *actos preparatorios*, podrían ser definidos como "expresión de infracción normativa"; el criterio adicional de "grave puesta en peligro" a través de la "cercanía al tipo" para fundamentar la punibilidad de la tentativa y de los actos preparatorios, aunque en el fondo correcto, es, en realidad, extraño a la propia concepción de JAKOBS pues tal "cercanía" va más allá de la mera expresividad de la infracción de la norma y tendría que vincularse a "bienes"; algo que precisamente él no quiere aceptar[253].

Por último, la desvinculación del análisis dogmático-penal de la teoría de bienes jurídicos lleva también a soluciones poco convincentes desde la perspectiva de la defensa de intereses de la colectividad (y en última instancia también del mismo sistema social). Tal es el caso, p. ej. de los *conocimientos especiales*, a los cuales Jakobs no otorga importancia alguna cuando los tenga un sujeto (persona) que, sin salirse de su rol haya contribuido a la realización de un delito. Esto puede ser correcto desde la perspectiva funcionalista-sistémica, pero no es comprensible desde la perspectiva de protección de bienes jurídicos pues tales conductas son perfectamente dañosas socialmente y no se entiende por qué deberían quedar impunes[254]. Es más, incluso desde la perspectiva funcionalista-sistémica podría discutirse si tales conductas de ayuda a la comisión de un delito (el caso del mozo que, con pleno conocimiento, alcanza el vaso envenenado a la víctima) no "comunican" realmente una

---

[251] ROXIN, "Rechtsgüterschutz und individuelle Freiheit...", p. 15 y ss.; "Strafrecht A. T."; tomo II, p. 346, n. marg. 44.

[252] ROXIN, "Rechtsgüterschutz und individuelle Freiheit...", p. 16 y s.

[253] Cfr. ROXIN, "Strafrecht. A. T.", tomo II, p. 346, n. marg. 45; "Rechtsgüterschutz und individuelle Freiheit...", p. 18.

[254] Cfr. ROXIN, "Rechtsgüterschutz und individuelle Freiheit...", p. 19 y ss. ; "Strafrecht. A. T.", tomo I, p. 935 y ss.

falta de fidelidad a la norma; en todo caso sí comunican plenamente una falta de respeto a la pretensión de vigencia de un bien jurídico (en el ejemplo, al bien jurídico "vida").

4.- RESUMEN

Después de la exposición y confrontación de las dos tendencias "normativistas" y "funcionalistas" deben haber quedado en claro sus posiciones divergentes. El hecho de que ambas sean denominadas "funcionalistas" no debe confundir ni hacer perder de vista las profundas diferencias de contenido entre ambas concepciones.

La diferencia metodológica más notable consiste en que mientras ROXIN mantiene una base empírica impregnada de principios político-criminales, JAKOBS renuncia por completo a esta base empírica[255]. Y es que la postura de ROXIN tiene de "funcional" el hecho de que reconoce "funciones" sociales (político-criminales) en la construcción de todas las categorías del Derecho penal, pero, partiendo antes de una base ontológica, la cual da una cierta estabilidad, una cierta garantía contra posibles manipulaciones en la interpretación. Por su parte, el "funcionalismo" de JAKOBS quiere explicar el Derecho penal a partir del funcionamiento (real, según él) de la sociedad y de las personas (distintos de los individuos) que actúan en ella para luego, sobre esta base, elaborar los conceptos jurídico-penales.

En última instancia, el normativismo de JAKOBS constituye un positivismo con "fundamentación sociológica", el cual, renuncia a responder a cuestiones materiales de legitimación y remite para ello, sin más, a la política criminal u otras ciencias afines. Por ello, también en última instancia, la decisión del penalista oscilará entre optar por un "positivismo de fundamentación mejorada" o un "garantismo de límites conceptuales indefinidos". Dentro de este último grupo, el "normativismo moderado" de ROXIN resulta, en mi opinión, la mejor opción y es preferible al "normativismo radical" de JAKOBS no solamente debido a

[255] Por eso SCHÜNEMANN afirma que, para mayor exactitud, la escuela de ROXIN debería denominarse "normativismo políticocriminal-teleológico", mientras que la de JAKOBS, "normativismo libre de empirismo"; ver "La relación entre ontologismo...", p. 645.

las implicancias políticas, sino también a la mayor fuerza explicativa del primero a la hora de solucionar problemas particulares de dogmática penal. El fascinante análisis de JAKOBS no puede servir, en la práctica, de base constitutiva de un Derecho penal enclavado en un Estado social y democrático de Derecho. Ciertamente también puede explicar el porqué de algunas acciones humanas y cómo la reacción penal se manifiesta dentro de la sociedad (como comunicación). Pero eso no es todo y, ni siquiera es lo principal. La explicación funcional, en el sentido de "comunicación", de reacción, dirigida a reafirmar expectativas normativas –independientemente de sus aciertos explicativos en el ámbito de lo "latente"- no puede ni debe encontrar aplicación práctica.

5.- BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: "Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas", Lima, 1997.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael: "Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre las ciencias sociales y el Derecho penal", Actualidad Penal, 2001, España, p. 229 y ss.
- BOCK, Michael: "Ideen und Chimären im Strafrecht", ZStW 103 (1991), p. 636 y ss.
- GRACIA MARTÍN, Luis: "Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia", Valencia, 2003.
- GÜNTHER, Klaus: "Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe", L. H. a Klaus Lüderssen, Baden-Baden, 2002, p. 205 y ss.
- HASSEMER, Winfried/ MUÑOZ CONDE, Francisco: "Introducción a la Criminología y al Derecho penal", Valencia, 1989.
- JAKOBS, Günther: "Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck", Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G390, Padeborn, 2004; "Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal", Madrid, 2003; "Der Zweck der Vergeltung. Eine Untersuchung anhand der Straftheorie Hegels", en: L. H. a Nikolaos K. Androulakis, Atenas, 2003, p. 251 y ss,; "Personalität und Exklusion im Strafrecht", en: L. H. a Dionysios Spinellis, Atenas, 2001, p. 447 y ss.; "Das Selbsverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)", en: Eser/Hassemer/Burkhardt, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft

vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick", Munich, 2000; "Bases para una teoría funcional del Derecho penal", Lima, 2000; "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken", ZStW 107 (1995), p. 843 y ss.;"Strafrecht. Allgemeiner Teil", Berlín, 1993.

- JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel: "Derecho penal del enemigo", Madrid, 2003.
- KARGL, Walter, "Das Recht der Gesellschaft oder das Recht der Subjekte?", Goltdammer's Archiv 1999, p. 53 y ss.; "Handlung und Ordnung. Grundlagen einer kognitiven Handlungs- und Straftheorie", Berlín, 1991; "Kommunikation kommuniziert?", Rechtstheorie (Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie) 21 (1990), p. 351 y ss.
- LAMPE, Erns-Joachim: "Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts", L. H. a Hans Joachim Hirsch, Berlín, 1999, p. 83 y ss.; "Zur funktionalen Begründung des Verbrechenssystems", L. H. a Claus Roxin, Berlín, 2001, p. 45 y ss.
- LÜDERSSEN, Klaus: "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzinpiendenken", ZStW 107 (1995), p. 877 y ss.
- MIR PUIG, Santiago: "Valoraciones, normas y antijuricidad penal", en: Libro-Homenaje a José Cerezo Mir, ed. Technos, 2003, p. 73 y ss.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés: "Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal", en: Universidad Nacional de Educación a distancia (ed.), "Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología", Madrid, 2001, p. 579 y ss.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: "La influencia de las Ciencias sociales en el Derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales", en: Arroyo Z., Luis/ Neumann, Ulfrid/ Nieto M., Adán, "Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo", Cuenca 2003, p. 99 y ss.
- ROXIN, Claus: "Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?" (¿Protección de bienes jurídicos como tarea del Derecho penal?), manuscrito original de la primera conferencia dictada en el VI Curso internacional de Derecho penal (Lima, 04-06 de noviembre 2004); "Rechtsgüterschutz und individuele Freiheit im Spannungsfeld der Strafrechtsdogmatik" (Protección de bienes jurídicos y libertad

individual en la encrucijada de la dogmática jurídico-penal"), manuscrito original de la segunda conferencia dictada en el VI Curso internacional de Derecho penal (Lima, 04-06 de noviembre de 2004); "Problemas actuales de dogmática penal", Lima 2004; "Strafrecht. Allgemeiner Teil" (tomo I: Munich, 1997; tomo II: Munich, 2003); "Dogmática penal y política criminal", p. 169- 201, Lima, 1998; "Política criminal y estructura del delito", Barcelona, 1992; "Problemas básicos del Derecho penal", Madrid, 1976; "Política Criminal y sistema del Derecho penal", Barcelona, 1972.

- SCHULZ, Lorenz: "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum 'Feindstrafrecht'", ZStW 112 (2000), p. 653 y ss.
- SCHÜNEMANN, Bernd: "Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende", GA 2001, p. 205 y ss.; "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal", en: Universidad Nacional de Educación a distancias" (comp.), "Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología", Madrid 2001, p. 643 y ss.; "Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio", Madrid, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús: "Die Expansion des Strafrechts", Francfort del Meno, 2003 (en español: "La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en lassociedades postindustriales", Madrid, 1999); "Aproximación al Derecho penal contemporáneo", Barcelona, 1992.
- STRATENWERTH, Günter: "Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?", Berlín, 1995.
- ZIESCHANG, Frank (informante): Informe de la Jornada de penalistas germanoparlantes (Rostock, 25-28 de mayo de 1995): "Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1995 in Rostock", ZStW 107 (1995), p. 907 y ss.

Derecho Penal

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Dr. Alfonso Zambrano Pasquel
Profesor de Derecho Penal, Procesal Penal y Crimininología

Introducción.-

El ejercicio del poder punitivo estatal tiene límites temporales, que deben ser celosamente respetados para consolidar la vigencia plena de un Estado de Derecho.

El Estado ecuatoriano a partir de la expedición de la Constitución Política del 11 de agosto de 1998 reconoce como uno de los derechos civiles, el derecho a la *seguridad jurídica* y al *debido proceso* (Art.23, Nos. 26 y 27), y trata *in extenso* los principios rectores y las garantías del debido proceso en el Art. 24, en cuyo No. 1 garantiza el derecho de toda persona para ser juzgada del acuerdo con la ley preexistente al tiempo de los hechos, vale decir, de acuerdo con la ley vigente al tiempo de la comisión del delito. De manera que si una ley vigente al tiempo de la comisión de un hecho delictivo tiene un límite de validez temporal, vencido el cual opera la prescripción o renuncia obligatoria del Estado al ejercicio de su poder punitivo, esta garantía constitucional es de forzoso y obligatorio cumplimiento. Ni siquiera una ley posterior y de excepción podría limitar o violentar un derecho constitucional adquirido que es parte de las garantías del *debido proceso,* como bien señala uno de los íconos mas importantes del derecho penal del siglo 21, el profesor Günther Jakobs[1] 1, al comentar **La sujeción a ley y validez temporal**, dice: " el compor-tamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ocurridos, pero aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos sino *por anticipado y con validez general,* precisamente mediante una ley determinada, dictada con anterioridad al hecho.

[1] *GÜNTHER JAKOBS.* DERECHO PENAL. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. 2da. Edición corregida, Editorial Marcial Pons, Madrid 1997. p. 82-83.

El principio abarca a todos los presupuestos de punibilidad y no está limitado al ámbito de lo imputable: especialmente, también la prescripción ha de estar legalmente determinada y no cabe prorrogarla retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo como si no". Agregamos por nuestra parte que una ampliación del plazo de la prescripción o una pretendida interrupción de la misma mediante una ley que pretenda irradiar sus efectos retroactivamente, es contraria al Estado de Derecho; y, violenta el principio de la irretroactividad de la ley sustantiva o adjetiva en perjuicio del reo.

Fundamentos doctrinarios de la prescripción.-

Los jueces están obligados a respetar el **principio de sujeción a la ley**, cuyos efectos pueden ser así resumidos: 1. La determinación de la punibilidad tiene que llevarse a cabo mediante ley *(lex scripta).* 2) La ley tiene que determinar la punibilidad *(lex certa),* debiendo entender por punibilidad el estar un hecho conminado o no con pena, y la medida de esta *(lex stricta).* 3) La determinación ha de realizarse antes del hecho *(lex previa).* Esta prohibición de retroactividad tiene lugar en relación con la validez temporal[2] 2. Recordemos que los principios rectores para la aplicación de la ley penal en el tiempo, determinan la posibilidad de que una ley posterior pueda aplicarse con carácter retroactivo por excepción, en el evento de que fuese favorable al reo; es decir que se pueden aplicar sus efectos retroactivamente por el principio del *favor rei.* Igual tratamiento debe darse a sus efectos hacia el futuro, pues si una ley vigente al tiempo de los hechos o delitos, es suprimida o reformada, sus efectos en cuanto fuesen favorables se irradian hacia el futuro por el *principio de la ultraactividad* de la ley penal. Lo antes dicho es aplicable en el evento de que se modificaren los presupuestos de procedibilidad para la aplicación de la prescripción, pues todos los delitos cometidos antes de la vigencia de la reforma, están sometidos al régimen existente al tiempo de la comisión de tales delitos y no a la ley posterior en cuanto fuese desfavorable.

[2] Cf. *GÜNTER JAKOB,* ob. cit. p. 88)

La validez temporal de la ley penal determina la prohibición de la retroactividad en todo cuanto fuese desfavorable al imputado, pues sólo así se puede sostener válidamente un discurso respetuoso de la seguridad jurídica, que prohíbe la aplicación retroactiva perjudicial al reo. El *principio de legalidad* elevado a la categoría de garantía constitucional del debido proceso en el Art. 24, No. 1 ya invocado, determina el respeto a la ley vigente al tiempo de los hechos. Cumplidos los presupuestos objetivos de procedibilidad para que se produzca la renuncia del poder punitivo que ejerce el Estado, se debe declarar la prescripción del ejercicio de la acción penal y de la pretensión punitiva. Se deben declarar igualmente canceladas todas las medidas de aseguramiento personal o real que se encontraren vigentes al tiempo de declarar la prescripción.

El jurista argentino y hoy Magistrado de la Corte Suprema de la República Argentina, don Eugenio Raúl Zaffaroni nos recuerda que[3], "el mas importante y complejo de los impedimentos de perseguibilidad es la prescripción de la acción. Si bien se trata de un instituto de esencia procesal, comparte sus fundamentos con la prescripción de la pena, aunque agregando a estos los específicamente procedimentales, entre los que corresponde relevar fundamentalmente el derecho a un juzgamiento en un tiempo razonable. Este derecho del imputado derivado del principio de razonabilidad aparece afectado cuando el estado – por cualquier motivo – viola los plazos máximo legales para la persecución punitiva, extremo que si bien no debe confundirse con los límites que la ley impone a las penas anticipadas por prisión preventiva, no deja de indicar que en parte se superpone con la problemática de la prescripción penal". Agregamos que la cuestión del enjuiciamiento dentro de un plazo razonable se vincula necesariamente con el derecho de defensa como parte del debido proceso, vale decir que los plazos legales de persecución, no solo se conectan con razones negativas de auto sanción ante la lentitud burocrática del proceso, sino principalmente con sentido positivo dirigido a las agencias judiciales, para llevar a juicio a los imputados y resolver definitivamente su situación en un plazo razonable.

---

[3] *EUGENIO RAUL ZAFFARONI.* DERECHO PENAL. Parte General. 1ª edición. Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 859 – 864.

La justicia penal tiene problemas que tienen que ver con la inflación de las prohibiciones penales y su repercusión en una mayor cantidad de procesos (inflación procesal), la excesiva duración de los procesos penales, especialmente de los llamados "mega-procesos", y la gran restricción que vienen sufriendo los principios penales liberales como consecuencia de otorgar prioridad a los fines represivos del derecho penal por encima del respeto por los derechos individuales, con la excusa del vertiginoso desarrollo reciente de la criminalidad organizada[4]. En expresiones de Daniel Pastor, " La determinación concreta de los actos interruptivos no puede quedar librada al arbitrio del que decide, quien por detentar ante todo el poder de imponer la pena, está, a su vez, limitado en el ejercicio de aquel poder precisamente por la prescripción. La prescripción penal es un caso paradigmático de esta limitación y este límite no puede ser sobrepasado simplemente porque un tribunal decide incluir como interruptivo en el cheque en blanco de la secuela del juicio que le brindó el legislador algún acto del proceso realizado a tiempo y de modo conveniente para alcanzar tal fin".

Coincidimos en que dicha delegación del legislador en los jueces, de la fijación de los actos que tendrán por efecto prolongar la punibilidad de una conducta en el tiempo mas allá de lo previsto por la ley, es violatoria del principio de legalidad penal y representa una amplificación del poder penal (de su duración) que se encuentra reñida, con los postulados que hoy se proponen desde la orilla de la ciencia humanista y liberal del derecho penal. Para nosotros, sin duda, la prescripción es un mecanismo de contención para evitar el abuso del poder punitivo en un Estado de Derecho! Para don Luís Jiménez de Asúa, "La prescripción en materia penal es un instituto liberador, ora de la acción que nace del delito, bien de la acción que surge de la condena"[5], y para otro erudito don Francesco Carrara , " En materia penal el tiempo extingue la acción, porque además de hacer difícil la justificación del inocente, hace cesar el daño social merced al presunto olvido del delito, lo cual conduce a la cesación de la impresión moral que nació de él, sea respecto de los buenos en quienes

[4] Cf. *D A N I E L P A S T O R*, en opúsculo DERECHO PENAL quo vadis?, publicado en el periódico digital El Dial, de Buenos Aires.

[5] Cf. *LUIS JIMÉNEZ DE ASUA*. TRATADO DE DERECHO PENAL. Tomo II.

deja de existir el temor, sea respecto de los malvados, en quienes deja de tener influjo el mal ejemplo"[6].

En estas reflexiones no podemos dejar de referirnos al pensamiento de un preclaro filósofo y conspicuo jurista como es el profesor de la Universidad de Camerino, don Luigi Ferrajoli, autor de la *Teoría del Garantismo Penal* que en su obra monumental DERECHO Y RAZON[7], reconociendo la crisis de los fundamentos del derecho penal expresada en la falta de correspondencia que existe entre el sistema normativo de las garantías y el funcionamiento efectivo de las instituciones positivas, hace un recorrido teórico por las raíces del modelo garantista recogido por la tradición iluminista, así como por la oposición que contra dicho modelo han ejercido desde hace mas de un siglo la continua emergencia de arquetipos penales premodernos y la interminable tentación de autoritarismo. Ferrajoli, ilustra las múltiples formas de ilegitimidad y de injusticia provocadas por la inadecuación del modelo o por las lesiones contra las garantías individuales.

Frente a la crisis del modelo, propone una reformulación filosófica y política en el marco de una teoría general del garantismo. Es reconocido como el autor de una propuesta de *derecho penal mínimo* fundamental para la plena vigencia de un Estado de Derecho, recordándonos que "el garantismo es el principal rasgo funcional de esa formación moderna específica que es el *estado de derecho*"[8] . El prof. Ferrajoli, al responder a la interrogante de que es el *garantismo,* nos recuerda que "el modelo penal garantista, aun cuando recibido en la Constitución italiana y en otras Constituciones como parámetro de racionalidad, de justicia, y de legitimidad de la intervención punitiva, se encuentra ampliamente desatendido en la práctica, tanto si se considera la legislación penal ordinaria como si se mira a la jurisdicción o, peor aun si se mira a las prácticas administrativas y policiales.

Esta divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores

---

6 FRANCESCO CARRARA. PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL. Vol. I. & 576.

7 *LUIGI FERRAJOLI*. DERECHO Y RAZÓN. Editorial Trotta, 3ª edición, Madrid, España, 1988, 991 páginas.

8 *LUIGI FERRAJOLI*, ob. cit. p. 855.

comporta el riesgo de hacer de aquel una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto…"[9], para luego referirnos que el *garantismo* designa un *modelo normativo de derecho* "precisamente por lo que respecta al derecho penal, el modelo de ¨estricta legalidad¨ propio del *estado de derecho,* que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el sistema jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es ¨garantista¨ todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva"[10].

Otros fundamentos penales y procesales de la prescripción.-

El prof. Juan Bustos Ramírez penalista chileno en una edición reciente de sus OBRAS COMPLETAS[11], al referirse a la extinción de la responsabilidad penal, ubica a la prescripción como una de las causas de su extinción, expresando: "En doctrina se ha discutido sobre la naturaleza de la prescripción. Para algunos tiene un carácter sustantivo penal, para otros es procesal penal. Lo cierto es que en esta discusión se pierde de vista que ambas disciplinas son inseparables, pues ambas guardan relación con el poder punitivo del Estado. Desde esta perspectiva el problema de la naturaleza penal o procesal penal de la prescripción se desvanece. El problema de la naturaleza de la prescripción está ligado al principio de la necesidad de la pena. El transcurso del tiempo afecta directamente a la facultad punitiva del Estado. Tiene la prescripción, en consecuencia una vinculación directa con un principio de carácter básico material en el sistema penal, que informa tanto al Derecho Penal sustantivo como al Derecho Procesal penal"[12]. Hace luego una importante diferenciación entre la prescripción del delito y la prescripción de la pena, y se pronuncia a favor de la imprescriptibilidad cuando se trata de los delitos contra la humanidad y en casos de crímenes de guerra.

---

9 *LUIGI FERRAJOLI*, ob. cit. p. 851.

10 *LUIGI FERRAJOLI*, ob. cit. p. 851-852.

11 *JUAN BUSTOS RAMÍREZ*, OBRAS COMPLETAS. Tomo I, Derecho Penal, Parte General. ARA, Editores, Perú, 2005, 1219 páginas.

12 *JUAN BUSTOS RAMÍREZ*, ob. cit. p.746.

Como el tema de la prescripción concita igualmente el estudio de los procesalistas, el versado jurista argentino, el Prof. Julio Bernardo José Maier, autor del *anteproyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica* que es la simiente o matriz del modelo acusatorio oral que se ha implantado en toda la América hispano-parlante, desde Chile hasta la República del Salvador, incluyendo a nuestro país con el Código de Procedimiento Penal del año 2000, en su obra mas importante[13], dice en relación a las causas de *extinción de la persecución penal* en especial la prescripción de la acción: "La prescripción de la persecución penal, como toda causa de extinción, es para nuestro Derecho una causa que excluye la punibilidad del delito, al mismo nivel que las excusas absolutorias, por ejemplo. Ellas no eliminan el delito y solo están fundadas en consideraciones político-criminales que tornan incesaría la imposición de una pena.

El hecho de que las causas de extinción de la persecución penal provoquen, cuando se las comprueba, un efecto preciso en el procedimiento penal, a saber la culminación anticipada del procedimiento con una resolución absolutoria del imputado, y, mas aún, el de que el Derecho procesal penal conceda al imputado la facultad, vinculante para el tribunal penal, de provocar una decisión anticipada acerca de las causas de extinción de la persecución penal (excepciones perentorias), en nada cambia la naturaleza de ellas como causas de exclusión de la punibilidad"[14]. Posteriormente y al referirse nuevamente a esta renuncia del poder punitivo del Estado, como consecuencia de la duración del proceso penal y del vencimiento de los plazos, que permiten una exclusión de la reacción social formal a través de un proceso penal, nos dice: "Los plazos del procedimiento, en especial el tan debatido derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable (CADH, 8, no 1; PIDC y P, 14, no 3,*c*) o, según lenguaje de nuestra CSN, a obtener un pronunciamiento definitivo, del modo mas breve posible, que ponga fin a la situación de incertidumbre y restricción de la libertad que comporta el

---

13 *JULIO BERNARDO JOSÉ MAIER*, DERECHO PROCESAL PENAL. Tomo I. Fundamentos. Segunda reimpresión, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 2002, 918 páginas.

14 *JULIO B. J. MAIER*, ob. cit. p. 119.

procedimiento penal, están destinados a influir, alguna vez, la institución de la *prescripción* en el Código penal"[15].

Coincidimos con las expresiones del profesor Julio B.J. Maier, y conforme apreciamos nuestro país ha suscrito tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos(a los que se refiere), por lo que la tramitación del proceso penal no debe prolongar indebidamente el plazo de prescripción; y, el derecho del imputado a serjuzgado en un plazo razonable, debe provocar la abreviación de los plazos de prescripción, para quien es perseguido en un proceso penal, como veremos que ocurre en Ecuador.

Un reconocido procesalista argentino, Alberto M. Binder en una de sus obras[16], al referirse a los ***Niveles en el régimen de la acción,*** expresa que "en el desarrollo del régimen de la acción en los sistemas procesales concretos existen tres niveles: 1) uno vinculado a la distribución de facultades o de poderes entre el Estado y la víctima, que es lo que se conoce como división o clasificación de las acciones; 2) un segundo nivel, vinculado a las condiciones y modalidades del ejercicio de la acción, y 3) un tercer nivel que regula los modos de extinción de esa acción"[17]. Posteriormente y al referirse al tema que origina estos comentarios, dice: "el tercer nivel está vinculado a la extinción de esa acción penal, es decir, cuáles son las razones que extinguen el derecho que tiene el Estado de perseguir. En primer lugar las razones por las cuales se extingue la acción penal están vinculadas a ciertos hechos: por ejemplo si muere el imputado contra quien se dirige esa persecución penal, obviamente ella ya carece de sentido y se extingue; sobre todo porque en el Derecho penal moderno no se puede extender la penalidad hacia los allegados o hacia las personas vinculadas a ese imputado, tal como ocurría antiguamente. Sin embargo existen otros mecanismos que tienen un mayor contenido político.

El primero de ellos tiene que ver con el tiempo, es decir si la intervención del Estado en la persecución penal requiere una justificación,

---

15 *JULIO B. J. MAIER*, ob. cit. p. 160.

16 *ALBERTO M. BINDER*. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL PENAL. *2da. Edición actualizada y ampliada*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, 364 páginas.

17 *ALBERTO M. BINDER*, ob. cit. p. 218.

también debe formar parte de esa justificación el tiempo por el cual se da esa facultad al Estado. Normalmente se admite, para la gran mayoría de delitos, que esta facultad que se le da al Estado está limitada por el tiempo. La institución que regula la limitación temporal se conoce como plazo de prescripción. El plazo que se establezca para cada delito varía según la legislación. Sin embargo como la prescripción es una garantía del imputado, no es un problema de la acción, en realidad, sino del régimen de garantías. La prescripción entonces es una institución jurídica que regula el tiempo por el cual se faculta al Estado a ejercer la persecución penal… En fin, a través del régimen de la extinción de la acción penal se están reconociendo en muchas ocasiones que se han provocado soluciones para el caso, que son mucho mas civilizadas que el ejercicio del poder penal, o permiten cumplir las finalidades de la administración de la justicia de un modo mas acabado"[18].

Otro preclaro jurista alemán, el Catedrático de Derecho Penal, Dr. h.c. mult. de la Universidad de Múnich, Claus Roxin, en su DERECHO PENAL[19], hace un importante aporte en la delimitación de las condiciones de punibilidad y causas de exclusión de la punibilidad respecto de los presupuestos de procedibilidad, recordando que "exactamente igual de polémica que la distinción de las condiciones de punibilidad y causas de exclusión de la punibilidad respecto de las restantes categorías delictivas del Derecho material es su delimitación respecto del Derecho procesal o, mas exactamente, de los presupuestos de procedibilidad.

Siempre ha habido opiniones diversas sobre si la querella requerida en los delitos perseguibles a instancia de parte es una condición objetiva de punibilidad o un presupuesto de procedibilidad, o si la inmunidad o la extraterritorialidad son causas de exclusión de la punibilidad o presupuestos de procedibilidad, o si la prescripción y el indulto son causas de supresión de la punibilidad o presupuestos de procedibilidad"[20]. Esta polémica se refleja en la falta de claridad que existe para delimitar el Derecho material y el Derecho formal. El profesor Roxin que es además un reputado procesalista, nos dice que "la prescripción elimina así mismo

---

18 *ALBERTO M. BINDER*, ob. cit. p. 223, 224 y 225.

19 *CLAUSROXIN*. DERECHO PENAL. Parte General.Tomo 1, Thomson, Civitas, reimpresión, 2003, Madrid-España, 1071 páginas.

20 *CLAUSROXIN*, ob. cit. p. 984.

la punibilidad, sin que el hecho tenga siquiera que haber llegado a conocerse o haber provocado medidas procesales. Por eso según la teoría de Kaufmann, todos estos elementos constituyen condiciones de punibilidad o causas de exclusión de la punibilidad y pertenecen al Derecho material"[21].

Agregamos que si se reconoce que la falta de necesidad de pena o la prioridad de determinadas finalidades extrapenales pueden plasmarse no sólo en el Derecho material, sino también en el Derecho procesal, de ahí podemos convenir que no resultaría correcta la llamada teoría de "doble naturaleza", según la cual determinadas instituciones jurídicas pertenecen tanto al Derecho material como al Derecho procesal, no obstante esta teoría es defendida por un sector de la doctrina, frente a instituciones como la prescripción; debemos si reconocer, que aún si se ubica a la prescripción en el ámbito del Derecho material sus efectos y repercusiones se irradian al Derecho procesal, al declarar extinguida la acción penal o la pretensión punitiva que es consecuencia del ejercicio de la acción penal. Podemos encontrar fundamentos para la prescripción, en la desaparición de la necesidad de la pena operada por el decurso del tiempo como razón jurídico- material, en tanto que las dificultades probatorias que aumentan con el tiempo, son el fundamento procesal de la exclusión de la pena.

Como bien dice Claus Roxin, "tanto la extinción de la necesidad de la pena como la desaparición de la prueba conducen conjuntamente a la conclusión de que en los casos de prescripción el castigo estaría contraindicado a efectos preventivos, porque un proceso que se llevara a cabo con medios probatorios inidóneos sólo provocaría nueva intranquilidad social y no contribuiría en nada a La estabilización de la paz jurídica"[22].

La prescripción en el ordenamiento penal ecuatoriano. -

Un gran cultor de las ciencias penales como es el profesor ecuatoriano don Jorge E. Zavala Baquerizo, en la edición reciente del Tomo VII de su TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL[23], nos ilustra

---

21 *CLAUSROXIN*, ob. cit. p. 987.

22 *CLAUSROXIN*, ob. cit. p. 991.

23 *JORGE E. ZAVALA BAQUERIZO*. TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL. Tomo VII, editado por EDINO, Guayaquil, Ecuador, 2006, 342 páginas.

con respecto a las excepciones procesales penales que pueden ser *dilatorias* y *perentorias,* y al referirse a la prescripción dice "la prescripción penal es una excepción procesal penal perentoria científicamente diferente a la prescripción civil. La prescripción civilmente considerada depende del abandono del ejercicio de un derecho, como diría Fornatti, en tanto que en el campo penal la prescripción es la cancelación de la potestad punitiva que tiene el Estado, por el mero transcurso del tiempo"[24].

La prescripción como concepto de olvido por el curso del tiempo y/o de renuncia del Estado al ejercicio del poder punitivo por la mora en resolver la imputación, es de vieja data, el mismo profesor Zavala Baquerizo recuerda que, "también se dice en defensa de la prescripción que con el transcurso del tiempo la persona se enmienda y si se considera que otro de los fines de la pena es la resocialización del condenado, o la adaptación social de éste, al ser ejecutada la pena después del transcurso de un largo tiempo, no cumpliría ninguna finalidad, pues ya el individuo ha demostrado que ha aceptado las normas sociales y jurídicas. El mismo argumento es válido cuando se habla de la prescripción del ejercicio de la acción o de la prescripción de la pretensión punitiva exhibida en el proceso penal, pues si éste, como lo hemos reiterado, tiene por finalidad la imposición de la pena, la tardía iniciación del proceso penal sería odiosa a la sociedad y ésta se daría la idea de que la ejecución de la pena sería un acto de venganza y no de protección jurídica"[25].

Para nosotros, los razonamientos son igualmente válidos cuando se ha iniciado un proceso penal y se interrumpe o suspende, caso en que el plazo sigue corriendo fatalmente, y vencido el mismo se produce *ipso iure* la pérdida de la potestad punitiva que ejerció el Estado iniciando el proceso penal que va a concluir de una manera anormal. La prescripción en el Ecuador es de naturaleza sustantiva con efectos procesales, pues lo que se extingue en realidad no es el delito sino el poder de penar que tiene el Estado. La prescripción no incide en la estructura del delito, por cuanto éste, por el transcurso del tiempo no desaparece ni se altera, salvo el caso de reforma legal, que ya no es materia de prescripción[26].

---

24 *JORGE E. ZAVALA BAQUERIZO*, ob. cit. p. 307.
25 *JORGE E. ZAVALA BAQUERIZO*, ob. cit. p. 309.
26 Cf. *JORGE E. ZAVALA BAQUERIZO*, en ob. cit.

En Ecuador pueden presentarse casos en que la prescripción pone fin a la relación jurídico-procesal ya iniciada, y funciona en cualquier etapa del proceso, aún en casos en que la sustanciación del proceso se suspenda por ausencia o fuga del procesado, o que se encontrare en fase de sustanciación en el nivel mas alto por el grado, como sería ante una de las salas especializadas de lo penal de la Corte Suprema de Justicia. Cabe recordar que la prescripción puede ser planteada como incidente de previo y especial pronunciamiento por el fiscal o por el acusador, y debe ser declarada, aun de oficio, por el juez por expreso mandato del Art. 114 del Código Penal vigente.

En el sistema penal ecuatoriano podemos hablar con propiedad de la **prescripción de la acción penal**, aplicable al caso en que no se ha iniciado el proceso penal, pues entendemos a la acción penal como el derecho potencial a promover la iniciación de un proceso penal; y, podemos hablar de la **prescripción de la pretensión punitiva**, misma que se produce cuando se ha ejercicio ya la acción penal y nos encontramos en un proceso penal en el que vive el ejercicio del poder punitivo que tiene el Estado.

El Código Penal vigente, dice en el tema de la prescripción lo que sigue: **Art. 101**.- [27] "Toda acción penal prescribe en el tiempo y con las condiciones que la ley señala. En el ejercicio del derecho que la prescripción establece, se observarán las reglas que siguen: Tanto en los delitos de acción pública como en los delitos de acción privada se distinguirá ante todo si, cometido el delito, se ha iniciado o no enjuiciamiento. A excepción de los casos de imprescriptibilidad de las acciones y de las penas previstas en el último inciso del número 2 del artículo 23 y en el segundo inciso del artículo 121 de la Constitución Política de la República, en los demás delitos reprimidos con reclusión, cuyo ejercicio de acción es público, de no haber enjuiciamiento, la acción para perseguirlos prescribirá en diez años; tratándose de delitos reprimidos con reclusión mayor especial, la acción para proseguirlos prescribirá en quince años. Tratándose de delitos reprimidos con prisión, la

[27] p. 314. Reformado por el Art. 6 de la Ley 2001-47, R.O. 422, 28-IX-2001 y por el Art. 3 de la Ley 2002-75, R.O. 635, 7-VIII.2002.

acción para perseguirlos prescribirá en cinco años. El tiempo se contará a partir de la fecha en que la infracción fue perpetrada.

En los mismos delitos de acción pública, de haber enjuiciamiento iniciado antes de que aquellos plazos se cumplan, la acción para continuar la causa prescribirá en los mismos plazos, contados desde la fecha del autocabeza de proceso. Si el indiciado se presentare voluntariamente a la justicia en el plazo máximo de seis meses posteriores al inicio de la instrucción, los respectivos plazos se reducirán a diez años en los delitos reprimidos con reclusión mayor especial; a ocho años en los demás delitos reprimidos con reclusión; y, a cuatro años en los delitos reprimidos con prisión. En estos casos, los plazos se contarán desde la fecha del inicio de la instrucción. No surtirá efecto esta regla en caso de reincidencia.

En los delitos de acción privada, la acción para perseguirlos prescribirá en el plazo de ciento ochenta días, contados desde que la infracción fue cometida. Iniciada la acción y citado el querellado antes del vencimiento de ese plazo, la prescripción se producirá transcurridos dos años a partir de la fecha de la citación de la querella. La acción penal por delitos reprimidos sólo con multa se extinguirá en cualquier estado del juicio, por el pago voluntario del máximo de la multa correspondiente al delito, y de las indemnizaciones, en los casos en que hubiere lugar. Si la prescripción se hubiese operado por la falta de despacho oportuno de los jueces, éstos serán castigados por el superior con la multa de cuarenta y cuatro a cuatrocientos treinta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América, quedando a salvo la acción de daños y perjuicios a que hubiere lugar contra dichos funcionarios, de conformidad con lo prescrito en el Código de Procedimiento Civil.

En la misma pena incurrirán los funcionarios del ministerio público y secretarios de cortes y juzgados por cuya negligencia se hubiere operado la prescripción. De haber acusador particular, o de tratarse de querella, la multa se dividirá en iguales partes entre la administración de justicia y el acusador. La parte de multa que corresponda a la administración de justicia será invertida por la Corte Suprema en su caso, o por la respectiva Corte Superior que hubiere impuesto la multa, en gastos generales de la administración de justicia".

El mismo Código Penal prevé la posibilidad de la interrupción de la prescripción señalando, **Art. 108.-"** Tanto la prescripción de la acción como la de la pena se interrumpen por el hecho de cometer el reo otra infracción que merezca igual o mayor pena, antes de vencerse el tiempo para la prescripción". Es factible tanto el ejercicio del derecho a deducir la excepción procesal penal perentoria de prescripción, como el cumplimiento del mandato que le impone al juez actuar de oficio, de acuerdo con la disposición del mismo Código Sustantivo, en el **Art. 114**.- "La prescripción puede declararse a petición de parte, o de oficio, necesariamente, al reunirse las condiciones exigidas en este Código".

Es importante tener presente el Código Penal vigente al tiempo de los hechos que son el objeto jurídico de un proceso penal y que debe aplicarse para los efectos de la prescripción, al tenor de lo que dispone el **Art. 24 numeral 1** de la Constitución Política de la República. Antes de la reforma el Código Penal establecía: Art. **101**.- "Toda acción penal prescribe en el tiempo y con las condiciones que la ley señala. En el ejercicio del derecho que la prescripción establece, se observarán las reglas que siguen: Tanto en los delitos de acción pública como en los delitos de acción privada se distinguirá ante todo si, cometido el delito, se ha iniciado o no enjuiciamiento. En los delitos de acción pública de no haber enjuiciamiento, la acción para perseguirlos prescribirá en diez años en tratándose de infracciones reprimidas con reclusión, y en cinco años en tratándose de infracciones reprimidas con prisión. En ambos casos el tiempo se contará a partir de la fecha en la que la infracción fue perpetrada. En los mismos delitos de acción pública, de haber enjuiciamiento iniciado antes de que aquellos plazos se cumplan, la acción para continuar la causa prescribirá en los mismos plazos, contados desde la fecha del autocabeza de proceso. Caso de que el indiciado se presentare voluntariamente a la justicia en el plazo máximo de seis meses posteriores al auto inicial, los respectivos plazos se reducirán a ocho años en los delitos reprimidos con reclusión; y, a cuatro años en los delitos reprimidos con prisión, contados así mismo de la fecha del autocabeza de proceso. No surtirá efecto esta regla en caso de reincidencia.

En los delitos de acción privada, la acción para perseguirlos prescribirá en el plazo de ciento ochenta días, contados desde que la infracción

fue cometida. Iniciada la acción y citado el querellado antes del vencimiento de ese plazo, la prescripción se producirá transcurridos dos años a partir de la fecha de la citación de la querella. La acción penal por delitos reprimidos sólo con multa se extinguirá en cualquier estado del juicio, por el pago voluntario del máximo de la multa correspondiente al delito, y de las indemnizaciones, en los casos en que hubiere lugar. Si la prescripción se hubiese operado por la falta de despacho oportuno de los jueces, éstos serán castigados por el superior con la multa de quinientos a cinco mil sucres, quedando a salvo la acción de daños y perjuicios a que hubiere lugar contra dichos funcionarios, de conformidad con lo prescrito en el Código de Procedimiento Civil..."

La normativa supranacional, la duración razonable del proceso penal y la prescripción.-

El Ecuador ha suscrito tanto la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en consecuencia son vinculantes para el Estado ecuatoriano y forman parte de la normativa que relacionada incluso con los Derechos Humanos y Garantías determinadas en los pactos, tratados y convenios, debe respetarse en el país, según el expreso mandato contenido en la **Constitución Política** vigente desde el 11 de agosto de 1998 que en la parte pertinente preceptúa:

Título III DE LOS DERECHOS, GARANTÍAS Y DEBERES. Capítulo 1. PRINCIPIOS GENERALES: Art. 16.- "El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución". **Art. 17.-** "El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos". **Art. 18.-** "Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir

condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos. No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos. Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales". **Art. 19.-** "Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material".

En cuanto a la jerarquía jurídica de la normativa internacional dice nuestra Constitución: **Art. 163**.- "Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menorjerarquía".

Transcribimos la parte pertinente de la Convención y del Pacto. **CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS[28]. Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal**. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad…**Artículo 8. Garantías Judiciales**. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella…

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS[29]. Artículo 9 .1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas

---

28 Suscrita en San José de Costa rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferenciaz Espercializada Interamericna sobre Derechos Humanos.

29 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en sureslución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 3. tendrá derecho a serjuzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. **Artículo 14**. 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: c) A serjuzgado sin dilaciones indebidas…".

Dejamos expresa constancia que la Constitución de Ecuador vigente desde 1998, reconoce la imprescriptibilidad de determinados delitos, pero que dicha norma que crea un régimen penal de excepción es aplicable para lo venidero es decir para los delitos cometidos a partir de su vigencia, siendo improcedente en casos anteriores, pues no se puede aplicar con criterio retroactivo, el contenido constitucional en perjuicio del reo.

Dice la Constitución: **Art. 121**.- "Las normas para establecer la responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, se aplicarán a los dignatarios, funcionarios y servidores de los organismos e instituciones del Estado. Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad".

Igualmente el Art. 23 de la Carta Magna de nuestro país reconoce la imprescriptibilidad para otro tipo de delitos, consagrando en el numeral 2, último párrafo: "Las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de consciencia serán imprescriptibles. Estos delitos no serán susceptibles de indulto o amnistía. En estos casos, la obediencia a órdenes superiores no eximirá de responsabilidad". Cabe aquí el mismo comentario, en el sentido de que la ley dispone para lo venidero y que no se

pueda aplicar la disposición constitucional con carácter retroactivo en perjuicio del reo o imputado.

Causas de suspensión e interrupción, en ciertos casos.-

La Doctrina y nuestra normativa han previsto que toda acción, sea pública, privada o de instancia privada, cualquiera sea la naturaleza de la infracción o de la pena que la reprime, está sujeta a prescripción. Existen, sin embargo, leyes que establecen importantes alteraciones al régimen clásico y común en materia de prescripciones, como puede apreciarse en leyes especiales como la 108 en Ecuador, que se refiere al tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas; y, puede darse el caso de que la propia Constitución establezca un régimen especial con respecto a la prescripción, el indulto o la amnistía como, como ocurre en Ecuador a partir del 11 de agosto de 1998.

La prescripción tiene un **fundamento subjetivo y objetivo**. El **aspecto subjetivo**, presenta dos facetas: en **primer lugar**, la ley acuerda la prescripción cuando la parte lesionada por un delito no ejerce la acción durante un largo tiempo por presumir que dicha persona (víctima) no tiene interés en la represión del delito. En **segundo lugar** y con relación al delincuente, la ley presume que si ha transcurrido un largo tiempo sin que el delincuente haya cometido un nuevo delito es porque este se ha enmendado y entonces, al Estado le interesa mucho más esa enmienda que la persecución de un delito cometido en un pasado lejano.

Desde el **punto de vista objetivo**, el fundamento de la prescripción esta dado por el hecho de que, pasado un cierto tiempo desde la comisión de un delito, ya no existe interés social en reprimirlo. En nuestro derecho, la acción prescribe en distintos plazos conforme sea la cantidad de pena, que corresponda. El plazo de la prescripción comienza a correr desde la medianoche del día en que el delito se cometió y si este fuese continuo, desde la medianoche del día en que dejó de cometerse.

La prescripción puede ser interrumpida, y en este caso, el efecto, es el de borrar todo el tiempo transcurrido desde la comisión del delito y a partir del momento de la interrupción vuelve a iniciarse el cómputo. Debe tenerse en cuenta que, tanto respecto de la suspensión como de la

interrupción, la prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los autores del delito, cuando el mismo haya sido perpetrado por más de una persona. Tratándose la prescripción de la acción penal de una cuestión de hecho y por lo tanto de prueba, no es posible enunciar en la materia reglas genéricas. Se deberá analizar cada caso. Tanto la prescripción como la amnistía son causas de "extinción de la acción penal". Se trata en ambas de que un hecho delictivo, cuya comisión origina la posibilidad de legítima persecución penal, no sea más perseguible a partir de cierto momento; cuando se cumple el plazo de prescripción, cuando entra en vigor la ley de amnistía. La amnistía es entonces, en cierto sentido, una decisión valorativa (política) de que la acción y la pena, prescriban.

La prescripción y la amnistía.-

Se suele indicar como uno de los fundamentos políticos de la prescripción, la dificultad probatoria derivada del transcurso del tiempo y la disminución de la necesidad del castigo, la amnistía-que implica un olvido o un perdón- no tiene su fundamento en el tiempo transcurrido desde la comisión del delito, sino en la necesidad de tranquilizar a la sociedad, restablecer la paz y la concordia social. La prescripción tiene un carácter individual y personal, en el sentido de tener diferente extensión según el grado de participación de cada sujeto, la amnistía tiene un carácter objetivo y general. El plazo de la prescripción esta determinado según la gravedad del delito y de la pena, la amnistía, una vez que la ley define el marco de los hechos alcanzados por el perdón, no condiciona el beneficio a la mayor o menor gravedad del hecho cometido, sino a la circunstancia de que sea de uno de aquellos cuyo olvido restablecería la concordia.

La prescripción es siempre una referencia a un lapso transcurrido, la amnistía no opera en función del mayor o menor tiempo transcurrido desde la comisión del delito y es frecuente que alcance a delitos políticos cometidos en momentos cercanos a la ley misma. La amnistía es una "extinción de la acción", que solo puede operar para hechos ya cometidos y que no promete nunca el perdón futuro. Entonces, un régimen de prescripción de la acción promete al autor eventual de un hecho delictuoso en qué momento la sociedad se olvidará de su delito o lo perdonará, si transcurre un cierto tiempo desde la comisión del hecho y

deja de ser un régimen de prescripción, si reduce retroactivamente el plazo sin alcanzar también con el beneficio, a los hechos futuros. La amnistía, por el contrario, es, necesariamente, sólo un perdón de lo ya ocurrido.

Cabe otra reflexión: ¿es conveniente declarar de oficio la prescripción de la acción penal? En efecto, el principio de retroactividad de la ley penal más benigna también rige en lo atingente a los mecanismos de extinción de la acción, ya que este extremo está incluido en el concepto de irretroactividad que establece el art. 2 del Código Penal, y que prevé el Art. 24, en los numerales 1 y 2 de la Constitución vigente. Es pertinente declarar de oficio la prescripción de la acción penal, si se cumplen los presupuestos de procedencia de la misma, pues la extinción de la facultad persecutoria penal, debe ser así declarada, pues es un criterio consolidado que la prescripción puede (y debe) ser declarada, en cualquier instancia del proceso y por cualquier tribunal, por tratarse de una cuestión de orden público que, como tal, opera de pleno derecho, por el sólo "transcurso del tiempo".

Los presupuestos de procedencia o requisitos positivos y negativos, que establece la ley, para evitar la continuación de juicios innecesarios, pueden así resumirse: a) el transcurso del plazo pertinente, y, 2) la inexistencia de actos procesales interruptores y la no comisión de un nuevo delito. Por otro parte, el nuevo esquema decidido por el legislador se halla comprendido en sus efectos por el principio de retroactividad de la ley penal más benigna[30]. Por ello, si se constata el cumplimiento de todos los requisitos legales del instituto de la prescripción de la acción penal, corresponde declarar su extinción respecto de los procesados en que se cumplen los mismos.

Se presta para el debate y el juicio axiológico la nueva legislación que tiene rango constitucional, en materia de delitos contra la humanidad o relacionados con abuso de poder en el ejercicio del cargo, para obtener beneficios económicos, a la luz de los principios de oportunidad y conveniencia; sin perjuicio de la indudable justicia, contenida en la

[30] Cf. Art. 2º del Código Penal; 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Art. 24, numero 2 de la Constitución Política. 14

aspiración de que los procesos se sustancien en el plazo más breve factible. En la situación del juez, así como no es posible controvertir la reducción de la pena que corresponda a un determinado delito cuando ella es establecida por medios constitucionales idóneos, tampoco aparece posible efectuar cuestionamientos a la norma sancionada siguiendo iguales cánones.

En el caso de Ecuador, el juez es custodio de la constitucionalidad, conforme lo prevé el Art. 274, el mismo que dice: "Cualquierjuez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales. Esta decalración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio" .

El plazo aplicable en Ecuador, para declarar la prescripción.-

De la exposición que antecede apreciamos que el sistema penal ecuatoriano tiene una doble opción en materia de prescripción, aplicable según los casos:

A) Una prescripción con plazos normales: misma que se produciría en el evento de que el sindicado no hubiese comparecido al proceso, de manera que si el o los sindicados no hubiesen comparecido al proceso en delito sancionado con pena de reclusión, el plazo de acuerdo con la normativa anterior se contaba a partir de la ocurrencia de los hechos o del autocabeza de proceso, y era de 10 años. Con la normativa vigente el plazo puede aumentar a 15 años, conforme hemos señalado precedentemente.

B) Una prescripción con un plazo de excepción o privilegiado; que tendría lugar cuando el indiciado se presentare voluntariamente a la justicia, en el plazo máximo de seis meses posteriores al autocabeza de proceso (normativa anterior), caso en el que los respectivos plazos se reducían a 8 años en los delitos reprimidos con reclusión, y a cuatro años en los delitos reprimidos con prisión.

¿Como debe interpretarse la presentación voluntaria a la justicia?

Debe ser interpretada como la comparecencia al proceso, aún para el evento de que el sindicado tuviese pendiente un auto de prisión preventiva, y en tal condición estuviese prófugo. Esta interpretación ha sido recogida mediante resoluciones dictadas por Salas de la Corte Suprema de nuestro país; la una resolución es del siguiente tenor[31]: "El inciso sexto del Art. 101 del Código Penal dispone que 'caso de que el indiciado se presentara voluntariamente a la justicia, en el plazo máximo de seis meses posteriores al auto inicial', la prescripción de la acción penal operará en 'ocho años en los delitos reprimidos con reclusión, y en cuatro años en los delitos reprimidos con prisión, contados así mismo desde la fecha del autocabeza de proceso', toda vez que se reducen los plazos ordinarios de diez y de cinco años, según sea el delito sancionado con reclusión o prisión.

El legislador en dicho inciso no ha dispuesto que la presentación voluntaria a la justicia sea en el caso de que se haya dictado auto de detención; y de interpretarse en este sentido, los sindicados contra quienes se haya expedido orden de detención después de seis meses de iniciado el enjuiciamiento, no gozarían de este derecho, lo que resultaría injusto y contra el espíritu de la ley. Si la Ley en el inciso que se menciona, no es clara, existe caso de duda, en cuyo supuesto debe interpretarse 'en el sentido mas favorable al reo', como imperativamente ordena el Art. 4 del Código Penal".

Otra resolución, dice[32]: "TERCERO.- Que la presencia del indiciado en el juicio penal posibilita su prosecución, mientras que la ausencia del reo motiva la suspensión de la acción en la etapa plenaria, razón por la cual el Cód igo Penal en el inciso sexto del artículo 101 en consideración a la conducta positiva del indiciado que comparece al juicio (**el subrayado es nuestro**) reduce en su beneficio el tiempo de la prescripción a cuatro años cuando se trata de delitos sancionados con prisión, y a ocho años cuando se trata de delitos sancionados con reclusión; en ambos casos

---

31 Del 21-XI-69, publicada en Gaceta Judicial. Serie. XI, No. 8. P. 1114.

32 Del 22-XII-97. Expediente No. 528-95, publicada en el Registro Oficial 269, 5-III-98.

contados desde la fecha en que se hubiere expedido el autocabeza de proceso. CUARTO.- Que para aplicar el tiempo reducido de prescripción basta que el indiciado comparezca al juicio en el plazo máximo de seis meses posteriores al auto inicial – sin que sea necesario que se encuentre detenido -; pues el inciso sexto del artículo 101 del Código Penal exige tan solo la presentación del indiciado ante el juez, pero no su detención (**el subrayado es nuestro**).

QUINTO.- Que es clara la disposición legal que reduce el tiempo de la prescripción por la sola comparecencia del indiciado al juicio; y que si no lo fuera –por existir duda sobre lo que significa que el indiciado se presente voluntariamente a la justicia – debe interpretarse la norma legal en el sentido mas favorable al reo como imperativamente ordena el artículo 4 del Código Penal…OCTAVO.- Que el autocabeza de proceso en la presente causa aparece dictado el 18 de enero de 1993, por la Juez Tercero de lo Penal de Cañar; y que … el indiciado comparece al juicio el 21 de enero de 1993; esto es inmediatamente después de haber sido citado, y por lo tanto dentro del plazo de seis meses establecido en el inciso sexto del artículo 101 del Código Penal… esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en base a lo dispuesto por el inciso sexto del artículo 101 del Código Penal, declara la prescripción de la acción penal incoada."

Epílogo.-

La prescripción del ejercicio de la acción se fundamenta en el paso del tiempo sin que las partes o los jueces hayan resuelto la acción, vale decir, que se haya dictado sentencia en firme; por tanto opera el olvido, si no han existido motivos legales que suspendan o interrumpan la prescripción.

Estamos convencidos igualmente de la necesidad histórica de fortalecer la plena vigencia de un *Estado de Derecho,* como se proclama nuestro país constitucionalmente, para cuyo cumplimiento en deter-minados casos resulta imprescindible tomar decisiones trascendentales que restablezcan la credibilidad en el imperio de la ley, y en el reconocimiento del derecho que le asiste a cualquier ciudadano para que se cancele la potestad punitiva que ejerce el Estado a través del

sistema penal. Resulta un mecanismo idóneo de contención para evitar un ejercicio abusivo del poder punitivo, la utilización del derecho penal con instituciones como la prescripción tanto de la acción como de la pretensión punitiva; y, cuando fuese del caso llegando inclusive a la prescripción de la pena. Esta es una manera lógica y racional de poner límites al ejercicio del poder punitivo estatal!

AMPARO DE LA LIBERTAD

Dr. Jorge Zavala Baquerizo

La Constitución Política de la República (en lo sucesivo, CPR), en el inciso primero del art. 95, como uno de los medios para garantizar los derechos de los ciudadanos establece el llamado "Amparo" que tiene por finalidad hacer "cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convención internacional vigente y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave…". Pero en el inciso segundo del mismo artículo se manera imperativa aclara que "no serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso". En consecuencia, cuando se vulneren derechos de los ciudadanos durante la sustanciación de un proceso, o en una resolución judicial el ciudadano no tiene derecho a solicitar el amparo del Estado para que lo proteja de las violaciones provenientes de la actividad de los órganos judiciales jurisdiccionales, lo cual es una de las maneras de dejar en indefensión al ciudadano frente a la acción de los encargados de la administración de justicia.

Uno de los bienes insitos en la persona es el de la libertad a la cual nosotros, sin exageración alguna, la llamamos la hermana gemela de la vida, como con elegancia roussoniana lo enuncia nuestra CPR al decir, en el art. 23, No. 4, que "todas las personas nacen libres". Por lo general, el ataque a la libertad individual de las personas proviene de la Función Judicial; y la amenaza a dicha libertad surge del Ministerio Publico. De allí es que excluir de la acción de amparo constitucional la violación o amenaza de violación, de la libertad cuando proviene de la Función Judicial, carece de fundamento. Para paliar un poco la indefensión del ciudadano ante la arbitrariedad judicial, o proveniente de los agentes del Ministerio Público, cuando de la libertad individual se trata, el legislador incorporó en el Código de Procedimiento Penal (en lo sucesivo, CPP) en el Libro VI, el Capítulo IV, referido al amparo de la libertad que, como

haremos presente, tiene el defecto de que es la misma Función Judicial la competente para sustanciar y resolver la acción de amparo de la libertad.

Sabemos que la acción es el poder jurídico que el Estado concede a los ciudadanos para que puedan acceder a los órganos judiciales con la finalidad de defender sus "derechos e intereses". La acción sólo puede ejercerse cuando surge la infracción –constitucional, civil, o penal- que violenta los bienes jurídicos del ciudadano que se encuentran garantizados constitucionalmente. Y la acción se ejerce, repetimos, con la finalidad de estimular al órgano jurisdiccional competente a fin que éstos concedan al accionante la "tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses"[1]. Por tanto, la acción de amparo a la que se refiere el CPP se ejerce cuando la libertad individual del ciudadano ha sido limitada, o cuando exista el peligro de tal limitación.

Pero es necesario tener presente que la CPR dedica un Capítulo al Habeas Corpus como una garantía al derecho a la libertad individual y que tiene un régimen diverso al amparo de la libertad establecido en el CPP. La acción de habeas corpus tiene la finalidad principal de presentar al quejoso ante la autoridad municipal para controlar, ante todo, la supervivencia de la persona, la integridad física del mismo y la legalidad de la privación de la libertad. Lo que importa destacar es el que Estado se ha visto obligado a proteger al ciudadano de las conductas abusivas, arbitrarias, que no pocas veces urgen de los órganos de la administración pública, sean éstos órganos pertenecientes a cualesquiera de las tres funciones del Estado. Desde que el hombre ocupó un lugar preponderante en la dirección de la vida social no han sido pocos los casos en que impuso su voluntad de manera pacífica, o de manera beligerante, pretendiendo siempre que la obediencia general permita el cumplimiento de los fines de interés particular de la persona que ostenta el poder social o político. La existencia del habeas corpus, del amparo general a las garantías constitucionales y el amparo particular a la libertad individual están y han estando justificados ante el abuso o la intolerancia de los titulares del poder administrativo en cualesquiera de sus manifestaciones, sea ejecutivo, sea legislativo, sea judicial.

[1] Art. 24, No. 17, CPR.

En nuestro medio no tiene mayor antecedente el recurso de amparo a la libertad. En algunas Constituciones de la República se ha reconocido el derecho de habeas corpus, cuyo procedimiento constaba tanto en la Constitución como en la Ley de Régimen Municipal, ya que una de las características de la mencionada institución era, y es, la de entregar al Alcalde de cada cantón la capacidad jurídica para resolver cada caso de violación de la libertad individual por cuyo motivo se interponía el habeas corpus. Como recuerda Cueva Carrión[2] "el primer jalón histórico-jurídico del amparo consta en el numeral quince del art. 28 de la Constitución Política de 1967". Sin embargo, como explica el Prf. Zavala Egas[3], la CPR anterior a la vigente "sin darle ese nombre (amparo) la institución existe en nuestro sistema constitucional y, es así como entre las atribuciones que se concede al Tribunal de Garantías Constitucionales consta el No. 3 del Art. 141 aquella de 'conocer de las quejas que formule cualquier persona natural i jurídica por quebrantamiento de la Constitución que atente contra los derechos y libertades garantizados por ella…'". Pero en los Códigos de Procedimiento Penal, paralelamente a la vigencia del habeas corpus reconocido en la CPR y reglamentado en la LORM, estaba reconocido el llamado por algunos comentaristas "recurso de queja" y, por otros, llamado "habeas corpus judicial". Así, v.gr., en la codificación del CPP de 9 de mayo de 1960, se reconoce el derecho de toda persona a acudir por su libertad ante el juez superior de aquel juez que hubiere ordenado la privación de la misma (art. 416, primer inciso). La antes mencionada disposición legal se encuentra repetida, palabra más, palabra menos, en los Códigos de Procedimiento Penal de 1971 y de 1983, hasta que se puso en vigencia el CPP de 2001, en donde de manera expresa se establece el amparo de la libertad con su propio procedimiento.

El amparo constitucional general es la protección que el Estado concede a las personas víctimas de una agresión contra sus bienes jurídicos constitucionalmente garantizados. Cuando este bien jurídico lesionado es la libertad, el Estado concede al ofendido la acción de amparo de la libertad, la cual debe ejercerse conforme a las reglas de procedimiento penal. Por lo expuesto, opinamos que *el amparo de la*

---

[2] Luis Cueva Carrión. El Amparo. Teoría, Práctica y Jurisprudencia.

[3] Jorge Zavala Egas. Manual de Derecho Constitucional. Introducción a la Teoría Constitucional.

libertad es un derecho subjetivo que el Estado concede a las personas para que lo ejerzan judicialmente cuando se encuentren amenazadas de perder su libertad individual o cuando, en efecto, la hayan perdido, por un acto abusivo o violación de la ley proveniente de un juez o de una autoridad pública. La acción de amparo se manifiesta a través de un medio que la ley denomina "amparo de la libertad" que da lugar a un proceso especial llamado "juicio de amparo de la libertad" que tiene características y normas de proce-dimiento especialmente previstas en la ley de procedimiento penal.

El amparo de la libertad es un derecho subjetivo que el Estado concede a las personas para que puedan reclamar ante la Función Judicial la tutela de la garantía de la libertad individual. El derecho subjetivo de la persona genera el deber jurídico del órgano jurisdiccional para disponer la protección del accionante o de la persona a quien éste represente.

El amparo de la libertad sólo puede tener como sujeto activo a la persona natural, no a la jurídica, dados el objeto y la finalidad del amparo. En efecto, el objeto de la acción de amparo a la que nos referimos es la libertad individual. Es su único objeto y, por ende, de dicho bien jurídico de la libertad sólo es titular la persona física, natural. Y la finalidad del amparo es evitar que se violente el derecho a la libertad de la persona natural o, en su defecto, si ya se lo ha violentado, proteger al accionante rectificando el abuso de la autoridad que ordenó la privación de la libertad.

El sujeto destinatario del ejercicio de la acción de amparo de la libertad es el titular del órgano de la Función Judicial. Como se trata de un proceso especial no puede ser iniciado, sustanciado y concluido sino por el juez autorizado por la ley.

El ejercicio de la acción de amparo de la libertad puede tener tres fundamentos únicos, a saber: a) Amenaza de privación de la libertad individual; b) Pérdida de la libertad individual; y, c) Prolongación ilegal de la libertad individual. En cuando al primer fundamento es necesario tomar en consideración que la acción comprende una probable actividad abusiva del titular de algún órgano administrativo, o judicial, del Estado

que ponga en peligro el bien jurídico de la libertad de una persona. El Estado social de derecho tiene tanta preocupación por la vigencia de la libertad de los ciudadanos que no permite que se la violente y no sólo es que no permite que se la violente, sino que pone a disposición de personas un medio efectivo (acción de amparo de la libertad) para evitar la privación de la libertad antes que tal privación se llegue a consumar, permitiendo que concurra ante el titular del órgano jurisdiccional penal para que éste impida, o evite, la consumación del abuso. Pero si la violación a la garantía constitucional de la libertad se llegara a consumar, el ofendido puede ejercer la acción que estamos examinando, para ante el titular del órgano jurisdiccional penal competente, a fin que repare el agravio ordenando la libertad del ofendido. Se trata, pues, de un proceso reivindicatorio de la libertad personal.

Se ha debatido respecto a lo que debe entenderse por "autoridad pública" a la que se refiere la ley de procedimiento al tratar sobre el amparo de la libertad. Una de las acepciones castizas de la palabra "autoridad" es aquella que dice que es "la persona revestida de algún poder, mando o magistratura"[4]. Por su parte Escriche[5] define la autoridad como "la potestad o facultad que uno tiene para hacer alguna cosa". La Ley de Amparo de México al referirse al tema que estamos tratando explica, en el art. 11, lo que debe entenderse por autoridad al decir: "Es autoridad responsable la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado". Tenemos para nosotros que nuestra ley de procedimiento ha utilizado la palabra "autoridad" en el sentido de capacidad de una persona para poder dirigir o determinar la conducta de otras. Se debe distinguir entre la autoridad y el agente de la autoridad. La primera es el funcionario que ordena; el segundo, el que ejecuta lo ordenado por el anterior. Si esto es así se debe comprender dentro de la frase "autoridad pública" a todo funcionario del sector público que tiene poder para orientar la conducta de los gobernados, incluyendo entre éstos a los funcionarios del Ministerio Público, De esta manera, entonces, el órgano desde emana el abuso que constituye la amenaza injusta, o la lesión efectiva, en su caso, a la libertad de una persona, puede ser cualquier funcionario del sector público que tenga

[4] Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición.
[5] Joaquín Escriche. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.

poder para poner en peligro o limitar la libertad personal de los ciudadanos. Y entre esos funcionarios se comprende a los fiscales de la República quienes son los que, con mayor frecuencia, amenazan abusivamente la libertad de las personas.

El juez penal puede amenazar o limitar efectivamente la libertad de una persona, sea al ordenar por sí mismo la privación de esa libertad, sea satisfaciendo el pedido en este sentido que le haga el fiscal respectivo. De allí es que la ley de manera precisa aclara en el art. 422, CPP, que no sólo el juez es el funcionario que puede poner en peligro la libertad personal, sino que también lo puede hacer cualquier funcionario que tenga el poder de orientar, determinar, o exigir a los ciudadanos un comportamiento dado, tales como los gobernadores, intendentes o fiscales.

Tanto en la CPR como en el CPP, y otras leyes afines, se encuentran estrictamente regulados los casos en que los órganos del sector público, pueden ordenar la privación de la libertad de las personas. Toda conducta de los funcionarios públicos que se aparte de dichas regulaciones constitucionales y legales constituye un "abuso de poder", como reza el artículo antes citado. Por lo tanto, cuando el juez o la autoridad pública actúan rebasando los límites de las normas jurídicas que permiten la privación de la libertad, abusan del poder que el Estado les ha concedido y, por ende, su conducta puede dar lugar al ejercicio de la acción de amparo de la libertad. El mencionado ejercicio tiene por finalidad estimular al órgano jurisdiccional penal para que proteja la libertad del accionante, sea por la amenaza de tal privación, sea por habérsela privado de manera efectiva. El proceso que se inicia por el ejercicio de la acción mencionada tiene un procedimiento especial y excepcional. Especial, porque se sustancia a través de un procedimiento diferente al ordinario impuesto para la sustanciación de la generalidad de los procesos penales. Excepcional, porque tiene una sola finalidad: la protección de la libertad individual.

El sujeto activo de la acción de amparo que estudiamos puede ser cualquier persona natural, nacional o extranjera. Dada la naturaleza del amparo de la libertad no es concebible su ejercicio por parte de una persona jurídica a la cual, como sabemos, se le concede constitu-

cionalmente el amparo por motivos diversos al de la libertad (art. 95, CPR).

La persona cuya libertad se encuentre en peligro, o se la haya limitado, o estando detenida se hubiere prolongado la prisión en forma abusiva, puede comparecer personalmente, o por medio de un representante, ejerciendo la acción en estudio. El representante no necesita estar autorizado de manera expresa por el representado. La acción de amparo de la libertad se la ejerce para ante un "juez o tribunal penal del lugar en donde se encuentre el recurrente", siguiendo las reglas de procedimiento previstas en el Capítulo correspondiente en el CPP. Cuando la ley dice que el juez competente para la receptación y sustanciación del juicio de amparo de la libertad es el del "lugar en donde se encuentre el recurrente" (Art. 422, in fine, CPP) pudiera dar idea a que sólo las personas residentes en el país que se encuentran afectadas por una medida que pudiera poner en peligro su libertad, o la hubiera perdido en efecto, son las que pueden ser accionantes y no las que se encuentran fuera del territorio nacional. Sobre este punto es necesario tomar en consideración que la ley se está refiriendo al juez o tribunal del territorio en donde se encuentre el "recurrente", el cual puede ser tanto el afectado con el abuso de la autoridad como la persona que, a nombre de aquella, presenta el amparo. En el caso que la persona cuya libertad se encuentre amenazada por un acto abusivo del titular de algún organismo del sector público estuviera fuera de la República, la persona que lo represente debe ejercer la petición de amparo ante el juez o tribunal del distrito judicial del lugar en que se encuentra la persona que ejerce la acción de amparo.

El ejercicio de la acción de amparo de la libertad provoca la iniciación de un proceso especial y excepcional cuyo sujeto activo –el reclamante- exhibe una pretensión por la cual demanda del juez o tribunal penal la protección del bien jurídico de la libertad personal que se encuentra amenazada o limitada de manera efectiva. La pretensión de nuestra referencia se la exhibe ante el juez o tribunal penal y frente a la autoridad pública que amenaza o priva de la libertad al reclamante. Es, por tanto, sujeto pasivo del proceso de amparo de la libertad el funcionario público autor del abuso de autoridad por cuyo abuso amenaza la libertad de una persona, o se le ha privado en efecto de esa libertad. De lo explicado se concluye que el demandante siempre es una

persona subordinada el poder público, esto es, uno de los gobernados; y la persona frente a quien se orienta la reclamación de amparo es uno de los gobernantes, esto es, uno de aquellos funcionarios públicos que tienen capacidad legal para imponer normas de comportamiento a los gobernados, o sea, actos de autoridad sobre los ciudadanos.

Nuestra ley de procedimiento penal establece que la amenaza a la libertad, o la privación efectiva de la misma puede originarse, sea de fuente judicial, sea de cualquier autoridad pública. La arbitrariedad judicial surge, por lo general, cuando el juez dicta el auto de prisión preventiva sin que se cumplan con los presupuestos de procedibilidad previstos en el art. 167, CPP. En este caso la arbitrariedad consiste en la violación de la ley. Frente a la arbitrariedad mencionada el sujeto pasivo del proceso penal en el que incide el auto ilegal de prisión provisional puede interponer el recurso de apelación, interpuesto el cual, se suspenden los efectos jurídicos del auto mencionado; o, en su defecto, puede ejercer la acción de amparo de la libertad ante la amenaza que significa la citada providencia que limita la libertad. Pero es necesario tener presente que si se interpone el recurso de apelación resulta improcedente la pretensión de amparo de la libertad, por lo cual no pueden presentarse paralelamente una y otra. La una, o la otra, pero no ambas. También sucede que algunos jueces emiten órdenes de detención sin que se hubieren cumplido los presupuestos legales que permiten la procedencia de dichas órdenes. En estos casos también procede el ejercicio de acción de amparo de la libertad por violación de la ley.

Muchas veces las autoridades administrativas o los miembros del Ministerio Público emiten resoluciones que amenazan la libertad del gobernado o, en su defecto, le privan de la libertad. Es el caso de las autoridades administrativas, como son los gobernadores, intendentes, comisarios de policía, o tenientes políticos que emiten mandatos de privación de la libertad contra un ciudadano sin cumplir con las exigencias legales para su procedencia, o extralimitándose en sus funciones. En los casos indicados procede el ejercicio de la acción de amparo de la libertad, de acuerdo a las formas procesales preestablecidas.

El amparo de la libertad también procede cuando el juez penal que hubiere dictado el auto de prisión preventiva no resuelve, o lo hace negativamente, sobre el pedido de la caución que ofrece el imputado,

pese a que dicha caución es legalmente procedente. En efecto, si la ley procesal penal prevé los casos en que las personas que se encuentran afectadas por un auto de prisión preventiva pueden obtener su libertad condicional ofreciendo garantía suficiente, y el juez no resuelve en el plazo legal, o niega arbitrariamente la predicha garantía procede que la persona afectada con esa ilegal conducta del juez, solicite el amparo para que, cumpliendo con los presupuestos legales, se admita la caución.

Aún más, la acción de amparo de la libertad se puede ejercer en el caso que la prisión preventiva de una persona hubiere excedido el tiempo permitido constitucionalmente. En efecto, partiendo del principio universalmente aceptado que todo proceso penal debe sustanciarse en "tiempo razonable", nuestra CPR, en el art. 24, No. 8, de manera imperativa ordena que la prisión preventiva de una persona no puede exceder de seis meses en el caso de los procesos penales que tienen por objeto un delito enlazado con pena de prisión correccional; y de un año en el caso de que tal objeto fuera un delito enlazado con pena de reclusión. En tal virtud, el ciudadano que estuviera privado preventivamente de su libertad por un tiempo mayor al mencionado en el antes citado mandato constitucional tiene derecho a ejercer la acción de amparo de su libertad por ser víctima del abuso del juez penal que sustancia el proceso respectivo al no ordenar su libertad, pese a que el plazo correspondiente para la eficacia jurídica del auto de prisión preventiva ha fenecido. De lo que se infiere que el amparo de la libertad protege al ciudadano en todos los casos en que su libertad se encuentra amenazada, o se hubiere efectivamente coartado, o se lo haga por un tiempo mayor que el permitido por la ley.

En cuanto al Ministerio Público, si bien sus funcionarios administrativos (fiscales) no tienen *todavía* poder ilimitado para privar de la libertad a un ciudadano, tienen la facultad de solicitar al juez que dicte la detención, o la prisión preventiva, por lo cual, en ese momento, en el momento en que hacen efectiva la mencionada petición, ponen en peligro, esto es, amenazan la libertad del ciudadano. Y cuando ese pedido no cumple con las exigencias contenidas en las normas constitucionales y legales, constituye una amenaza injurídica inminente a la libertad y, por ende, procede el ejercicio de la acción de amparo de la libertad. Se debe tener presente que la antes mencionada acción surge procedente cuando un gobernado tiene el peligro de perder su libertad por el acto ilegal, o

abusivo, de la autoridad pública, esto es, cuando sobre él surge la amenaza ilegal de que se le prive de su libertad. La amenaza, como se sabe, es la advertencia de generar un mal inminente y, por ende, cuando un fiscal, incumpliendo las normas constitucionales o legales, solicita al juez penal que dicte el auto de prisión preventiva, ejecuta un acto abusivo que amenaza la libertad de una persona, la cual tiene derecho a que se la proteja a través del ejercicio de la acción de amparo de la libertad.

La ley de procedimiento penal no prevé plazo alguno para el ejercicio de la acción de amparo de la libertad, como tampoco exige requisitos formales necesarios para la demanda de amparo. Por tanto, el ejercicio de dicha acción se lo puede hacer en cualquier tiempo posterior al acto que genera la amenaza contra la libertad, o que la limite en efecto. Dada la urgencia con la que debe tratarse la solicitud que contiene la acción de amparo, la ley de procedimiento ha tratado de superar las formalidades inútiles, sin que se impongan requisitos formales necesarios para la procedencia de tal solicitud. El reclamante puede concurrir ante el juez competente sea mediante un escrito en que conste la demanda de amparo, sea de manera oral, en cuyo caso el secretario del juzgado debe redactar el acta en donde se haga constar, en lo que fuere posible, las circunstancias del acto lesivo a la libertad y la petición correspondiente.

En la ley de procedimiento penal constan normas que prevén los presupuestos necesarios que, dentro de un proceso penal, deben existir para hacer procedente la libertad individual, por lo que si el juez penal ignora tales presupuestos y, además, ordena la prisión preventiva del imputado, viola la ley y hace procedente el amparo de la libertad. Pero, además, es necesario considerar la posibilidad que el auto de prisión preventiva se haya emitido cumpliendo con todos los presupuestos exigidos por la ley procesal penal y si en este caso el imputado, legal-mente fundamentado, solicita al juez la libertad provisional bajo garantía, y dicho juez la niega, es procedente la demanda de amparo de la libertad, por el acto ilegal del juez.

Una vez admitida la demanda de amparo de la libertad, el titular del órgano jurisdiccional penal competente que sustancia el respectivo proceso debe convocar una audiencia pública para que se realice doce

horas después de dictado el auto que la convoca. A esta audiencia deben concurrir tanto el reclamante como la autoridad que ordenó la privación de la libertad, quien debe exponer ante el juez o tribunal de amparo las razones legales que fundamenten el mandato privativo de libertad del demandante.

La situación jurídica de "prófugo" no es obstáculo que impida el ejercicio de amparo de la libertad, no tampoco impide la realización de la audiencia. Basta que la solicitud de amparo se encuentre fundamentada y que a la audiencia concurra el defensor del reclamante para que el proceso que tiene por objeto el mencionado amparo se desarrolle de acuerdo a la normativa legal. Está de acuerdo con la naturaleza del amparo de la libertad que la persona que la demanda pueda ejercer su derecho, sea que se haya efectivado el abuso contra la libertad, sea que esté pendiente de ejecución. Tampoco impide la realización de la audiencia que la autoridad pública que emitió el mandato privativo de la libertad no asista a la audiencia convocada. Su inasistencia y, por ende, su omisión del deber de presentar el informe al juez de amparo, no impide la sustanciación del proceso, pero si es una manifestación de irrespeto al tribunal y a la ley, amén que puede interpretarse su ausencia como una aceptación tácita de los cargos que formula el demandante de amparo.

Finalizada la audiencia el órgano de amparo debe "resolver inmediatamente" expresa el art.427, CPP, pero no dice de manera concreta qué clase de resolución es la que debe dictar: si auto, o si sentencia. Si partimos de la concepción que nuestra ley de procedimiento civil nos entrega sobre lo que debe entenderse por "sentencia" y lo que debe entenderse por "auto", debemos concluir que la resolución del órgano jurisdiccional penal de amparo debe ser necesariamente una sentencia, pues dicha resolución decide la cuestión principal de la demanda, cual es la pretensión de amparo de la libertad. En efecto, si se trata de un proceso excepcional y especial que ha previsto el ordenamiento jurídico para sustanciar una pretensión concreta por la cual se demanda del titular del órgano jurisdiccional penal respectivo la revocatoria de un mandato abusivo e ilegal de un juez o de una autoridad pública por el cual se amenaza la libertad individual o, en efecto, se la limita, debemos concluir que la resolución del tribunal de amparo debe

surgir a través de una sentencia, pues en ella se decide acerca del asunto principal, esto es, sobre la concesión o la negación del amparo. Además, se debe entender que la demanda de amparo no es un expediente derivado de algún proceso en donde se haya amenazado o limitado la libertad individual sino, como antes dijimos, origina un proceso independiente con objeto, procedimiento y finalidad exclusivos y, por ende, debe concluir en sentencia.

El funcionario a quien le corresponde ejecutar y cumplir la sentencia positiva de amparo de la libertad debe actuar de inmediato, sin observación alguna. Si se negare a dar la libertad al quejoso, o dejar insubsistente el mandato contenido en la sentencia de amparo, no sólo comete el delito previsto en el art. 234, CP, esto es, desacato, sino que, en el caso que el demandante de amparo estuviere privado de la libertad, el funcionario encargado de cumplir la sentencia cometería, además del citado delito de desacato, el previsto en el art. 182, ib., el cual sanciona al funcionario que hubiese retenido a una persona "detenida o presa cuya libertad haya debido decretar o ejecutar".

La sentencia de amparo, sea positiva, sea negativa, se ejecutoría una vez dictada, esto es, no admite impugnación alguna, por lo que debe ser cumplida de inmediato. Cuando se trata de la sentencia que concede la protección demandada, su ejecución inmediata está de acuerdo con la finalidad de la demanda de amparo cual es la de proteger uno de los bienes jurídicos mas importantes que está en la naturaleza de las personas, como es la libertad individual y que la CPR garantiza de manera especial. Cuando se trata de la sentencia que niega el amparo, también causa ejecutoria, sin que dicha sentencia pueda ser obstáculo procesal para que, si la misma persona a quien se negó el amparo pueda quedar indefensa, ya que si surge posteriormente la amenaza a su libertad, o su privación efectiva, tiene derecho a demandar el amparo por nuevas causas que hubieren surgido.

LITIGACIÓN ORAL DURANTE LA INVESTIGACIÓN PROCESAL PENAL EN EL ECUADOR

Fernando Yavar Umpiérrez[1]

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LO ORAL DEL NUEVO CPP. III. LA RESOLUCIÓN DE LA C.S.J. NOVIEMBRE DE 2007. IV. LA RESOLUCIÓN DE LA C.S.J. DE ABRIL DE 2008. V. LA INFORMALIDAD EN LA SUSTANCIACIÓN DE ESTAS AUDIENCIAS. VI. LA DISCUSIÓN DE LA PRISION PREVENTIVA EN LAS AUDIENCIAS DE FORMULACIÓN DE CARGOS. VII. LA PRUEBA ILICITA, LA INEFICACIA PROBATORIA Y LAS AUDIENCIAS DE FORMULACIÓN DE CARGOS. VIII. PRISIÓN PREVENTIVA SIN PETICIÓN DE LA FISCALÍA? IX. LA APLICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y LA VALIDEZ PROCESAL. X. LAS CRÍTICAS A LA RESOLUCIÓN (POR LOS CRÍTICOS DE SIEMPRE). XI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

I.I. Luego de más de 6 años de aplicación del nuevo Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, recién en noviembre del 2007 se inauguró a nivel nacional[2] la oralidad en las fases investigativas del

---

[1] Abogado, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil; Profesor Invitado de Teoría Penal, Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil; Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena; Agente Fiscal de lo Penal del Guayas - Unidad de Delitos Misceláneos; fyavar@gye.satnet.net – www.yavar-law.com

[2] Debiendo tomarse en cuenta que Cuenca desde el año 2004 rompiendo esquemas inquisitivos y llegando a acuerdos interinstitucionales –no frecuentes en el país- implementó las audiencias de medidas cautelares y de formulación de cargos inspirados en la normativa internacional sobre debido proceso vigente en el Ecuador. Conf. La oralidad en las etapas previas al juicio: la experiencia de la ciudad de Cuenca en Ecuador publicado en http://www.cejamericas.org/doc/documentos/laoralidadenlasetapaspreviasaljuicio_ecuador. pdf

sistema penal. Deuda pendiente que un indolente Congreso Nacional[3] no supo saldar en su momento y que debió ser pagada por iniciativa de los operadores de Justicia Penal mediante dos resoluciones de la Corte Suprema de Justicia.

I.II. La primera resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial 221 del 28 de noviembre de 2007 marca un hito en nuestra historia procesal penal, al determinar un mecanismo judicial efectivo de control de la constitucionalidad y legalidad de las privaciones de libertad (primordialmente en casos de flagrancia) de ciudadanos y extranjeros realizadas por la Policía Nacional, y al implantar una discusión ajustada a principios procesales constitucionales del debate mas importante de la fase investigativa del proceso penal: la prisión preventiva. Sus principales omisiones: ser aplicable exclusivamente a los casos penales ordinarios -en desmedro de las otras áreas penales especiales- y además marginar de este procedimiento a los delitos no flagrantes.

I.III. La segunda resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial # 316 del 15 de abril del 2008 –complementaria de la primera, por expreso mandato de la misma- no solo subsana el error e implementa el sistema de audiencias a las áreas de tránsito, aduanera / tributaria y a adolescentes infractores, sino que además regula el procedimiento oral en los casos no flagrantes con la introducción de audiencias nuevas para la petición de detención, de prisión preventiva y de internamiento preventivo.

---

[3] Los Congresos Nacionales que se sucedieron a la vigencia del CPP no percibieron como de vital importancia -no solo para la institucionalidad de la Función Judicial y del Ministerio Público sino para la democracia misma- que el sistema penal responda a los parámetros constitucionales que en materia procesal fija nuestra Carta Política, a la cual -por desgracia- el Código de Procedimiento Penal da la espalda en algunas de sus disposiciones aferrándose a una lógica del expediente y evitando que el sistema acusatorio adversarial termine de implementarse en nuestras prácticas. Un ejemplo claro de dicha contradicción es el segundo inciso del artículo 66 del CPP que dispone:
"Art. 66.- Dictámenes.- El Fiscal debe formular sus requerimientos y conclusiones motivadamente, mediante un análisis prolijo de las pruebas y de los puntos de derecho. Debe proceder oralmente en el juicio y en la audiencia de la etapa intermedia ***y, por escrito, en los demás casos."***

II. LO ORAL DEL NUEVO CPP.

II.I. Revisemos cuál era el estado en materia de oralidad dentro del procedimiento penal común antes de las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, a saber:

*** Audiencias en los Procesos por Delitos de Acción Pública:**

- **Audiencia Preliminar:** usualmente una diligencia que dista mucho de lo que una audiencia debería ser con jueces, fiscales y/o defensores[4] ausentes total o temporalmente[5]; cuya resolución nunca es inmediata; y, casi ningún juez suspende la audiencia para dentro de hasta 72 horas reinstalarla y leer su resolución, según lo dispone el art. 230 del CPP.
- **Audiencia de Juzgamiento:** talvez lo más cercano a oralidad que nuestro sistema penal ofrece, aunque la aceptación que algunos Tribunales Penales hacen de copias certificadas de actuaciones previamente realizadas durante las fases investigativas como

[4] Estadísticamente, en el 2005 se contaba con sólo 31 defensores públicos en todo el país, con una tasa de 0,26 defensores cada 100.000 habitantes. En Quito y Guayaquil, sólo trabajan con nombramiento cuatro defensores respectivamente. En Guayaquil, el Colegio de Abogados del Guayas y la Función Ejecutiva han apoyado con un grupo (lamentablemente aún insuficiente), de defensores gratuitos pero la falta de una Defensoría Pública se hace notar cada vez con más fuerza por la descoordinación que en ocasiones se suscita entre éstos y los defensores públicos de la Función Judicial.

[5] Esto no se debe, por regla general, a que dichos funcionarios sean incompetentes o negligentes al no asistir a las audiencias o solo hacerlo por escasos momentos, sino a que el número de jueces, fiscales y defensores públicos es groseramente insuficiente para la carga de trabajo que el sistema les impone. En el caso de los jueces, dejan instaladas las audiencias y se van a seguir resolviendo otros casos (si no es que acuden a otra audiencia fijada a la misma hora -o a pocos minutos- en su despacho o en otro que le haya encargado el Consejo Nacional de la Judicatura, para a su vez a dejarla instalada). Por su parte, los Fiscales acuden un momento dicen su parte y luego se retiran corriendo a otra audiencia preliminar o de juzgamiento. Capítulo aparte lo constituyen los defensores públicos en el Ecuador -que en comparación con la cifra de fiscales son casi invisibles- son omnipresentes están en las audiencias preliminares, de juzgamiento, de estrados en las Salas y además deben llevan causas civiles, laborales, de niñez y adolescencia, entre otras; es obvio, que esto solo lo pueden hacer al dedicarse con preponderancia a las audiencia de juzgamiento –de las que no se pueden retirar- y yendo a las audiencias preliminares que alcancen o solo firmando las actas de "audiencias" previamente hechas por amanuenses o auxiliares de los despachos –con toda la violación al sentido mismo del concepto de audiencia que esto representa.

versiones[6], resoluciones de instrucción fiscal, dictámenes o hasta providencias del juzgado que sustanció las etapas previas para sustentar las posiciones de la Fiscalía o de la Defensa dejan mucho que desear. No existe sentencia que leer ni siquiera luego de un par de horas de terminada la audiencia, por cuanto debe transcribirse lo actuado para hacer el acta, y después elaborar la sentencia, hacerla circular, hacer las correcciones, etc., lo que puede tomar un par de semanas.[7]

* **Audiencias en Procedimientos Especiales:**
  - **Procesos por Delitos de Acción Privada:** La único oral es la *Audiencia de Conciliación* prevista en el art. 372 del CPP, la misma que no amerita ninguna resolución inmediata –salvo que las partes llegaren a un acuerdo-, aunque bien podría hacerlo el Juez al declarar la nulidad de todo lo actuado en caso de acciones penales prescritas (o de alguna otra forma extinguidas) e incluso si el hecho fuera delito de acción pública o no se hubiera cumplido con un requisito de procedibilidad al tratarse de delitos cometidos mediante medios de comunicación social.
  - **Procedimientos Abreviados:** el segundo inciso del art. 370 del CPP señala que: *"El juez debe oír al imputado y dictar la resolución que corresponda, sin más trámite. Si lo considera*

6 No para revelar contradicciones –lo cual es legítimo-, ni siquiera para suplir la ausencia de un testigo, agente policial investigador o perito –práctica intolerable a la luz del principio de contradicción-, sino que junto con el testimonio de éstos se presenta la copia certificada de su actuación para que se ratifique en la misma. En mi experiencia personal como fiscal, en una audiencia un defensor presentó copias certificadas en el sentido anotado ante lo cual objete su presentación –en un sistema adversarial las objeciones no solo son útiles contra preguntas ilegales, sino contra toda forma de introducir información contraria a la Ley o la Constitución. Obviamente, la objeción fue negada por no tratarse de una pregunta. Al finalizar la audiencia el Presidente del Tribunal Penal me dijo que él no podía negar ninguna prueba y que todas las analizaría en sentencia. La Fiscalía descansa ...

7 En esto nada varió las prácticas del viejo y nuevo CPP Lo curioso es que el art. 306 del nuevo CPP plantea que "luego de la deliberación, el tribunal dictará la sentencia, pero podrá suspender su pronunciamiento para el día siguiente". Esto puede ser interpretado de acuerdo al principio de oralidad en el sentido de que el Presidente del Tribunal Penal bien podría luego de la deliberación convocar a las partes y emitir la sentencia de forma oral –cumpliendo con los primeros 5 numerales del artículo 309 del CPP –, sin perjuicio de la elaboración posterior del acta de la audiencia y de la sentencia escrita que será notificada a las casillas judiciales. Así existirá un verdadero

necesario puede oír al ofendido o al querellante." Esto ha sido interpretado como una audiencia, pero en la (lamentablemente escasa) práctica de este tipo de procedimientos, el Juez suele tener muy poco control sobre el conocimiento que el imputado tiene de la naturaleza del procedimiento abreviado y de sus consecuencias, ya que en ocasiones se hace sin la presencia del imputado[8] (y a veces hasta del juez[9]), difiriendo además –sin tener norma legal que lo faculte- la resolución a días posteriores.

* **Audiencias en los Procesos por Contravenciones:** si hay algo que quedó intacto con la vigencia del CPP fue el proceso penal contravencional, permitiendo que un Juez Instructor[10] ejerza la acción y la jurisdicción (sin Fiscal alguno) -y con un derecho penal sustantivo anacrónico[11] con mucha dosis de "protección de la moral", objetivo no aceptado para las infracciones penales, las cuales solo pueden proteger bienes jurídicos. Las audiencias previstas en los art. 397 y 406 del CPP carecen de la lógica adversarial del sistema acusatorio por completo.

II.II. En resumen, la gran mayoría de las decisiones importantes en el proceso penal ecuatoriano no han tenido como antecedente -ni han sido tomadas en- una audiencia, y las decisiones que la tuvieron como antecedente tampoco fueron resueltas en la misma audiencia sino días o semanas después. Este era el panorama desolador en materia de oralidad que regía en nuestro procedimiento penal hasta noviembre de 2007[12].

---

8 Siendo representado por su abogado.

9 Por las mismas razones explicadas en la audiencia preliminar.

10 Perteneciente a la Función Ejecutiva en clara violación al principio de unidad jurisdiccional.

11 Que hasta sanciona estar parado en la esquina sin hacer nada (Código Penal art. 606 numeral 12).

12 Por desgracia, la vigencia de las resoluciones que a continuación se analizarán no solucionaron ninguno de los problemas mencionados en este punto, a pesar de tener incidencia directa en el éxito de las nuevas audiencias –como lo es el número de jueces, fiscales y defensores públicos. Estos problemas requieren ser afrontados con cambios de actitud de los operadores de justicia penal, cambios (léase aumento y significativo) de los presupuestos de las instituciones vinculadas al sistema penal y cambios legales.

III. LA RESOLUCIÓN DE LA C.S.J. NOVIEMBRE DE 2007.

III.I. Publicada en el Registro Oficial # 221 del 28 de noviembre de 2007 e inspirada en los principios dispositivo, de oralidad, de concentración e inmediación, esta resolución determina que en los casos de privaciones de libertad por orden judicial, por delitos flagrantes o por detenciones arbitrarias el juez penal de turno es el competente para resolver su situación jurídica.

III.II. Revisemos los 3 tipos de casos de privaciones de libertad señalados en la Resolución:

- **por orden judicial:** en los casos en que se dictare la detención de una persona como medida cautelar personal pre-procesal en aplicación del art. 164 del CPP, dentro de las 24 horas posteriores a su detención deberá ser puesto a orden del juez penal de turno. Planteemos algunos escenarios posibles:
  - El Fiscal pide la detención para tomarle la versión al sospechoso renuente a acudir a la Fiscalía. Se la recepta y no encuentra mérito para iniciar instrucción fiscal en su contra. Deberá acudir a la audiencia y expresar al Juez competente su deseo de continuar con la Indagación Previa abierta y que el detenido recupere su libertad.
  - El Fiscal pide la detención para la práctica de una pericia que requiere necesariamente la presencia del sospechoso renuente a acudir a la Fiscalía. Se la practica pero no cuenta con los resultados de la misma dentro de las 24 horas y carece de elementos de convicción suficientes para iniciar instrucción fiscal en su contra. Deberá acudir a la audiencia y expresar al Juez competente su deseo de continuar con la Indagación Previa abierta y que el detenido recupere su libertad, sin perjuicio de posteriormente iniciar una instrucción fiscal.
  - El Fiscal pide la detención para tomarle la versión al sospechoso renuente a acudir a la Fiscalía o para la práctica de una pericia que requiere necesariamente de su presencia. Se la recepta o se practica y encuentra mérito para iniciar instrucción fiscal en su contra. Deberá acudir a la audiencia y dictar la instrucción fiscal, debiendo analizar si pide o no prisión preventiva en su contra.

- **por delitos flagrantes:** hay que tener muy claro que el art. 162 del CPP define al delito flagrante como *"el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su comisión, si el autor es aprehendido con armas, instrumentos, huellas o documentos relativos al delito recién cometido".* Por ende, solo si nos encontramos en algunos de estos dos casos podemos hablar de delito flagrante. En estos supuestos no es necesaria orden judicial para privar de su libertad al presunto partícipe, pero no puede permanecer sin formula de juicio por más de 24 horas, en atención al art. 24 numeral 6 de la CPR.
  En los delitos flagrantes, la Fiscalía debe trabajar rápidamente para que en las primeras horas pueda recopilar los principales elementos de convicción, como lo son la versión del ofendido, del aprehensor y de uno o más testigos (si los hubiere), el reconocimiento de las armas, instrumentos, huellas u objetos del delito, reconocimientos médico – legales, etc., entre otras, dependiendo del tipo de delito.
  El éxito en la rápida recolección de las evidencias citadas será el factor primordial en dos decisiones del Ministerio Público:
  - La de iniciar una instrucción fiscal o de continuar con la investigación pre-procesal; y,
  - La de pedir prisión preventiva, en caso de haber dictado la instrucción fiscal.
- **por detenciones arbitrarias:** es cualquier privación de libertad sin orden judicial y que no se trate de un delito flagrante. Se trata de prácticas policiales divorciadas de la legalidad que los Jueces deben rechazar de plano; y si un Fiscal pretende validar la actuación antijurídica de los miembros de la Fuerza Pública del mismo modo el Juez deberá hacer prevalecer el derecho.
  Analicemos un ejemplo de este caso: Juan Perez ha sido "aprehendido" por un Policía del Servicio Urbano ante la insistencia de Carlos Molina, quien aduce haber sido víctima de Pérez al haberle robado su celular la semana pasada. El Fiscal luego de recibido el parte de "aprehensión", recepta la versión del ofendido y del aprehensor y acude al Juzgado a hacer la audiencia. En primer lugar, el Juez califica el hecho como no flagrante y la privación de libertad como arbitraria por parte de la Policía,

disponiendo la libertad del "aprehendido", pero le aconseja al mismo que no se retire para que escuche qué decisión toma la Fiscalía respecto de su caso. El Fiscal inmediatamente dicta instrucción fiscal y pide la prisión preventiva en base de los elementos de convicción relatados. El Juez tiene dos opciones: o avaliza la detención arbitraria, dictando la prisión preventiva[13] o manda un mensaje claro a la Policía y a la Fiscalía contra la ilegalidad y arbitrariedad del poder punitivo rechazando la petición de prisión preventiva del Ministerio Público.

III.III. En estos casos, el Juez Penal de Turno será el Juez competente de forma definitiva para conocer y sustanciar hasta la etapa intermedia, lo cual es contrario a los artículos 21 numeral 1[14] y 26[15] del CPP que disponen la competencia por prevención, sin embargo, como lo analizaremos más adelante, la celebración de las audiencias no generan nulidades procesales.

III.IV. *Quienes deben acudir a la audiencia?* El agente Fiscal, el detenido y su defensor público o privado. *Hay necesidad que alguien más acuda a la audiencia?* Formalmente no, pero dependerá del criterio Fiscal decidir si necesita de la presencia de un testigo importante como puede ser la víctima o el aprehensor (incluso para aclarar su propio parte de aprehensión, que en ocasiones son, por decir lo menos, confusos). *Puede la defensa llevar algún*

---

[13] De nada habrá servido haber declarado que la privación de libertad fue arbitraria si a los pocos minutos lo vuelve a privar de su libertad ahora mediante orden judicial. El precedente sería desastroso porque la Policía comenzaría a detener a todo sospechoso, sin importar si se trata de un hecho flagrante o no; ya que los jueces legitimarían su inconstitucional accionar de forma implícita al conceder prisiones preventivas en casos de privaciones de libertad que han tenido un inconstitucional e ilegal antecedente.

[14] **CPP art. 21.- Reglas de la competencia territorial.-** En cuanto a la competencia de los jueces y tribunales penales, se observarán las reglas siguientes:
1.- Hay competencia de un juez o de un tribunal penal cuando se ha cometido la infracción en la sección territorial en la que ese juez o tribunal ejerce sus funciones. **Si hubiere varios de tales jueces, la competencia se asignará por sorteo, de acuerdo con el reglamento respectivo;**

[15] **CPP art. 26.- Comunicación al Juez.-** El Fiscal que como resultado de la indagación preprocesal o por cualquier otro medio hallare fundamento para imputar a persona determinada la participación en un delito de acción penal pública, iniciará la instrucción conforme a lo previsto en el artículo 217 y lo comunicará de inmediato al juez penal competente. **Si hay varios jueces, el Fiscal acudirá al juez determinado mediante sorteo.**

medio probatorio a la audiencia? Claro que si, la defensa del sospechoso (que se convertirá en imputado) puede estimar necesario llevar un testigo que servirá de coartada y que la Fiscalía no lo conoce o lo ha desestimado como merecedor de credibilidad por alguna razón. La Teoría del Caso se comienza a elaborar en estos momentos iniciales y en tal virtud, las destrezas de litigación ya pueden ser puestas en práctica.

Veamos un caso que puede generar polémica: El Fiscal en un caso de delito flagrante ha decidido dictar instrucción fiscal contra 2 personas y una de ellas se encuentra asilada en un centro de salud por una herida recibida en el enfrentamiento con la Policía al ser aprehendida. *Puede hacerse la audiencia en ausencia de uno de los imputados?* Esta resolución no resuelve el problema y en la práctica durante meses se generó variadas respuestas, como la de dictar la instrucción fiscal por escrito, trasladarse hasta el centro de salud para que el imputado este presente en la audiencia[16], entre otras, pero la segunda resolución de abril del 2008, dio por terminado el conflicto al permitir que el defensor público o privado represente al detenido en la audiencia en caso de ausencia.

III.V. El Juez deberá celebrar la audiencia dentro de las 24 horas en que hubiere sido detenido el sospechoso. La gran mayoría de los casos cumplen este plazo fatal. Pero pongamos un ejemplo de un caso en que no fuere así:

El Juez debido a sus múltiples ocupaciones o por un traspapeleo del parte convoca a audiencia pasadas las 24 horas de la privación de libertad. Hasta ese momento el detenido no ha sido sujeto de instrucción fiscal, justamente porque en la audiencia es que debe dictársela de forma oral. La Fiscalía se corre grandes riesgos al acudir a esa convocatoria: primero, es muy probable que el detenido recupere su libertad, a pesar de todos los esfuerzos

[16] Y qué hacer cuando existen 2 imputados en casas de salud distintas? Trasladamos a uno para hacer la audiencia en el hospital del otro? Y si se muere en el camino ese imputado? A quién podrían demandar los parientes del occiso? A la Función Judicial? A la Fiscalía? A la Policía? Las preguntas parecen no terminar nunca en este caso.

investigativos del Ministerio Público[17]; segundo, ahora si podemos hablar de trasgresión no solo del articulado de la resolución sino además de la Constitución y la Ley, lo cual puede generar posteriores declaratorias de nulidades. *Que hace ese fiscal?* Este no es un caso previsto en la resolución y no creo tener la respuesta acertada pero debo reconocer que algunos fiscales han realizado la audiencia aún habiendo transcurrido las 24 horas de privación de libertad, otros han preferido enviar por escrito la resolución, las respuestas de los jueces tampoco han sido unívocas, unos han aceptado los pedidos de prisión preventiva[18] y otros los han negado dejando en libertad a los ya imputados.

III.VI. *Como se sustancia la audiencia?* Una vez que se verifica la presencia de los sujetos procesales citados en el punto IV, se da inicio a la audiencia con la lectura del parte de aprehensión, respecto del cual el Juez le pide al sospechoso que diga lo que considere necesario para su defensa respecto al contenido del mismo. En este punto aún no hay consenso entre todos los jueces, uno solo hacen leer el parte, otros –en un afán garantista- hacen leer todo, incluyendo denuncia, versiones, etc., lo cual dilata la audiencia pero permite que el aprehendido y su defensor tenga un conoci-miento exacto del caso[19]. *Como solucionar esta eventual dilación de la audiencia?* Confiriéndole al defensor de forma previa a la au-diencia copias certificadas de todo el expediente investigativo de la Fiscalía, así no habrá sorpresas y la defensa puede renunciar a la lectura por ya conocer el caso del Ministerio Público, recordemos que siendo la lectura del documento que contiene la noticia del delito un procedimiento dirigido a garantizar el derecho a la defensa del sospechoso, éste puede renunciar al mismo.

---

[17] No sería justo que el Juez declare la caducidad de la detención e inmediatamente dicte la prisión preventiva a petición de la Fiscalía. La libertad como derecho habría sido pisoteada.

[18] En muchas ocasiones la presión mediática ha llevado a jueces a hacer caso omiso de las disposiciones constitucionales y legales concediendo medidas cautelares no solo en casos como el descrito sino aún ante detenciones arbitrarias.

[19] Por desgracia, en reiterados casos los defensores públicos desconocen por completo el contenido del expediente de la Fiscalía hasta el inicio de la audiencia.

Inmediatamente después el Juez consulta al sospechoso sobre el cumplimiento de la normativa del debido proceso al momento de su aprehensión; es importante que los titulares de los órganos jurisdiccionales penales realicen esta averiguación de forma simple, sencilla y sin ritualismos jurídicos, por ejemplo: no puede un Juez preguntar *se han respetados sus derechos constitucionales y legales?* (¡!) es evidente que muchos de los detenidos no sabrán de qué le están hablando. Es mucho más eficiente preguntar si se le informó de su derecho a un abogado, a guardar silencio, etc.

Luego de lo cual, el Juez *debe calificar la flagrancia,* este es un momento muy importante que no puede omitirse ya que si se trate de una detención arbitraria esa persona deberá ser puesta inmediatamente en libertad, sin perjuicio de continuar la audiencia.

Posteriormente, se le concede la palabra al fiscal quien tiene dos opciones: dicta la instrucción fiscal o continúa con la Indagación Previa, en cuyo caso debe el Juez disponer la libertad del detenido.

Si se dicta la instrucción fiscal hay varios puntos que deberá tomar en cuenta el fiscal: primero, en aplicación del art. 217[20] del Código de Procedimiento Penal cumplir con todos los requisitos de una instrucción[21]; segundo, tipificar correctamente la infracción[22] [23]; y si fuere del caso y lo estima necesario, peticionar la prisión preventiva en contra del imputado.

---

[20] **CPP art. 217.- Inicio de la Instrucción.-** …
La resolución del Fiscal contendrá:
1) La descripción del hecho presuntamente punible;
2) Los datos personales del imputado;
3) Los elementos que le han servido de sustento para hacer la imputación;
4) La fecha de inicio de la instrucción; y,
5) El nombre del Fiscal a cargo de la instrucción. …

[21] Particular importancia tiene la de exponer adecuadamente los elementos de convicción con los que se cuenta, para justificar peticiones de medidas cautelares y para guardar conformidad con el hecho y el tipo penal imputado.

[22] Esto implica un manejo excelente de los elementos constitutivos de los delitos para hacer una exposición técnica – jurídica de la verificación de la tipicidad, al adecuarse perfectamente la conducta del imputado al hecho descrito en la norma.

[23] Más adelante revisaremos los efectos de una mala tipificación de la Fiscalía al momento de la audiencia.

En este momento el Juez debe avocar conocimiento de la Instrucción Fiscal y las partes procesales se entienden notificadas de la misma por su presencia en la audiencia. Se concede la palabra al defensor para que alegue respecto de los fundamentos de la instrucción fiscal y de la petición de prisión preventiva, en caso de haberla realizado el Ministerio Público. Una vez escuchada su exposición, el Juez deberá resolver de forma oral pero motivada si concede o no la prisión preventiva solicitada, con lo que se da por terminada la audiencia.

III.VII. El secretario del Juzgado deberá hacer un acta sucinta de las intervenciones de los presentes y de las resoluciones del agente fiscal y del juez. El que el acta sea sucinta implica obviamente que no es una trascripción textual de lo que se dijo pero tampoco es un resumen mal hecho como ya ha ocurrido en algunos juzgados en los que ni la instrucción fiscal ni los fundamentos del juez para conceder o negar la prisión preventiva son recogidas con claridad[24], lo cual afecta la pretensiones de las partes al momento de impugnarlas ante el juez ad-quem. Dicha acta deberá ser impresa pocos minutos después de finalizada la audiencia para que sea firmada por las partes, siendo obligatorio que conste la firma del representante del Ministerio Público si decide hacer instrucción fiscal.

III.VIII. La propia resolución establece la posibilidad de practicar procedimientos abreviados, respecto de lo cual, es necesario plantear ciertas puntualizaciones sobre el mecanismo para adecuar los artículos 369 y 370 del CPP a las audiencias de medidas cautelares, a saber:

- El Representante del Ministerio Público debe dictar la Instrucción Fiscal y solicitar la medida cautelar personal, si la estima necesaria, previo a que se proponga la práctica del procedimiento abreviado.

[24] Otro punto importante para el caso de la Fiscalía que muchas veces se omite incluir en las actas son los reconocimientos que las víctimas hacen de los imputados como los autores de la infracción que se investiga y que se hace en la misma audiencia a petición del Fiscal.

- No hay necesidad de presentar por escrito la petición de procedimiento abreviado, tal como lo exige el primero inciso del art. 370 del CPP, ya que la petición deberá ser realizada de forma oral.
- El Juez debe en la misma audiencia resolver la petición, ya sea aceptando o negando el procedimiento abreviado[25].
- Si el Juez lo acepta, luego de dictar la sentencia de forma oral, da por terminada la audiencia, debiendo emitir a la brevedad posible la sentencia escrita.
- Si el Juez lo niega (habiendo escuchado previamente al imputado y su defensor), debe expresarlo de forma oral en tal sentido, se dará por terminada la audiencia y se continuará con el proceso según el trámite ordinario.

III.IX. *Puede sustituirse o suspenderse por caución la prisión preventiva en la audiencia de medidas cautelares?* Efectivamente, en aplicación del principio de concentración -en los casos en que sea procedente- el Juez puede sustituir la prisión preventiva en atención al art. 171 del CPP o suspenderla por caución de acuerdo al art. 174 y siguientes, ibídem. Particular polémica genera en este tipo de instituciones la costumbre judicial de exigir del imputado los Certificados de los Tribunales Penales de no tener Antecedentes Penales para acreditar que no se encuentra en la prohibición prevista en el art. 175 numeral 2 del CPP, lo cual, se estima como contrario a la presunción de inocencia determinada en el art. 24 numeral 7 de la CPR, siendo obligación de la Fiscalía acreditar la existencia de dichos antecedentes para oponerse a la sustitución o suspensión de la prisión preventiva. Sin embargo, hasta que exista un consenso en la Función Judicial y en el Ministerio Público sobre este tema, la falta de los certificados

[25] En mi experiencia personal, he celebrado dos audiencias de medidas cautelares que terminaron con procedimientos abreviados. Y a pesar de que el Juez no resolvió en audiencia (solo escuchó la petición de la Fiscalía y la aceptación que hizo el imputado del acto atribuido con la acreditación de su defensor de haber sido libre su consentimiento, para luego disponer que emitiría su resolución en los próximos días) estimo que es un avance ya que significó una salida alternativa al proceso penal que descongestionó con rapidez dos casos del sistema en un mismo día. Sin embargo, lo deseable es que el Juez –independientemente de la notificación de la sentencia escrita- emita oralmente la sentencia, aplicando los principios que inspiran la resolución.

mencionados dilatará la libertad de los imputados cuando procedan las instituciones referidas.

III.X. Si se presentaren apelaciones por la Fiscalía o Defensa de las medidas cautelares negadas o aceptadas, respectivamente, en base de los artículos 172 y 343 numeral 4to. del CPP estás deberán ser realizadas por escrito y de forma fundamentada, de acuerdo al art. 344, ibídem. En mi criterio, debido a la falta de fidelidad de lo dicho en audiencia en relación a lo que se hace constar en las actas sucintas de los secretarios de juzgados, lo óptimo es que el recurso se siga presentando por escrito para que el Tribunal de Alzada conozca en detalle los fundamentos de la oposición a la resolución del juez a-quo.
Hubiera sido acertado introducir en la misma resolución una audiencia en los recursos de apelación de medidas cautelares aceptadas o negadas ante la Presidencia o Salas de lo Penal, Tránsito y Colusorios de Cortes Superiores de Justicia, en un plazo máximo de 5 días y que en la misma audiencia (luego de una breve deliberación entre los Ministros Jueces[26]) se resolviera si se confirmaba o se revocaba la decisión del Juez Penal.

III.XI. Esta resolución también será aplicable a los *casos de funcionarios públicos con fueros* distintos al ordinario, debiendo aplicarla los respectivos Presidentes de Corte Superior y/o Salas de lo Penal, Tránsito y Colusorios de Cortes Superiores o de la Corte Suprema de Justicia, dependiendo del caso, de acuerdo a las reglas reformadas del Procedimiento en casos de Fuero incorporadas al Código de Procedimiento Penal por la Ley 2006-33, publicada en el R.O. # 238 de fecha 28 de Marzo del 2006.

IV. LA RESOLUCIÓN DE LA C.S.J. DE ABRIL DE 2008.

IV.I. Tomando en cuenta que existían imputados por otros delitos (los no flagrantes) y en otras áreas penales[27] cuyas libertades se

[26] Y que incluso de haber voto salvado, dicho Magistrado también haga su exposición de forma oral.

[27] Siendo el caso más alarmante el área de Tránsito donde el derecho a no ser privado de su libertad sin orden judicial (por ser delito flagrante) por más de 24 horas sin fórmula de

encontraban siendo restringidas en contradicción a los mandatos constitucionales y de los tratados internacionales vigentes en Ecuador en materia de debido proceso, la Corte Suprema de Justicia determinó que no podían ser discriminados del avance que la anterior resolución significó para el proceso penal en el país y emitió una segunda resolución en la que configuró audiencias para toda petición pre-procesal (detención) y procesal (prisión preventiva – internamiento preventivo) de privación de libertad, calificándola de complementaria a la emitida en noviembre de 2007 y ampliando su campo de vigencia a las áreas de tránsito, aduanero/tributario y adolescentes infractores.

IV.II. El Derecho Procesal Penal de Tránsito en Ecuador se encuentra regulado principalmente (aún) por la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre y por la Resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial # 192, de fecha 17 de octubre de 2003.

IV.III El Derecho Procesal Penal Aduanero y Tributario se rige principalmente por la Ley Orgánica de Aduanas y por el Código Tributario, respectivamente, así como por la Resolución de la Corte Suprema de Justicia # 1 publicada en el Registro Oficial # 431 del 12 de Octubre del 2001.

IV.IV El Régimen de Adolescentes Infractores encuentra su normativización en el Libro Cuarto del Código de la Niñez y Adolescencia vigente desde el año 2002.

IV.V. Ninguna de las tres áreas contaba con un régimen de audiencias de medidas cautelares ni en delitos flagrantes ni en los no flagrantes, de ahí la importancia trascendental de ambas resoluciones al trasparentar la delicada decisión de privar a una persona de su bien jurídico más preciado después de la vida: la libertad.

IV.VI. En los casos de delitos no flagrantes, las peticiones de detención, de prisión preventiva y de internamiento preventivo realizadas

---

juicio era prácticamente inexistente, transcurriendo días y hasta semanas sin que se resolviera la situación jurídica de dichos presuntos infractores.

por Fiscales o Procuradores de Adolescentes Infractores, respectivamente, se deberán hacer por escrito, ingresándolas a sorteo junto con copias certificadas del expediente, asumiendo el Juez sorteado la competencia de forma definitiva.

V. LA INFORMALIDAD EN LA SUSTANCIACIÓN DE ESTAS AUDIENCIAS.

V.I. Hay algo fundamental en este tipo de audiencia que rompe todos los esquemas vigentes en nuestra realidad forense oral[28]: *la informalidad de su sustanciación.* Con informalidad no me refiero a que el juez o las partes pueden hacer lo que quieran durante la celebración de las audiencias sino a que el Juez –sin afectar al principio dispositivo- puede indagar la veracidad de las aseveraciones de las partes (en ocasiones a peticiones de éstas[29]) interrumpiendo a la Fiscalía o a la Defensa para que le aclare algún punto de sus exposiciones.

V.II. Señalemos unos ejemplos de esta mecánica, a saber:

- CASO 1: el Fiscal al puntualizar los elementos de convicción que sustentan su instrucción refiere contar con copias certificadas de determinado documento siendo interrumpido por la Defensa (encontrándonos aún en la fundamentación de la instrucción fiscal) al acotar que solo cuenta con copias simples del mismo, lo cual es indagado por el Juez a la Fiscalía, quien acepta su error y rectifica su exposición en tal sentido. En la concepción tradicional (extremadamente ritualista y formalizada) que tenemos de las audiencias esta información recién hubiera sido contradicha al finalizar su exposición la Fiscalía.
- CASO 2: El Fiscal aduce contar con una víctima que reconoce al imputado como autor en un delito de robo con violencias y la Defensa lo interrumpe para contextualizar que el supuesto ofendido ve al imputado por escasos segundos, en un callejón

[28] Y que es parte fundamental de su éxito en el control de la legalidad de las pretensiones de las partes.

[29] De hecho, en el sistema de procedimiento criminal anglosajón (del que se inspira este tipo de audiencias) es común que las partes se interrumpan entre ellas mientras exponen sus casos, las evidencias que los sustentan o en otro tipo de argumentaciones.

oscuro en horas de la noche, que las violencias (herida con arma blanca) las recibió justamente en los ojos produciéndose sangrado en los mismos, todo lo cual afectaba su visibilidad, y que la zona del hecho es conocida como sitio de expendio de drogas por lo que se presume que el ofendido se encontraba en ese lugar para comprar drogas (atacando su credibilidad). En este momento el Juez mira al Fiscal[30] para que rechace o confirme las aseveraciones de la defensa y éste no niega estas críticas.

V.III. Estos ejemplos revelan con claridad como en base de la informalidad de estas audiencias las partes pueden interrumpirse o puede ser interrumpidas por el Juez, cuando exista contradicción en un punto de hecho o de derecho, o si el Juzgador requiere que le aclaren algún tópico oscuro. El objetivo de la informalidad es lograr depurar de la mejor forma posible la información que le llega al juez a efecto de que sus decisiones sean lo más ajustadas a derecho posible.

V.IV. La informalidad le da velocidad a la audiencia. En estos primeros meses de vigencias de las resoluciones aún Jueces, Fiscales y Defensores no se acoplan al tipo de informalidad que estas audiencias demandan, es por esto que nos encontramos con audiencias que demoran una hora o más. Solo el tiempo (y la adecuada capacitación) nos pulirá en la correcta aplicación de las destrezas de litigación en estos primeros momentos orales en fases investigativas del procedimiento penal.

VI. LA DISCUSIÓN DE LA PRISION PREVENTIVA EN LAS AUDIENCIAS DE FORMULACIÓN DE CARGOS.

VI.I. Una mención aparte requiere la discusión sobre la prisión preventiva en las audiencias orales en etapas investigativas en su sistema acusatorio oral. Respecto de lo cual, hay que empezar señalando que es el Libro Tercero del Código de Procedimiento

[30] La mirada del Juez a una parte mientras la otra expone su pretensión es un importante mecanismo de constatación de la veracidad de lo manifestado, si no se objeta o rechaza lo que el otro dice, el Juez asume como verdadera la información que va ingresando en la audiencia.

Penal (CPP) el que regula lo relativo a las medidas cautelares que **pueden** ser aplicadas en los procesos penales.[31]

VI.II. Vale la pena antes hacer un intento por aproximarnos a su significado y sus objetivos, finalidades o funciones (más allá de los legales). Comencemos por distinguir que la medida cautelar no es pena. No es ni una pena anticipada *(sin juicio, sin prueba y sin sentencia)* ni tampoco es una medida de seguridad contra la peligrosidad criminal[32].

VI.III. La pena, entendida como la sanción aplicable al infractor imputable de la norma penal, será aplicada una vez que el Tribunal Penal[33] (o la Sala de la Corte respectiva en los casos de fuero) dicte sentencia condenatoria. Tal vez en este momento tengamos algún tipo de confusión, ya que siempre hemos entendido que el estado jurídico de inocencia se quiebra o se vence a través de una sentencia condenatoria ejecutoriada, y la sentencia que emite el Tribunal Penal no necesariamente será la última en un proceso determinado ya que la misma puede ser impugnada en los casos y formas que establece la ley procesal penal. Por lo menos eso es lo que nos revela el art. 24 num. 7 de la CPR, así como el art. 1 del CPP (y hasta el más elemental instinto jurídico).

Desgraciadamente esa confusión filosófica penal nos las da nuestra propia Corte Suprema de Justicia durante la vigencia del anterior CPP al definir a la prisión preventiva como *"el hecho material de privación de la libertad de una persona sindicada, ordenada por el juez competente durante el sumario, conforme lo previsto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Penal, u ordenada en el auto de apertura al plenario según lo dispuesto por el artículo 253 de dicho Código. En ambos casos, la prisión preventiva deja de ser tal cuando se absuelve al procesado o cuando se le impone pena de prisión correccional o pena de reclusión, pues en estos*

---

[31] Y repito pueden, no deben, ya que la imposición de una medida cautelar –sobre todo las privativas de libertad- debería ser excepcional y se deberían priorizar las medidas sustitutivas señaladas en el art. 171 CPP.

[32] FOSCHINI, Gaetano, La cautela penali, en Scuola Positiva, 1956, p. 149.

[33] En los casos de procedimientos abreviados también lo puede hacer el Juez Penal.

casos se transforma en condena, aunque estuviere pendiente consulta o recurso".[34]

VI.IV. *Que una persona sea inocente no significa que no se le pueda aplicar una medida cautelar,* tanto es así que la misma CPR establece requisitos para se produzca el encarcelamiento preventivo (art. 24 num. 6.- *"*Nadie será privado de su libertad *sino por orden escrita de juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, …"),* asimismo en el art. 93 CPR al regular la institución del hábeas corpus, refiere que "toda persona que crea estar *ilegal-mente privada de su libertad*, podrá acogerse al hábeas corpus", lo cual significa, a contrario sensu, que existe forma de estar legal-mente privado de la libertad.

VI.V. Las medidas cautelares son determinadas injerencias en la esfera individual de un hombre inocente con objetivos procesales. *Injerencias en la esfera individual,* porque dichas medidas restringirán un bien jurídico: libertad, propiedad, etc. *De un hombre Inocente,* porque ese estado solo se diluirá con una sentencia condenatoria, y la imposición de la medida cautelar es obviamente anterior a la expedición de esa sentencia. *Con objetivos procesales,* es quizás esto lo más importante del concepto, porque nuestra cultura jurídico - penal latinoamericana de marcada raigambre autoritaria plasmada en la cotidiana práctica forense, nos han llevado a endilgarle a las medidas cautelares los objetivos o fines de las penas (ya sea retributivos, preventivos – generales o preventivos especiales). Cultura en la que, a criterio de CAFFERATA NORES, *"bastante tiene que ver la deformada percepción (o convicción) de que la instrucción (investigación penal preparatoria) es la parte central del proceso, que el juicio es un etapa cuasi-decorativa y que la sentencia definitiva cuando llega (en lo que no hay demasiado interés) llega tarde, mal o nunca".*[35]

---

[34] Resolución de la Corte Suprema de Justicia No. 000. RO/ 245 de 30 de Julio de 1999.

[35] CAFFERATA NORES, José, *Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal,* 2000, Córdoba – Argentina, p. 202.

VI.VI. Las medidas cautelares son una parte de lo que se conoce en doctrina procesal penal como *medidas procesales coercitivas*. Estas tienen un espectro mas amplio que las medidas cautelares reales y personales que nos refiere el artículo 160 CPP, ya que aparte de ellas también encontramos otras como:

1.- El uso de la fuerza pública para:
   a) evitar que cualquier persona se retire del lugar o salga del local en donde se cometió la infracción, hasta que se practiquen los actos procesales que sean urgentes y necesarios (arts. 108 y 216 num. 5 CPP),
   b) hacer que el denunciante o un tercero concurra a la Fiscalía para que colabore con la investigación o preste su testimonio ante un órgano jurisdiccional penal (arts. 216 ult. inc., 123 y 273 CPP);

2.- El allanamiento de domicilio (que a pesar de encontrarse regulado dentro del Libro Tercero no es considerado como una medida cautelar). (art. 194 y ss. CPP)

3.- La retención, apertura, interceptación y examen de la correspondencia epistolar, telegráfica, telefónica, cable-gráfica, por télex o por hecha cualquier otro medio de comunicación. (arts. 150 y ss. CPP)

4.- Interceptación y grabaciones de conversación telefónicas o de otro tipo (art. 155 CPP).

5.- En materia penal ambiental, de acuerdo al art. 437-K CP, el juez penal puede ordenar la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura definitiva o temporal del establecimiento de que se trate.[36]

[36] A pesar de que el referido artículo califica estas medidas como cautelares, el mismo es anterior al nuevo CPP que en su art. 160 hace una enumeración taxativa, y si bien se les pudo haber pasado a los codificadores incluirlas como una de ellas, al no hacerlo por lo menos quedan en el espectro de las medidas procesales coercitivas. Valga la pena para comentar lo grave de la medida de clausura definitiva de un establecimiento ante una presunción de comisión de delito ambiental, lo cual es flagrantemente contrario a la presunción de inocencia (art. 24 num 7 CPR), entre otros derechos fundamentales. Ante una petición de este tipo por parte de un agente fiscal o de alguna asociación ecológica (que comparezca como interesada directa por afectación a un interés difuso –art. 68 num. 4 CPP) dentro de un proceso penal ambiental, el juez penal deberá rechazar dicha petición, inaplicando la parte pertinente del art. 437-K del Código Penal, en aplicación del segundo inciso del art. 272 CPR.

VI.VII. Para MAIER, "la *coerción procesal es aplicación de la fuerza pública que coarta libertades reconocidas por el orden jurídico,* cuya finalidad, sin embargo, no reside en la reacción del Derecho frente a la infracción de una norma de deber, sino en el *resguardo de los fines que persigue el mismo procedimiento, averiguar la verdad y actuar la ley sustantiva, o en la prevención inmediata sobre el hecho concreto que constituye objeto del procedimiento*"[37].

VI.VIII. Esta cita nos ilustra que los *fines* que persiguen las medidas cautelares son evitar:

a) El peligro de fuga del imputado: la presencia del imputado durante la sustanciación de la causa penal es necesaria, (por lo menos, por regla general), ya que ante su ausencia el juez penal, deberá suspender la etapa del juicio. Incluso, su presencia es imprescindible para ejecutar la condena que se le imponga en la sentencia que expida el Tribunal Penal, esto significa que no es posible la aplicación de la ley penal sustantiva sin la presencia del imputado, es decir, si las leyes penales consisten en la descripción de una conducta enlazada con una sanción en caso de verificarse dicha conducta (p.ej. el que mata será sancionado de 8 a 10 años de reclusión), ante la imposibilidad de encarcelar al condenado no se podrá ejecutar la sanción penal y por ende, el concepto de ley penal se verá truncado ya que habrá ocurrido en el mundo de los fenómenos un caso de una persona que cometió un delito (según una sentencia de un órgano jurisdiccional penal) y que quedará en la impunidad por no poder ejecutarse la pena descrita en la ley penal para ese delito.

Desgraciadamente, los defectos de nuestra justicia penal impulsan en el hombre a manifestar su instinto de conservación al tender a ponerse en buen recaudo o en otras palabras a fugarse o sustraerse de la persecución penal. Es justamente el peligro de fuga del imputado una de las razones que justifica la privación de la libertad de un hombre inocente, y es al que se refiere cuando el art. 159 CPP dispone: *"a fin de garantizar la inmediación del imputado o acusado con el proceso".*

---

[37] MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos,* 2002, Editores del Puerto, Buenos Aires – Argentina, p. 506.

Al principio del comentario de este subtema, he aludido a que la regla general vigente en nuestro ordenamiento jurídico es la de no tolerar el juzgamiento en ausencia del acusado, sin embargo, el segundo inciso del art. 121 CPR y el art. 233 CPP, permiten la sustanciación del proceso penal en ausencia o en rebeldía del sujeto pasivo del proceso, en los casos de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. A pesar que esta excepción puede traducirse en indefensión del que se juzga, es parte de nuestro sistema procesal penal y su rango constitucional impide inaplicarla ante el art. 24 num 10 de la misma Ley Suprema. Pero para el resto de casos rige la regla general: si al tiempo de dictar el auto de llamamiento a juicio, el acusado estuviere prófugo, el juez después de dictado dicho auto, ordenará la suspensión de la etapa del juicio hasta que el encausado sea aprehendido o se presentare voluntariamente (art. 233 CPP).

b) *El peligro de boicot de la actividad investigativa y/o probatoria:* si bien nuestro CPP no lo refiere expresamente como una de las finalidades de las medidas cautelares, varios códigos de procedimiento penal de la región de raigambre acusatoria y la doctrina procesal penal lo consideran como una finalidad junto con el peligro de fuga.

¿Existirá alguien a quien le interesa más el resultado de la investigación preprocesal y procesal o de la actuación de la prueba en la audiencia de juzgamiento que al propio imputado o acusado? Estamos conscientes que existen denunciantes y acusadores particulares que siguen a quienes denuncian o acusan como *"perros con hambre",* pero al fin del día quien padece las miserias del proceso penal es el imputado. El que pierde el sueño, el que tiene miedo de salir de su casa, el que soporta la afrenta de llevar un INRI en su cabeza, es el sujeto pasivo del proceso.

Ese estado puede llevar al imputado a intentar boicotear la investigación para librarse de pronunciamientos acusatorios (fiscales) o condenatorios (jueces) mediante la destrucción u ocultación de evidencias o medios de prueba, amenazará al denunciante, influirá negativamente en los partícipes de la infracción, a peritos o a testigos, etc.

El boicot se puede realizar en dos etapas muy definidas: durante la fase preprocesal de la Indagación Previa y la etapa procesal de la instrucción fiscal, boicoteando la actividad investigativa; o durante la

etapa del juicio, boicoteando la actividad probatoria. En ambos casos el objetivo del entorpecimiento será las actuaciones del fiscal.

Pero existe alguna forma de neutralizar el peligro de boicot de una forma distinta que se no sea privando de la libertad al imputado? Para **BINDER**, "es difícil creer que el imputado pueda producir por si mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia. Concederles a los órganos de investigación del Estado un poder tan grande, supondría *desequilibrar las reglas de igualdad* en el proceso. Además, si el Estado es ineficaz para proteger su propia investigación, esta ineficacia no se puede cargar en la cuenta del imputado, mucho menos a costa de la privación de su libertad".[38]

Una **forma de neutralizar el boicot del imputado** lo constituye lo que se conoce como los *anticipos jurisdiccionales de prueba,* regulada en el primer inciso del art. 119 CPP, según el cual, en ciertos casos, se pueden recibir ciertos testimonios con valor de prueba testimonial durante la instrucción fiscal, así se evita correr el riesgo de que el ofendido, los testigos o peritos no acudan a la audiencia de juzgamiento. Otra forma de neutralizarlo constituiría la aplicación del *Programa de Protección a Testigos y Victimas*. Pero cabe aclarar que esto no debe convertirse en una práctica generalizada, sino solo en los casos donde existan serios indicios de peligro de boicot de la actividad investigativa y/o probatoria por parte del imputado.

Tanto el peligro de fuga como el peligro de boicot de la actividad investigativa y/o probatoria constituyen **peligros procesales para la fiscalía**. Pero estos peligros procesales **no se deben presumir, se deben justificar**, y lo debe hacer tanto el fiscal (al pedir) como el juez (al dictar) en base de la obligación que les impone la motivación de las resoluciones del poder público establecida en el art. 24 num. 13 CPR ("Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado, *y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.* …").

---

[38] BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal,* Buenos Aires - Argentina, p. 199.

VI.IX. Estimo que al momento de dictarse una medida cautelar personal teniendo como presupuesto el *peligro de fuga* se deberán tomar en cuenta las siguientes circunstancias:

1. Que el imputado no tenga domicilio o residencia habitual, ni familia, negocios o trabajo asentados en el país.
2. Las facilidades con que cuente el imputado para abandonar definitivamente el país o para permanecer oculto.
3. La evidencia de que el imputado está realizando actos preparatorios de fuga.
4. El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de no someterse al mismo.

VI.X. Del mismo modo, considero que al momento de dictarse una medida cautelar personal teniendo como presupuesto el *peligro de boicot de la actividad investigativa y/o probatoria* se deberán tomar en cuenta todo indicio racional del cual se infiera que el imputado:

1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará la prueba o pruebas existentes (léase evidencias si se trata de elementos de convicción), relacionadas con el delito.
2. Influirá en los demás imputados o en los testigos o peritos, para que informen falsamente sobre lo que saben o para que se comporten de manera desleal o reticente.
3. Forzará o inducirá a otros interesados a observar los comportamientos previstos en el numeral anterior.

Una vez que se justifiquen una o varias de estas circunstancias con indicios reales y concretos, le expedición de una medida cautelar personal estará revestida de mayor legitimidad.

VI.XI. Cuando el art. 15 y el segundo inciso del art. 159 del CPP sostienen la *restrictividad* de todas las disposiciones de esta ley que restringen la libertad o los derechos del imputado o limitan el ejercicio de las facultades conferidas a quienes intervienen en el proceso, y específicamente de las medidas cautelares, debemos entender que al aplicarse la prisión preventiva no puede ser extensiva ni dejar de imponérsela en la justa medida que establece el CPP, es decir, solamente cuando existan los indicios y medios probatorios suficientes para su establecimiento en el proceso penal,

esta calificación nace con el agente Fiscal quien dirige la investigación y puede en base de ello, solicitarla al titular de la judicatura la privación de libertad paralelamente con el envío de la notificación de la Resolución del Auto de la Instrucción; entonces, es el Juez quien deberá evaluar y considerar, si lo requerido por el representante del Ministerio Público se ciñe a lo determinado por la ley para concederle, o si es por falta de medios suficientes, negársela, quedándole el recurso de apelar tal decisión atento al Art. 172 del C.P.P., sin embargo debemos agregar que tal derecho también le asiste al imputado cuando la medida cautelar es concedida.

Pero lo importante del carácter restrictivo de la aplicación de las medidas cautelares es que éste se rigen por el principio de la excepcionalidad. Como lo explica BOVINO, *"el carácter excepcional del encarcelamiento preventivo surge directamente de la combinación entre el derecho general a la libertad ambulatoria y la prohibición de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme (principio de inocencia)"*[39].

VI.XII. Es difícil cambiar una cultura jurídico penal de la noche a la mañana, pero es lo deseable que con los años, una vez que se afirme el sistema acusatorio en nuestras prácticas forense, que la libertad del imputado predomine como regla general durante la sustanciación del proceso y mientras no se haya dictado sentencia condenatoria ejecutoriada. Una vez que logremos eso, los acusados serán cada vez menos propensos a huir y a obstaculizar la marcha de la justicia.

VII. LA PRUEBA ILICITA, LA INEFICACIA PROBATORIA Y LAS AUDIENCIAS DE FORMULACIÓN DE CARGOS.

VII.I. La prueba ilícita es analizada magistralmente por CESAR MARTIN CASTRO en su obra Derecho Procesal Penal, y la define como "aquella que se obtiene con infracción de derechos fundamentales, entendiendo por obtención aquella labor tendiente a llegar un resultado probatorio al proceso, esto es tanto la actividad de

[39] BOVINO, Alberto, *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo,* 1998, Editores del Puerto, Buenos Aires – Argentina, p. 148/9.

búsqueda e investigación de la fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales: aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en si mismo viola un derecho esencial".[40]

Del mismo modo, el profesor peruano citado señala las consecuencias procesales penales de la prueba ilícita al manifestar que "Ernst Beling desde el año 1903 sostenía que el medio de prueba prohibido no puede ser en forma alguno utilizado, ni puede ser tenido en cuenta por el juez en la sentencia, pues había que considerarlo como no realizado. Esta posición significa que la prohibición de prueba tiene la misión de tutelar los intereses del individuo frente a la persecución penal del Estado. La violación o vulneración de las reglas sobre la prueba, determinan su exclusión del universo probatorio que debe valorar el juez. Tiene un carácter imperativo".[41]

El profesor español MANUEL MIRANDA ESTRAMPES[42] por su parte destaca que "en la teoría de la prueba ilícita está siempre latente el conflicto entre la averiguación de la verdad y la defensa de los derechos fundamentales de las personas. Para la solución de dicho conflicto cobra protagonismo la fase acuñada por el Tribunal Supremo Alemán (B.G.H.) de que *'la verdad no puede obtenerse a cualquier precio',* esto es, de que no todo es válido en la obtención de la 'verdad', sino que deben cumplirse las exigencias derivadas del derecho a un proceso justo o equitativo (*proceso debido)* reconocido en los textos internacionales de derechos humanos (art. 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6 Convenio Euro-peo de Derechos Humanos, y art. 8 Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica). El derecho a la presunción de inocencia reconocido también en los textos internacionales de derechos fundamentales y en las Constituciones nacionales, exige en su consideración como regla probatoria, que únicamente puedan ser tenidas en cuenta a los efectos de formar la convicción acerca de los hechos objeto de

[40] *Derecho Procesal Penal,* Editorial Jurídica Griley, Volumen II, Lima, 1999, p. 643 y ss.
[41] Ibídem, p. 643.
[42] *Las pruebas ilícitas, fundamento y alcance de la regla de exclusión,* Universidad Nacional Hermilio Valdizan, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Perú, 2005, p. 30.

enjuiciamiento en un proceso penal, aquellas pruebas obtenidas y/o practicadas con respeto de los derechos fundamentales y las garantías procesales … El reconocimiento de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas diseña el proceso penal como un auténtico instrumento de garantía para el acusado, frente a la actuación arbitraria de los poderes públicos…"

VII.II. La respuesta del derecho ecuatoriano a la prueba ilícita se encuentra determinada por la Carta Magna[43] y por el Código de Procedimiento Penal[44] con la **INEFICACIA PROBATORIA.**

Entiéndanse incluidos en la palabra "prueba" de esta cita a los elementos de convicción recopilados durante la investigación procesal, por su evidente finalidad probatoria, ya que en ellos se basa el fiscal para dictar el auto de instrucción fiscal, para solicitar medidas cautelares al titular del órgano jurisdiccional penal o para sustentar su dictamen y, asimismo, el juez penal se nutre de ellos para resolver peticiones de medidas cautelares y, sobre todo, para dictar el auto resolutorio de la etapa intermedia. Pero además por el art. 90 CPP el mismo que señala que "*las disposiciones relacionadas con la prueba serán observadas y cumplidas en el juicio,* **durante la instrucción Fiscal,** la etapa intermedia y en el juicio, en lo que fuesen aplicables".

VII.III. En tal sentido, si un abogado defensor solicita en la audiencia de formulación de cargos la declaración de ineficacia probatoria de un elemento de convicción específico (y de aquellos que deriven de éste por ser frutos del árbol envenenado) el Juez Penal está en la obligación de resolver dicha petición de forma inmediata en la

---

[43] CPR art. 24.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:
14. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna.

[44] CPP art. 80.- Ineficacia Probatoria.- Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.

misma audiencia[45], y en caso de excluirlo/s, no podrá tomarlo/s en cuenta al momento se despachar la petición de prisión preventiva de la Fiscalía.

VIII. PRISIÓN PREVENTIVA SIN PETICIÓN DE LA FISCALÍA?

VIII.I. Un sistema penal que tenga entre sus principios al dispositivo no debería preguntarse nunca si es procedente el dictado de una prisión preventiva si la Fiscalía no lo ha pedido, pero el numeral 3 del art. 27 del CPP dispone como una competencia de los jueces dictar las medidas cautelares personales, lo cual debe ser concordado con el primer inciso del art. 168 ibídem, que determina que el auto de prisión preventiva puede tener como antecedente *"la propia decisión"* del juez (¡!), y con esta norma se abrió la caja de Pandora para romper el equilibrio de fuerzas que el sistema acusatorio adversarial pretendía imponer.

VIII.II. Pero el conflicto cobra nuevos matices cuando se trata de la víctima (convertida en acusadora particular) quien solicita al Juez la prisión preventiva del imputado que la Fiscalía no ha estimado como necesaria. En estos casos, aunque podría considerarse como legítima la petición, el CPP no llegó a ese grado de reconocimiento victimológico en la actuación procesal del ofendido y en lo relativo a las medidas cautelares, la víctima necesariamente deberá contar con la anuencia del Ministerio Público para lograr que la prisión preventiva sea un tema en discusión en la fase investigativa del proceso penal.

VIII.III. En mi criterio, por ser notoriamente inconstitucional ningún Juez debería hacer uso de esta facultad inquisitiva y jamás dictar prisión preventiva si no ha sido pedida por el Ministerio Público.

[45] Diferir dicha declaración a momentos procesales posteriores significaría un innecesario desgaste de energías procesales, ya que si el Tribunal Penal en sentencia excluye la prueba ilegal y dicta una sentencia absolutoria el principio de celeridad, concentración e eficiencia procesal se habrán violentado de forma grave, por cuanto este mismo caso pudo haber terminado en un sobreseimiento durante la etapa intermedia, o incluso en un archivo previa desestimación durante la Indagación Previa.

IX. LA APLICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y LA VALIDEZ PROCESAL.

IX.I. La pregunta clave en este punto es *si la celebración de la audiencia de medidas cautelares acarrea la nulidad de las actuaciones a partir de las mismas en adelante, al tenor del art. 330 numeral 3*[46] *del CPP?* Desde el punto de vista procesal penal, no existe nulidad que declarar si la violación al trámite no influye en la decisión de la causa, tal como lo señala el mismo numeral citado, así como el segundo inciso del art. 331[47] del CPP.

IX.II. Que el aprehendido haya sido llevado ante un juez dentro de las 24 horas posteriores a su detención ante el cual podrá ser oído en su relato de lo ocurrido; que haya contado con un abogado que ejerza una defensa real en discusiones tan sensibles como la legalidad de la aprehensión, el respecto a su derecho al debido proceso, la certeza de la tipificación del delito imputado, la fortaleza de los elementos de convicción de la Fiscalía para acreditar el hecho imputado y la procedencia de prisión preventiva; que la decisión judicial sea tomada en la misma audiencia; o que en caso de dictarse una medida cautelar personal pueda ser inmediatamente sustituida o suspendida por caución; ***de qué forma puede influir en la decisión de la causa de forma negativa en contra del imputado?*** De ninguna forma, por ende, no existe nulidad que declarar y los recursos que en tal sentido se interpongan deben ser desechados por las Salas Especializadas.

---

[46] **CPP art. 330.- Causas de nulidad.-** Habrá lugar a la declaración de nulidad, en los siguientes casos: ...
3. *Cuando en la sustanciación del proceso se hubiere violado el trámite previsto en la ley, siempre que tal violación hubiere influido en la decisión de la causa.*

[47] **CPP art. 331.- Declaración de nulidad.-** Si al momento de resolver un recurso, la Corte respectiva observare que existe alguna de las causas de nulidad enumeradas en el artículo anterior, estará obligada a declarar, de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso desde el momento en que se produjo la nulidad a costa del funcionario u órgano jurisdiccional que la hubiere provocado.
Sin embargo, se declarará la nulidad solamente si la causa que la provoca tuviera influencia en la decisión del proceso.
Si se hubiere omitido algún acto procesal necesario para la comprobación de la existencia de la infracción, en cualquier etapa del proceso, se mandará a que se lo practique, sin anularlo.

X. LAS CRÍTICAS A LA RESOLUCIÓN (POR LOS CRÍTICOS DE SIEMPRE).

X.I. Estas resoluciones no han sido ajenas a críticas[48] por su aparente trasgresión a la segunda parte del art. 24 numeral 1[49] de la Constitución Política de la República (CPR), al no encontrarse previstos estos procedimientos orales en el Código de Procedimiento Penal, pero esos mismos críticos que aducen un nuevo intento de "*MacDonalización del Sistema de Justicia Penal",* nada dicen de la conformidad de las resoluciones al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[50] en su artículo 9 numerales 3 y 4[51], y que los derechos y garantías determinados en los instrumentos internacionales vigentes, son directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad, de acuerdo al art. 18 de la CPR. Tampoco dijeron (ni plantearon) nada ante el insostenible tiempo promedio de días que los jueces se tomaban en resolver la situación jurídica de las personas privadas de su

---

48 De los mismos que sueñan con regresar al inquisitivo viejo Código de Procedimiento Penal de 1983.

49 **CPR art. 24.-** Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:
1. Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. **Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento**.

50 Aprobado por Resolución Legislativa No. 000, publicada en Registro Oficial 28 de 10 de Octubre de 1968 y ratificado por Decreto Ejecutivo No. 37, publicado en Registro Oficial 101 de 24 de Enero de 1969.

51 **PIDCP art. 9.-**
3. *Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.*
4. *Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.*

libertad sin orden judicial[52]. Esas críticas no deben ser atendidas por la falta de honestidad intelectual de sus expositores.

XI. CONCLUSIONES.

XI.I. La Corte Suprema de Justicia con sus resoluciones han reformado un procedimiento que era inquisitivo y contrario a los principios procesales constitucionales recogidos en nuestra Carta Política.

XI.II. Nutrir la investigación pre-procesal y procesal penal de prácticas inspiradas en los principios dispositivos, de oralidad, de inmediación, de concentración y de contradicción tiene como efecto inmediato la profundización del respecto al debido proceso y la inserción definitiva de jueces y litigantes en la lógica de un sistema adversarial.

XI.III. El Código de Procedimiento Penal debe ser impostergablemente reformado con el objetivo de incluir disposiciones similares (y/o mejores) a las contenidas en la recientes resoluciones analizadas y de implementar que todas las decisiones importantes dentro del proceso penal sean resueltas bajos los principios ya mencionados.

XI.IV. Hasta que el nuevo Congreso Nacional entre en funcionamiento y estas reformas se plasmen en la realidad, el sistema demanda que todos los operadores de justicia penal estemos pendientes de la evolución de las audiencias de medidas cautelares y de su impacto en las prácticas forenses a efecto de que destierren todo vestigio inquisitivo en las fases investigativas del nuevo proceso penal ecuatoriano.

Guayaquil, junio de 2008.

[52] En la ciudad de Quito, 23 días con 23 horas; y, en Guayaquil, 10 días con 13 horas, según la Segunda Evaluación del Sistema Procesal Penal, Fundación Esquel, Quito, Ecuador, 2006.

NEONATICIDIO

María Laura Quiñones Urquiza

El neonaticidio o asesinato de un bebé dentro de las primeras 24 horas de vida, es la forma más común de filicidio, es decir, de la muerte de un hijo en manos de sus progenitores; es alto el índice de este hecho durante la primera hora de vida del niño, teniendo generalmente a la madre puerperal como actora y a los varones como principales víctimas.

Este artículo no pretende la legitimación del neonaticidio, simplemente busca comprender las posibles causas orgánicas y psicológicas presentes en la comisión de este delito en madres adolescentes.

Breve reseña neurobiológica:

Localizado cerca del cerebro, se encuentra el sistema hipotálamo-hipofisiario que regula las actividades neurovegetativas y neuroendocrinas integrándolas con la función emocional y de defensa del sistema límbico. La relación hipotálamo (centro del hambre, sed, frío, calor, sueño y vigilia) e hipófisis, esta modulada por el lóbulo prefrontal del cerebro, la hipófisis secreta hormonas para los órganos de nuestro cuerpo, las regula manteniendo un equilibrio constante es decir ajustando las posibles diferencias en más o en menos, esto es posible gracias al torrente sanguíneo. Durante el embarazo existen cambios hormonales radicales e intensos que repercuten en lo emocional, esto es debido a la conexión morfológica que existe entre estos dos sistemas, dicha conexión esta dada por los tubérculos mamilares que estructuralmente se encuentran en el hipotálamo posterior pero funcionalmente trabajan en el sistema límbico, esto hace que todo desequilibrio endocrino aparezca ligado a lo afectivo. El sistema límbico promueve lo instintual y motivacional, también se lo relaciona con la autoconservación, pero principalmente, es el que regula la vida afectiva y defensiva, por lo tanto una alteración en el funcionamiento de su complejo amigdalino se reflejaría en reacciones altamente

agresivas, libertinaje sexual, ataques sexuales, excesos en el comportamiento hidro alimentario, furia inmotivada, etc.

Vemos entonces, como se forma una conexión nerviosa donde las funciones corporales y anímicas se interrelacionan estableciendo un sistema indisoluble de cuerpo y psique. Esta integración explicaría por qué ante situaciones de angustia o estrés el afecto, el apetito y el sueño encuentran inestabilidad. La toxemia, anemia, mala alimentación y otras complicaciones como partos prematuros suelen presentarse en madres adolescentes en mayor índice que en adultas.

Aproximación Psicológica:

La raza, nivel cultural o socio económico no tienen incidencia en este delito, tampoco es común la premeditación. En su mayoría es cometido por una progenitora joven, con mínima información provista respecto a la sexualidad por parte de su círculo familiar: ya sea por provenir de familias tradicionalistas, socialmente aisladas y muy disciplinadas o con padres castradores con quienes mantiene una relación cercana.

Es común en las madres neonaticidas utilizar de modo firme y persistente la negación como mecanismo de defensa, incluso si su embarazo ha sido confirmado por un lego, raramente concurren a consultas obstétricas. Los síntomas físicos son ignorados o justificados por razones ajenas a su estado, tal es así que el aumento de peso es asociado al sedentarismo. Algunas madres que no se preparan para este hecho tan trascendental para la vida humana quizás planeen: vivir alejadas de su bebé, suicidarse, huir de su hogar, realizarse un aborto o continuar con el embarazo.

La indiferencia de estas madres hacia su embarazo hace que no exista conexión amorosa con el feto, a quien la vida intrauterina provee del proceso de maduración donde se despliegan las funciones propias de la especie como por ejemplo los reflejos de succión, Babinsky o prensión. Además del equipo congénito, lo que hace único a ese ser son los aspectos psicológicos desde antes de su nacimiento, en esto tiene mucho que ver la calidad afectiva del trato que el bebé recibe desde un principio y que se traduce en la forma de tocarlo, de hablarle a través de la panza, es decir, darle un significado a su existencia.

La recepción de hostilidad, hace que se enfrente a esa repulsa global materna trayendo consigo la posibilidad de una perturbación psicotóxica llamada Repulsa Activa Primaria (Spitz), pues no existe desarrollo del diálogo amoroso necesario del feto con su madre a través de las emociones. Puede que en estos casos el bebé muera accidentalmente por infanticidio o sea abandonado en los primeros días de vida, y de sobrevivir, quizás manifieste síntomas como el deflejo de succión, es decir una parálisis en la incorporación de alimento durante los primeros días de vida. Asimismo, no descartamos la posibilidad que padezca afecciones psicosomáticas o una personalidad psicótica.

La adolescencia esta caracterizada por ser una etapa de Normal Anormalidad, de ser una estructura cambiante y en continua remo-delación no solo fisiológica, si no también psicológica en busca de una identidad. A su vez dos necesidades se oponen, primero la separación individuación de los padres para poder asumir un rol diferente al de la niñez, el adolescente tiene que ir atravesando por diferentes duelos, depresión y angustia por esas perdidas, lo que lo lleva a hacer uso de diferentes mecanismos de defensa, por eso es que a veces aparecen negando transitoriamente la vinculación que tienen con las personas, de esta manera también lo hacen con sus pérdidas, así se los tilda de crueles, fríos e indiferentes. Esto en el adolescente es algo pasajero, lo caracte-rístico es un autismo defensivo, un refugio en el mundo interno, para defenderse de la acción. Existe un manejo omnipotente de las ideas: piensan, hablan, planifican, porque justamente aún sienten que actuar les resulta imposible, también se sienten impotentes no solo en el plano genital si no en relación a sus otras capacidades.

Puede ocurrir que ante un incremento de angustia muy grande, un yo debilitado y una predisposición a la impulsividad, aparezcan actos agresivos, o en su necesidad de hablar sienta que no es escuchado y pase al lenguaje de la acción.

La identidad femenina transita por la Identidad de género que tiene que ver con el sexo cromosómico, con el sentimiento de pertenencia y con las prerrogativas que esto puede llegar a tener en lo familiar, cultural o religioso. En la identidad de rol de género la mujer puede adquirir una

actitud sensual que tendrá que ver con el rol que ella asume en relación al ejercicio de su sexualidad, para la adquisición de esta identidad reviste importancia que haya podido incorporar de sus modelos la modalidad vincular y el desempeño de los roles de sus padres. La orientación psicosexual y su elección de un objeto sexual podrán cimentar la Identidad al rol materno que será reactivada en el embarazo pero cristalizada en el momento en el que tenga que desarrollar las actividades que suponen dicho rol.

Del mismo modo se va a llevar a cabo una regresión hacia lo que fue la etapa de simbiosis con la madre, para por un lado identificarse con la madre y por otro lado con el feto, esto tiene que resolverse a partir de la primacía de la identidad con la madre, pero en el caso de patología grave será una fijación de identidad con el feto, reflejándose con síntomas como hipersomnia, actitudes pueriles o aislamiento. Es gracias a esta regresión y toma de contacto con lo que sería la imagen materna, que se va a poder asumir la identidad del rol maternal.

La repulsa generalizada de la madre hacia su maternidad, proviene de su historia personal, de sus relaciones con el padre del niño, de la manera en que ellos lograron o no lograron resolver sus propios conflictos y angustias, sin olvidarnos de los factores culturales, económicos y sociales que abarcan además de la sexualidad, el proceso adolescente, la familia, el aborto y otros temas como la violación, incesto, violencia doméstica, tráfico infantil, etc.

El fenómeno social de la maternidad adolescente es un hecho, es importante poder liberarse de ciertos prejuicios que en ocasiones imposibilitan que se acepte y se lo pueda comprender, pues la información no implica la reflexión acerca de la problemática. La prevención debe tener en cuenta las distintas variables que tienen que ver con las características del adolescente: omnipotencia, falta de pensamiento anticipatorio, mecanismo de negación, actuación, tendencia a desafiar las normas adultas, a sustituir al círculo familiar por su grupo de pares, etc.

En el momento de quedar embarazada toda mujer sufre una crisis, un gran choque emocional, más aún en la adolescencia en que la mayoría de las veces las exigencias superan la capacidad para lidiar con los avatares de la vida. En una situación de crisis, la dosis hormonal aumen-

ta, generando ansiedad y/o depresión y bajando el nivel de funcionamiento normal de adaptación a situaciones inesperadas.

Aunque no frecuentes, los síntomas disociativos transitorios como psicosis o depresión endógena pueden ser experimentados, así mismo, amnesias lacunares respecto a los acontecimientos que tienen que ver con el antes, durante y después del parto.

En algunos casos el alumbramiento se da en su mayoría en secreto o soledad ya sea en la tina (bañera) o en el inodoro. No debe descartarse la posibilidad de que este crimen se haya llevado a cabo mediante Actos en Cortocircuito: contundentes, con oscurecimiento de conciencia, inmediatos y a veces muy agresivos. Por ejemplo, la agresión intensa de masacrar a una persona, imparable por enceguecimiento, se suele dar también en algunas epilepsias.

Los métodos típicos de neonaticidio son la sofocación, estrangulación, traumatismos craneales usualmente por caída dentro del inodoro al nacer o por ahogamiento en el mismo. El uso de objetos punzo cortantes suele ser indicador de una alteración mental profunda.

El hallazgo

El hallazgo del cadáver del bebé confirma las sospechas de algunas personas, ya que la joven se encargó de negar rotundamente su estado. Existen casos en los que esta negación se extiende aun con el trabajo de parto y el alumbramiento, ya que la rotura de la bolsa de líquido amniótico es experimentada como una micción y las contracciones, como movimientos intestinales característicos de la defecación.

Probablemente el pánico al ser descubierta la situación, provoque que la progenitora diga que el niño nació muerto, sufrió una muerte súbita o tenía pocas probabilidades de vida por padecer una anomalía congénita, lo que se descubrirá mediante una autopsia con la cual se probará la evidencia fisiológica de vida: hinchazón de los pulmones y una burbuja de aire en el tracto digestivo.

Después del nacimiento y al deshacerse del cuerpo del bebé, las madres neonaticidas pueden exhibir una postura de indiferencia emocional o desconcierto al escuchar que su bebé es llamado víctima, este es un efecto más de la negación por la existencia del infante.

En su mayoría, la escena del crimen reflejará evidencia del alumbramiento y no de la muerte, observándose intentos fallidos de limpieza de los restos fisiológicos característicos: salpicaduras de líquido amniótico, sangre con presencia de placenta y pedazos de cordón umbilical.

Cuando el padre o algún cómplice esta implicado en el neonaticidio hablaríamos de premeditación. Los padres que cometen neonaticidio no niegan la existencia del bebé, todo lo contrario, quizás no lo vean como un objeto de amor, si no como a un rival en la triangulación que viene a destruir una relación romántica o se les generen dudas sobre la legitimidad de ese bebé y de la fidelidad de su pareja.

Bibliografía:

CCM II, Second Edition. John E. Douglas, Ann E. Burguess, Allen G. Burgess and Robert K. Ressler.

SEMIOLOGÍA PSIQUIÁTRICA, Hugo Marietán Primera Edición 1994

EL SINDROME DE LA ADOLESCENCIA NORMAL, Arminda Averastury y Mauricio Knobel – Editorial Paidós 1996

VICISITUDES DE LA IDENTIDAD FEMENINA EN LA MATERNIDAD PRECOZ, J. Vives

MATERNIDAD Y SEXO, Marie Langer – Paidós 1992

EL PRIMER AÑO DE VIDA DEL NIÑO, René Spitz,– Fondo de Cultura Económica México 1996

Derecho Tributario

EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

Dr. Jorge Zavala Egas
Profesor de Derecho Administrativo, Derecho Tributario y Derecho Penal
en las Maestrías de la UCSG y UG

SUMARIO

UBICACIÓN DEL DERECHO PENAL TRIBUTARIO Y DEL PROCESAL PENAL TRIBUTARIO.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.- LA TIPICIDAD DE LA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA.- LA TÉCNICA LEGISLATIVA USADA PARA TIPIFICAR EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBU-TARIA: TIPO Y FIGURAS TÍPICAS.- EL TIPO OBJETIVO: *El sujeto activo del delito en la acción.- El sujeto activo en la omisión.- El sujeto pasivo del delito.-*

UBICACIÓN DEL DERECHO PENAL TRIBUTARIO Y DEL PROCESAL PENAL TRIBUTARIO.

Nos adherimos a la tesis de JARACH que sostiene que el *Derecho financiero* no es una ciencia, pues carece de unidad y homogeneidad, porque abarca fenómenos de diferente naturaleza, no susceptibles de ser reconducidos a principios únicos, ni poseen una estructura común.

Siguiendo al mismo profesor citado[1] decimos que en la actividad financiera se comprende la creación y gestión recaudadora de los tributos, el acto de creación de los tributos implica la génesis de la *relación jurídica tributaria*. Esta labor creadora de tributos por parte del Estado, a través de acto legislativo de órgano competente (Art.257 CPR), se regula por el *Derecho Tributario Constitucional* que constituye la primera subdivisión y que comprende "*las normas constitucionales que*

[1] Dino JARACH. *Finanzas públicas y Derecho tributario.* ABELEDO-PERROT, Bs. Aires, 1996, pp. 365 a 368.

se refieren a los tributos… El Derecho Tributario Constitucional delimita el ejercicio del poder estatal y distribuye las facultades de él emanan entre los diferentes niveles y organismos de la organización estatal".

Inmediatamente bajo la jerarquía de la Constitución se encuentra el Ordenamiento normativo que regula el Poder Tributario entre Estados, convenios y acuerdos entre éstos "*destinados a distribuir las facultades impositivas, garantizar su ejercicio y sancionar su incumplimiento*". Son las normas del *Derecho Tributario Internacional*.

El *Derecho Tributario Sustantivo o Material* es el conjunto normativo de las obligaciones tributarias. "*Su contenido está constituido…por relaciones jurídicas que poseen la misma estructura de las obligaciones del Derecho Privado. Los sujetos activos y pasivos de estas relaciones jurídicas tributarias se hallan en posición de igualdad, derivando sus pretensiones y obligaciones recíprocas de la ley*". Los primeros son los sujetos acreedores de los tribu-tos, los segundos de la relación son los sujetos deudores.

Vinculado a éste se encuentra el *Derecho Tributario Formal o Administrativo* "*como conjunto de normas y principios que rigen la actividad de la Administración pública en lo referente a los tributos. Las relaciones jurídicas comprendidas en este derecho no son obligaciones de dar, sino de hacer o no hacer o soportar*". Estas relaciones jurídicas tiene como sujeto activo a la Administración pública tributaria y como sujeto pasivo al particular o administrado.

Las normas del *Derecho Tributario Penal* son las "*que definen las infracciones, o sea, las violaciones de las obligaciones tanto del Derecho Sus-tantivo como del Derecho Administrativo y establecen las sanciones corres-pondientes*".

Las normas y principios que regulan los procesos en los que se dirimen las controversias que surgen entre sujetos activos y sujetos pasivos de las relaciones jurídico-tributarias constituyen el *Derecho Tributario Procesal* o *Contencioso-Fiscal*.

Finalmente, las normas y principios que regulan los procesos que tienen por objeto los delitos tributarios conforman el *Derecho Tributario Procesal Penal.*

Se trata de subdividir con objeto de un mejor estudio de las instituciones jurídicas, "*diferentes disciplinas jurídicas que por su esencia pertenecen a diferentes ramas del Derecho, pero tienen en común el objeto Tributario*"[2].

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Analicemos, primero, los distintos delitos tributarios y administrativos que se comprenden en el tipo penal de defraudación tributaria descrito en el artículo 342 del Código Orgánico Tributario y que revelan cuál ha sido la política legislativa seguida.

Se describen dos tipos de conductas:

1. Los "*actos de simulación, ocultación, falsedad o engaño, que induzcan a error en la determinación de la obligación tributaria o por la cual se deja de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero…*".

2. Las "*conductas que contravienen o dificultan las labores de control, deter-minación y sanción que ejerce la administración tributaria.*".

Claramente aparece que se trata de proteger el bien jurídico constituido por el patrimonio fiscal en cuanto a su intangibilidad (los ingresos públicos concretados en tributos o Fisco o Hacienda Pública) y también en cuanto a los medios para su consecución (función o actividad administrativa tributaria). El concepto de Fisco o Hacienda Pública que es uno solo tiene dos vertientes: la objetiva que es el *patrimonio del Estado* (Fisco) y la subjetiva que es ese mismo Estado como titular de la *función administrativa tributaria*. Ambos elementos son los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal de defraudación tributaria. Como afirma la profesora de la Universidad de Granada M. RANCAÑO MARTÍN, "*el interés tutelado por la norma es la Hacienda Pública desde esa doble perspectiva: en tanto que conjunto de derechos y obligaciones de*

[2] Dino JARACH. *Finanzas públicas y Derecho tributario*. ABELEDO-PERROT, Bs. Aires, 1996, pág.365.

contenido económico, es decir, en tanto que patrimonio público, y en tanto que función tributaria que permite dotar a aquélla de un contenido patrimonial"[3].

¿Cómo se llega al concepto de *Fisco o Hacienda Pública* como bien jurídico? Primero aprehendiendo la idea que la Administración pública es actividad puesta al servicio de los fines de interés general. "*Con algunas diferencias la doctrina española y la extranjera consideran que la Administración pública implica una actividad que se encamina a la realización de los servicios públicos y a la satisfacción de las necesidades generales*"[4]. Para cumplir esas finalidades públicas el Estado cumple un ciclo financiero que describe PÍO BALLESTEROS: "*Comienza en el momento en que el Estado se apropia de las riquezas o bienes producidos por las demás economías y las convierte en ingresos para atender a los gastos que le causará cumplir con su deber de atender a las necesidades públicas. Termina cuando el ingreso público se ha convertido en servicio público o medio de satisfacer la necesidad*"[5]. Es la administración pública financiera, la que tiene necesariamente *contenido* económico, pues los medios necesarios para cumplir los fines del Estado son económicos. De lo que sigue que toda actividad de la Administración pública, incluida la financiera, está sometida al Derecho y, por ello, se implementa la técnica jurídica (el tributo es un ejemplo) en la actividad financiera[6]. Dice GIANNINI que en esta exigencia de sometimiento "*debe informarse especialmente la actividad financiera: 1º. Porque ello implica la administración del dinero público, del dinero que es sustraído a la economía privada para la satisfacción de las necesidades públicas; y, 2º. Porque la enorme masa de riqueza destinada a esos fines da origen a un complejo de relaciones, cuyo ordenado desenvolvimiento requiere un sistema de disposiciones imperativas*"[7]. El *Derecho* es lo que da *forma* a la actividad financiera de *contenido* económico, regula normativamente cómo actúa y se desenvuelve ésta. Por ese *contenido económico* la

---

3 María Asunción RANCAÑO MARTÍN. *El delito de defraudación tributaria*. MARCIAL PONS, Madrid, 1997, pág.41.

4 Fernando SAINZ DE BUJANDA. *Hacienda y Derecho Vol. I*. INSTITUTO DE ESTUDIOS POLÍTICOS, Madrid, 1975, pág. 10.

5 *Manuel de Hacienda Pública*, Madrid, 1940, pág. 8 (Cita en *Hacienda..*, nota 7).

6 Dice SAINZ DE BUJANDA: *El aspecto técnico-jurídico de la actividad financiera deriva del sometimiento general de la Administración al Derecho*.

7 Cita del anterior en pág.23, *Hacienda…Vol. I.*

actividad financiera de la Administración pública del Estado es objeto de estudio de una ciencia económica que se llama *Ciencia de Hacienda*, que no es, claro está, *Derecho Financiero*[8].

La *Hacienda Pública o Fisco* es el sujeto de la Administración pública del Estado que desarrolla la actividad financiera (elemento subjetivo) sobre la base del conjunto de medios económicos que en ella se manejan (elemento objetivo). Dice SAINZ DE BUJANDA que la expresión *Hacienda pública "puede y debe emplearse para designar, indistintamente, al sujeto que desarrolla la actividad financiera –significación subjetiva- y al conjunto de medios económicos que en ella se manejan –significación objetiva-…"*[9]. Comprendida dentro de esta actividad está la creación y gestión recaudatoria de los tributos, de donde surge la relación entre el Estado y los contribuyentes que es objeto propio del *Derecho Tributario*.

Este bien jurídico concretado como Hacienda Pública o Fisco y definido en la forma como lo hemos hecho es el que se protege con la norma penal y se lo ampara de cualquier conducta lesiva, ya sea de mero peligro o la que produce un resultado. Es cuestión de observar, por ejemplo, que las conductas que tan solo *dificultan las labores de control, determinación y sanción* son tipificadas, no se exige resultado alguno, la mera actividad ya es consumación del tipo. Es un caso de *delito de peligro*, en el cual se tipifica la conducta no por ser apta para producir la disminución de la deuda tributaria, sino por su idoneidad para obstaculizar, dificultar o entorpecer la función administrativa tributaria.

Debemos hacer una extensión del bien jurídico protegido a las *haciendas públicas locales* que se nutren de impuestos, pues los actos tipifi-cados como defraudación tributaria no sólo están limitados a proteger a la Hacienda Pública estatal, sino a todas aquellas que se nutran de im-puestos de rendimiento propio. Así lo determina el propio Código Orgánico Tributario:

---

8 Para SAINZ DE BUJANDA es "*la disciplina que tiene por objeto el estudio sistemático de las normas que regulan los recursos económicos que el Estado y los demás entes públicos pueden emplear para el cumplimiento de sus fines, así como el procedimiento jurídico de percepción de los ingresos y de ordenación de los gastos y pagos que se destinan al cumplimiento de los servicios públicos*". Cit., pág.33.

9 Ob. Cit., pág.28.

Art. 310.- Ámbito de aplicación.- Las disposiciones de este Código se aplicarán a todas las infracciones tributarias…".

La propia LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN MUNICIPAL:

Art. 493.- Los impuestos se dividirán en los siguientes grupos:

1.- Impuestos de recaudación directa, que comprenderán todos aquellos que sean recaudados por la tesorería municipal; y,
2.- Impuestos de participación, que incluirán aquellos ingresos por concepto de participaciones en impuestos unificados u otros.

La LEY DE RÉGIMEN PARA EL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO prescribe:

SEGUNDA: …En materia tributaria se aplicarán las disposiciones pertinentes de la Ley de Régimen Municipal, de la Ley 006 de Control Tributario y Financiero, del Código Tributario y las establecidas en leyes especiales.

Veamos otros dos ejemplos, el primero, en la ORDENANZA PARA LA APLICACIÓN Y COBRO DE LAS CONTRIBUCIONES ESPECIALES DE MEJORAS POR PAVIMENTACIÓN, REPAVIMENTACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE ACERAS Y CERCAS EN EL CANTÓN ESMERALDAS:

Art. 4.- Carácter real de la contribución.- Esta contribución especial de mejoras tiene carácter real. Las propiedades beneficiadas, cualquiera que sea su título legal o sustitución de empadronamiento, responden con su valor *por el delito tributario*. Los propietarios no responden más que hasta por el valor de la propiedad, de acuerdo con el avalúo comercial municipal actualizado antes de la iniciación de las obras.

Un segundo ejemplo es la ORDENANZA QUE REGLAMENTA LA DETERMINACIÓN, ADMINISTRACIÓN Y RECAUDACIÓN DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS, POR OBRAS EJECUTADAS POR EL I. MUNICIPIO DE QUEVEDO.

> Art. 3.- Carácter real de la contribución.- La contribución de mejoras tiene como carácter real. Las propiedades beneficiadas, cualquiera que sea su título legal o situación de empadronamiento, responden con un valor por *el delito Tributario*. Las Propiedades no responden más que hasta por el valor de la propiedad, de acuerdo con el avalúo comercial municipal actualizado.

En conclusión, para nosotros, el bien jurídico protegido es la riqueza tributaria de la Hacienda Pública, sea nacional o municipal (Erario), en forma directa e indirectamente o en forma mediata lo es también la actividad funcional de la Administración Tributaria, vale decir, la actividad administrativa tributaria de los entes públicos gestores.

LA TIPICIDAD DE LA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

Hay la exigencia de la labor de tipificación legislativa de las conductas consideradas como contrarias al Ordenamiento jurídico, esto es, de las conductas antijurídicas que puedan lesionar los bienes jurídicos protegidos por la normativa penal tributaria. En efecto, dice la Constitución Política:

> "Art. 24.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:
>
> 1. Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento.".

Se declara en la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica":

> Art. 9.- Principio de legalidad y de retroactividad.- Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si

con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Enuncia el Código Orgánico Tributario:

"Art. 315.- Clases de infracciones.- (Sustituido por el Art. 9 de la Ley s/n, R.O. 242-3S, 29-XII-2007).- Para efectos de su juzgamiento y sanción, las infracciones tributarias se clasifican en delitos, contravenciones y faltas reglamentarias.

Constituyen delitos los tipificados y sancionados como tales en este Código y en otras leyes tributarias."

Prescribe el Código Penal:

"Art. 2.- Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.

La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto…".

LA TÉCNICA LEGISLATIVA USADA PARA TIPIFICAR EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA: TIPO Y FIGURAS TÍPICAS

"**Art. 342.- Concepto.-** (Sustituido por el Art. 29 de la Ley s/n, R.O. 242-3S, 29-XII-2007).- Constituye defraudación, todo acto doloso de simulación, ocultación, omisión, falsedad o engaño que induzca a error en la determinación de la obligación tributaria, o por los que se deja de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero; así como aquellas conductas dolosas que contravienen o dificultan las labores de control, determinación y sanción que ejerce la administración tributaria.

Art. 343.- Defraudación agravada.- (Sustituido por el Art. 30 de la Ley s/n, R.O. 242-3S, 29-XII-2007).- Constituye defraudación agravada y será sancionada con el máximo de la pena, la cometida con la participación de uno o más funcionarios de la administración tributaria."

Las normas jurídicas requieren de una verdadera fuerza que asegure su eficacia, ese es el rol del Derecho Penal. Lo que hace el legislador penal es vincular la desobediencia de la norma con la amenaza de penas. "*El derecho penal moderno, propio del Estado de derecho, se sirve para ello de un método que resulta sencillo y goza de la ventaja de proveer de una especial seguridad jurídica: «describe ciertos comportamientos ilícitos típicos (contravenciones a la norma) como un acotado acontecimiento de la vida y los somete a una pena». Esta tipificación exhaustiva –no susceptible de extensión y reservada al legislador- de las circunstancias de hecho constitutivas del delito, es el «tipo penal»*[10].

La conducta que se adecue al *tipo* de defraudación tributaria del Art. 342 COT no tiene asociada ninguna pena como consecuencia, sino en tanto sea una constitutiva de una de las *figuras típicas* constantes en el Art.344 ídem, así lo establece el Art.345 ibídem. Luego, las *figuras típicas (Art.344 COT)* son enunciaciones casuísticamente formuladas del *tipo genérico* del delito de defraudación (Art.342 ídem).

Por otra parte, hay que tener en cuenta que es objeto de un proceso penal la conducta que se adecua a la figura típica y que contiene los elementos enunciados en el *tipo*. Por ejemplo, la falsificación de facturas comerciales se adecua al No. 5 del Art.344, pero sólo es defraudación tributaria (Art.342) si se constituye como acto medio para inducir a error a la Administración y dejar de pagar el tributo debido en propio beneficio o de tercero. Lo mismo sucede si se incluyen en una declaración o información presentada a la Administración retenciones inexistentes (Art.344, No.6 COT), como acto de inducción a error en la determinación tributaria para dejar de pagar tributos en beneficio propio o de un tercero.

La función del «*tipo*» es describir los elementos que deben contener las «*figuras típicas*» para ser consideradas como especies del acto típico genérico de defraudación tributaria. Por ello, se afirma que este último *no goza de exclusividad* en la pertenencia de sus elementos, por el contrario la comparte con todas las figuras típicas. Sin embargo, cada una de éstas, a diferencia del *tipo genérico*, *tiene exclusividad* sobre sus elementos constitutivos. Por ejemplo, el elemento *inducir a error a la Administración tributaria en la determinación de la obligación a pagar*

[10] Reinhart MAURACH y Heinz ZIPF. *Derecho Penal. Parte General.1.*ASTREA, Bs. Aires, 1994, pág.346.

(elemento del tipo), siempre será necesario como efecto del acto de engaño, de falsedad, de simulación con que el sujeto activo, por ejemplo, presenta datos o cifras falsos, incompletos o desfigurados (figura típica), es decir, se *comparte, no es exclusivo del tipo*; sin embargo, la presentación de datos o cifras falsos, incompletos o desfigurados es un elemento exclusivo de la figura típica descrita en el numeral 4 del Art.344 COT.

De esta forma, el acto de engaño que causa error en la determinación de la obligación tributaria por parte de la Administración, (elementos del «*tipo*» del Art.342 COT) es descrito como «*llevar doble contabilidad*» en la «*figura típica*» que contiene el numeral 8 del Art.344, también y, de la misma forma, se lo concreta como «*la alteración dolosa de libros o registros informáticos de contabilidad en perjuicio del acreedor tributario*» en el numeral 7 del artículo citado. Es decir, el acto de engaño (*engañar*) descrito en el «*tipo*» de defraudación es el *núcleo o verbo* de los actos de llevar doble contabilidad, declaraciones o informes falsos, falsificación de documentos de soporte contable, alteración de libros contables que describen las diversas «*figuras típicas*» citadas en forma ejemplificativa. O lo que es lo mismo: sin el acto de engañar, de simular, de falsear o de ocultar no existe adecuación típica de una conducta al tipo de defraudación tributaria.

En conclusión, en el Ecuador el delito de defraudación tributaria se tipifica en el Código Orgánico Tributario que constituye una ley penal especial con respecto al Código Penal y con la jerarquía de orgánica, siendo a su vez ley penal general con respecto a otras leyes penales tributarias como, por ejemplo, la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno (LORTI) que es especial con respecto a aquél, pero de igual rango normativo o la Ley Orgánica de Aduanas (LOA) de iguales características que ésta, pero con diferente ámbito material de vigencia, puesto que sus normas regulan específicamente los tributos al comercio exterior.

Se pregunta, a veces, si se aplica el tipo penal de defraudación tributaria previsto en el COT a las conductas constitutivas de delito tributario aduanero. La respuesta es negativa, pues en la LOA se describe el tipo de delito especial de defraudación aduanera (Art.82) y también las figuras típicas punibles (Art. 83), el propio COT lo dispone de esa forma en la norma contenida en el artículo 64. Sin embargo, sí se aplica para las

defraudaciones a los tributos previstos en la LORTI que carecen de tipo penal y de otros tributos previstos en otras leyes especiales.

EL TIPO OBJETIVO

Así se conoce al conjunto de elementos materiales o fácticos que configuran la conducta descrita en la ley penal, tales como el sujeto activo, el sujeto pasivo, el núcleo o verbo del tipo, el resultado, así como cualquier otro seleccionado por el legislador para la estructuración del delito de defraudación tributaria.

El sujeto activo del delito en la acción

Se trata de aquél sujeto que debe realizar la conducta típica y de las condiciones que de éste exige el tipo, de no existir ningún requerimiento específico al sujeto activo en cuanto a edad, profesión, parentesco, etc. estamos frente a un *delito común*, ya que cualquier persona puede llevar a cabo la realización de la conducta típica, el sujeto activo no está caracterizado por cualidad alguna. Mientras que si se trata al delito de defraudación tributaria como *delito especial*, de suyo va la necesaria caracterización del sujeto activo de la conducta típica con la cualificación de ser el sujeto pasivo de la obligación tributaria principal y/o sujeto pasivo de la actividad de control de la función tributaria, pudiendo ser más de uno.

Esta cuestión de calificar al delito de defraudación tributaria como *especial,* dice PÉREZ ROYO, "*es de una importancia capital no sólo desde el punto de vista teórico, sino también desde el punto de vista práctico. Así, si se acepta la tesis de la defraudación como delito especial, las actuaciones desarrolladas por los representantes tanto legales como voluntarios de los sujetos pasivos determinarán situaciones de impunidad, en cuanto que, en estos casos, el sujeto de la acción no coincide con el sujeto pasivo del tributo*", continúa diciendo el autor que en el caso de las personas jurídicas, "*si la defrau-dación es calificada como delito especial, el problema de la autoría debe ser resuelta mediante la invocación del…«obrar por otro»; en cambio si se acoge la solución contraria de considerar a la defraudación tributaria como un delito no*

especial,…(se hace) necesario resolver caso por caso el problema de la auto-ría…"[11].

La regla del «*actuar en nombre de otro*» u «*obrar por otro*» es una derivación para determinar la persona natural que debe responder por el delito, cuando la persona jurídica, sujeto pasivo de la obligación tributaria, es la que lo ha cometido siendo el sujeto activo de la conducta típica.

Siendo el delito de defraudación tributaria *especial* el sujeto activo del mismo deber ser el sujeto pasivo de la obligación tributaria que, de acuerdo al artículo 24 del COT, *es la persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable*.

Existe variada jurisprudencia que considera el delito de defraudación tributaria como delito especial, de propia o única mano, por ejemplo, las sentencias de 28 de octubre de 1997, 20 de mayo de 1996, 24 de febrero de 1993, 25 de septiembre de 1990 del Tribunal Supremo español que indican que el delito tributario "*Es un delito «de primera mano» porque sólo puede ser sujeto activo del mismo el que sea directamente tributario o deudor del impuesto o el que malgaste el beneficio fiscal obtenido, pero nunca un tercero*"[12].

Dice el autor que esta tesitura admite que el tercero o *extraneus* participe en delito cometido por el *intraneus* en los delitos de propia mano, además que así lo acepta en forma expresa la sentencia de 20 de mayo de 1996 del mismo Tribunal Supremo que afirma la doctrina siguiente: "*La jurisprudencia de esta Sala viene sosteniendo desde la STS 14 de enero de 1994 que el texto del art. 14 CP no requiere que los partícipes (inductores, cooperadores necesarios y cómplices) en un delito especial propio –es decir, aquellos delitos en los que el tipo penal prevé exclusivamente la autoría de un sujeto activo con especial cualificación-*

---

[11] Fernando PÉREZ ROYO, *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES, Madrid, 1986, pág.79.

[12] José Luis SEOANE SPEGELBER. *El delito de defraudación tributaria*. En *Temas de Derecho Penal Tributario*. MARCIAL PONS, Madrid, 2000, pág.84.

tengan la misma condición jurídica que el autor. Dicho en la terminología tradicional: la ley no impide la punibilidad del extraneus como partícipe en el delito propio del *intraneus*".

La postura del autor es sólida y con una clara *fundamentación normativa. El partícipe no infringe la norma que respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las reglas de la participación que amplían el tipo penal…Todas las explicaciones del fundamento de la participación conducen sin ninguna fricción a esta solución. Si este fundamento se ve en la participación en la ilicitud del autor, es evidente que la ilicitud del hecho del autor es el resultado de la conducta del partícipe, que en forma mediata ataca el mismo bien jurídico. Si el fundamento de la punibilidad del partícipe se viera en la causación del ilícito, la situación no sería en modo alguno diferente, pues el partícipe contribuye a la producción del acto ilícito. Por lo tanto, cualquiera sea el fundamento de la punibilidad del partícipe, la participación en los delitos especiales propios no es impune*[13].

Si nos atenemos a la redacción del tipo penal de defraudación tributaria (Art.342 COT) en nuestro país puede perfectamente excluirse a éste de la categoría de *delito especial*, pues el sujeto activo que lo comete puede ser cualquiera en beneficio propio *o de un tercero*. La evasión dolosa del pago de tributos o el goce de las rentas ilícitas son conductas típicas, pero no tienen relación necesaria con el sujeto activo que comete el delito. Es decir, éste puede ser cualquiera en condiciones fácticas de defraudar al Fisco.

Cierto es que debe existir una relación de naturaleza tributaria previa a la comisión del delito, es decir, una relación tributaria preexistente entre el sujeto pasivo de la obligación con la Administración tributaria, dentro de esta vinculación jurídica es que se puede cometer el delito, pero el tipo penal no exige una *condición personal específica al sujeto activo*. La existencia de la relación jurídica de naturaleza tributaria existente en forma previa, es el marco dentro del cual se puede cometer el delito, pero la misma no cualifica, selecciona o marca con algún distintivo al sujeto activo de éste. No se tipifica el delito como de defraudación cometida por el sujeto pasivo de la obligación para evadir el pago de

[13] Ídem, pág.85.

«*sus*» tributos, sino por cualquiera que pueda cometerlo por estar apto para esa comisión delictiva.

Se hace obvio que si revisamos los tipos penales especiales que contiene nuestro Código Penal nos obliga, esa interpretación sistemática, a concluir que si la voluntad del legislador hubiera sido la de crear el tipo de defraudación tributaria como delito especial, lo más sencillo de hacer era exigir del sujeto activo una cualidad personal específica. Y ese no ha sido el caso.

Estemos claros que la normativa penal conforma el sector del Ordenamiento jurídico que protege los bienes jurídicos de mayor valoración social de los más graves ataques; se configura el Derecho penal, dice la profesora de la Universidad de Granada, como «*ultima ratio*» y, por ello, *puede cualificar al sujeto activo del delito entendiendo que sólo procede actuar cuando sean determinadas personas las que contravengan las normas penales, porque sólo la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido llevada a cabo por éstas tenga la suficiente trascendencia para aquél*[14]. No es el caso del delito tributario, pues el Código Orgánico Tributario no limita el ámbito de los sujetos activos del delito.

Cuando se trata del caso en que la relación jurídico-tributaria es con una persona jurídica, la imputación penal ha de centrarse en personas naturales, concretamente en su representante legal, contador, director financiero y demás personas que tengan a su cargo el control de la actividad económica de la empresa y la responsabilidad de éstos sólo deberá ser declarada si han actuado en forma dolosa (Art. 345.c) del COT).

A este respecto existe una sentencia aleccionadora en el caso FILESA (STS de 28 de octubre de 1997) en la que se lee el siguiente razonamiento: "*De cuanto antecede se establece la comisión de los delitos fiscales por los períodos y ejercicios señalados en cuanto a las empresas Filesa y Time-Export. La responsabilidad del delito fiscal hay que atribuirla en primer lugar a las personas que, como socios o administradores de las empresas, ostentaban poder de decisión dentro de las mismas porque*

[14] María Asunción RANCAÑO MARTÍN. Cit., pág.48.

tenían o tienen conocimiento de las defraudaciones que se van a realizar. En este caso es claro que, al existir sólo dos socios componentes de la totalidad del accionariado de Filesa y Time Export y uno de ellos ser, además, el Administrador único de las mismas, la responsabilidad debe recaer en los acusados Luis y Alberto. Además, y siguiendo la línea argumentativa más arriba expuesta, también la responsabilidad compete a la persona que como inductor o instigador de todas las operaciones fraudulentas (confección y emisión de facturas) tenía lógicamente poder de decisión en cuanto a la presentación ante la Delegación de Hacienda de las obligaciones fiscales, por lo que debe dictarse sentencia condenatoria también contra Carlos".

El sujeto activo en la omisión

La omisión como especie de acto típico de defraudación tributaria es, en cambio, un *delito especial*, vale decir, requiere de un sujeto activo que omita y que éste sea calificado como sujeto pasivo de la obligación tributaria, obligado al cumplimiento de los deberes tributarios y, en consecuencia, garante del bien jurídico protegido.

Enuncia el Código Penal

> Art. 12.- No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.

Aplicable en materia de delitos tributarios por mandato del propio Código Orgánico Tributario:

> Art. 310.- Ámbito de aplicación.- Las disposiciones de este Código se aplicarán a todas las infracciones tributarias. Las normas y principios del derecho penal común, regirán supletoriamente y sólo a falta de disposición tributaria expresa.

Precisamente, cuando se tiene la obligación jurídica de impedir un resultado y no se lo hace, es decir, se omite la acción impeditiva obligada se produce el delito de omisión impropia o comisión por omisión. Obsérvese que si se tiene esa obligación jurídica el sujeto es garante del resultado típico y esta especial situación es lo que equipara la acción con la omisión en los delitos de resultado, "*pues es mayor el desvalor que produce la omisión de la conducta cuando ésta proviene de un sujeto*

que, teniendo el deber jurídico de evitarla, no lo hace, que cuando el sujeto omite la conducta, si bien su situación con respecto al bien jurídico protegido no es garante del mismo"[15].

De ahí que el delito de comisión por omisión sea *especial,* pues sólo puede ser sujeto activo del mismo el sujeto que es garante del bien jurídico protegido y no cualquiera.

Concluimos afirmando conjuntamente con la profesora en cita que el tipo penal de defraudación tributaria es un *delito común* que no exige especial cualificación en la persona del sujeto activo, si bien cuando el delito adopta la forma omisiva, la exigencia de un deber específico extrapenal que ampara al bien jurídico protegido –y que concurre en aquellos sujetos que están obligados por Ley al cumplimiento de los deberes tributarios- convierte *en especial el tipo común*.

El sujeto pasivo del delito

Es el titular de la *Hacienda Pública* o *Fisco* o *Erario Nacional*, es decir, el Estado y, también pueden serlo el titular de las haciendas locales (municipios) cuando se trata de los impuestos que constituyen recursos propios y que están previstos en la Ley Orgánica de Régimen Municipal como impuestos de directa recaudación (Art.493.1 LORM).

El término *hacienda pública* se dejó de utilizar progresivamente en nuestra normativa positiva cuando se sustituyó la antigua Ley Orgánica de Hacienda (1928 a 1977) con la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (DS 1429. RO 337 de 16 de mayo de 1977).

La expresión *Hacienda Pública* nos viene de España, la que su vez la hace derivar en la "*Hacienda autónoma*" que formaron los enemigos del imperio romano (siglo III), los visigodos. España recibió la transformación producto del desplazamiento de los impuestos percibidos desde el Imperio "*dando origen a una Hacienda autónoma a medida que los visigodos afirmaban su independencia política…La distinción más profunda radica en que la Hacienda Pública, bajo la denominación romana, era una pieza de la Hacienda Imperial, en tanto que, bajo la*

[15] M.A. RANCAÑO. Ob. Cit., pág.50.

monarquía visigoda, quiso ser un instrumento de aglutinación nacional."[16] .

El término *Fisco* como sinónimo se sigue utilizando en diversas leyes como el Código Orgánico Tributario (Art.58), la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas (Art.13), Ley de Régimen Tributario Interno (Arts.72, 73,74, 107 A, 107C) y en la última Ley de Equidad Tributaria para el Ecuador de 29 de noviembre de 2007 (Exposición de Motivos, Arts. 161 y en la Decimoquinta disposición transitoria).

A esta terminología le debemos agregar la expresión *Erario* que se utiliza para expresar lo mismo.

Las voces Fisco y Erario provienen de las expresiones «*fiscus»* y «*aerarium»* diferenciadas antiguamente en lo que al Estado se refiere, pues "*hasta los primeros tiempos del Imperio, se distinguían el «fisco (fiscus)» o tesoro imperial (de propiedad del emperador) del «aerarium» o tesoro público. Más adelante, ambos se confunden, designándose con el nombre de fiscus al tesoro del Estado, reservándose para los bienes propios del emperador el de res privata…"*[17].

Finalmente, se designa como sujeto activo del tributo que administra el Servicio de Rentas Internas al *Estado,* que es pues, en definitiva, el titular del bien jurídico protegido (la riqueza tributaria) y, a su vez, es el sujeto pasivo del delito de defraudación tributaria, en la Ley de Régimen Tributario Interno (Arts.3, 62, 79) y en los últimos impuestos reguladores creados en la Ley de Equidad Tributaria (Arts.157, 166, 175).

El acto típico

El nombre escogido por el legislador para este delito nos evidencia que lo punible es la conducta de *defraudar* lo que comprende un resultado que se concreta en un *perjuicio económico* y en un acto de *engaño*, pues de darse sólo el resultado no hay forma de distinguir la conducta defraudatoria con la de simple deuda tributaria. "*No hay en la*

---

16 F. SAINZ DE BUJANDA. *Hacienda…*Cit., pág.177/178.

17 Mario N. ODERIGO. *Sinopsis de Derecho Romano.* DEPALMA, Bs. Aires, 1982, pág.59.

defraudación tributaria un simple incumplimiento de deberes fiscales, sino una verdadera «mise in scène» tendente a engañar a los correspondientes órganos de la Admi-nistración Tributaria"[18]. Lo que hay que tener claro que la expresión "*defraudar"* es normativa y exige una maquinación, un ardid o un engaño.

Existe, sin embargo una tesis que ha sido aceptada por la juris-prudencia y que consiste en descartar el engaño como elemento de la conducta que perjudica al fisco, pero aceptando que se requiere, además de los elementos materiales u objetivos, el dolo, que consiste en el conocimiento de la obligación fiscal por parte del sujeto pasivo del tributo y la consecuente omisión de satisfacerla, lo que se traduce en la no percepción de ingresos por parte del fisco.

Aceptamos que el resultado que causa el deudor tributario y el producido por el defraudador tributario es el mismo: no ingresar en las cuentas estatales o locales (Hacienda, Fisco o Erario) los tributos que se adeudan. Las dos conductas producen la misma lesión al bien jurídico protegido, pero el principio de intervención mínima del Derecho penal impide que éste considere la primera como de trascendencia suficiente para pensar en su punibilidad, no así la segunda que se la impregna de mendacidad, astucia, artificio, engaño o algún componente defraudatorio y que hace necesaria la existencia de la norma penal. Conforme al *principio de intervención mínima* del Derecho Penal "*el legislador selecciona aquellos más intolerables y más lesivos para los bienes jurídicos más importantes y los amenaza con una pena, describiéndolos en el supuesto de hecho de una norma penal, cumpliendo así, además, las exigencias del principio de legalidad*"[19].

En la deuda tributaria la conducta del sujeto no impide que opere normalmente la autotutela de la que está provista la Administración, tanto declarativa como ejecutiva, para evitar el perjuicio en la recaudación de tributos, es decir, se puede expedir el acto de

---

[18] G. RODRÍGUEZ MOURULLO. *El nuevo delito fiscal,* Madrid, REDF, Nos. 15/16, 1977, pp.709/710.

[19] Francisco MUÑOZ CONDE. *Teoría General del Delito*. TIRANT LO BLANCH. Valencia, 2004, págs. 59/60.

determinación tributaria que goza de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad:

> Art. 82.- Presunción del acto administrativo.- Los actos administrativos tributarios gozarán de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y están llamados a cumplirse; pero serán ejecutivos, desde que se encuentren firmes o se hallen ejecutoriados…".

"*Si el acto no se presumiere legítimo y si como corolario de esta presunción no revistiera el carácter de ejecutorio, cualquier cuestionamiento de los contribuyentes o responsables podría trabar o impedir esa efectiva recaudación, con la consiguiente imposibilidad de que el Estado cumpla con sus fines…*"[20]. Por ello, cuando la determinación tributaria no es inducida por engaño o ardid del contribuyente y puede actuarse regular y con exactitud, no existe delito alguno. No se justifica, en este caso, la intervención del Derecho Penal, es suficiente el régimen, por lo demás exorbitante, de la actuación de la potestad administrativa de determinación y recaudación de los tributos realmente debidos.

Ese es el caso en el Ecuador, pues el tipo enuncia:

> "**Art. 342.- Concepto.-** (Sustituido por el Art. 29 de la Ley s/n, R.O. 242-3S, 29-XII-2007).- Constituye defraudación, todo acto doloso de simulación, ocultación, omisión, falsedad o engaño que induzca a error en la determinación de la obligación tributaria, o por los que se deja de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero; así como aquellas conductas dolosas que contravienen o dificultan las labores de control, determinación y sanción que ejerce la administración tributaria.".

Debe haber tanto el resultado: *dejar de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero*, pero causado por un acto *doloso* de engaño, idóneo para producir en la Administración *error en la determinación de la obligación tributaria*.

El delito de defraudación se comete durante el ejercicio de la potestad de imposición, vale decir, durante el procedimiento adminis-

---

[20] María José RODRÍGUEZ. *El acto administrativo tributario*. ÁBACO de R. DEPALMA, Bs. Aires, 2004, pág.113.

trativo de imposición tributaria, en el cual la Administración indudablemente se encuentra dotada de supremacía, sin embargo a nadie escapa que su actividad está vinculada fuertemente al cumplimiento voluntario, por parte de los contribuyentes, de sus deberes formales, depende de este cumplimiento, por ejemplo, de su declaración autoliquidada, de su presentación en plazo, de la confección de sus balances, etc. Por ello, en su expresión *objetiva*, la conducta defraudatoria se concreta en el momento de cumplir estos deberes formales: falsa declaración, doble contabilidad, alteración de balances, omisión de declaración de ingresos, falsificación de facturas o comprobantes de gastos deducibles, etc. Todos estos actos de engaño o fraudulentos son idóneos para producir el error en la Administración que debe determinar los tributos, resultando la omisión de su pago debido y causando el perjuicio económico al Estado-Fisco, al Estado-Hacienda o al Estado-Erario. He aquí configurado *objetivamente* el tipo de la defraudación tributaria.

Luego, el no cumplimiento de los deberes formales, o su distorsión, camuflaje, simulación o falsedad es el elemento *objetivo* que integra la defraudación tributaria, pues esa conducta es la que produce el error en la determinación tributaria que concluye en el perjuicio económico en beneficio propio o de tercero. En efecto, los deberes formales se especifican en el COT:

> Art. 96.- Deberes formales.- Son deberes formales de los contribuyentes o responsables:
>
> 1. Cuando lo exijan las leyes, ordenanzas, reglamentos o las disposiciones de la respectiva autoridad de la administración tributaria:
>
>   a) Inscribirse en los registros pertinentes, proporcionando los datos necesarios relativos a su actividad; y, comunicar oportunamente los cambios que se operen;
>   b) Solicitar los permisos previos que fueren del caso;
>
>   c) Llevar los libros y registros contables relacionados con la correspondiente actividad económica, en idioma castellano; anotar, en moneda de curso legal, sus operaciones o transacciones y conser-var

tales libros y registros, mientras la obligación tributaria no esté prescrita;

d) Presentar las declaraciones que correspondan; y,

e) Cumplir con los deberes específicos que la respectiva ley tributaria establezca.

2. Facilitar a los funcionarios autorizados las inspecciones o verificaciones, tendientes al control o a la determinación del tributo.

3. Exhibir a los funcionarios respectivos, las declaraciones, informes, libros y documentos relacionados con los hechos generadores de obligaciones tributarias y formular las aclaraciones que les fueren solicitadas.

4. Concurrir a las oficinas de la administración tributaria, cuando su presencia sea requerida por autoridad competente".

Estos deberes formales son necesarios para ejercer la *función administrativa tributaria* y, para que se cumplan, se expiden normas penales, por ello su incumplimiento integra la conducta defraudatoria junto con la omisión del pago, que causa el perjuicio económico y pasa a ser elemento del tipo objetivo de la defraudación tributaria[21].

El incumplimiento de estos deberes formales es conducta suficiente para constituirse en elemento objetivo del tipo penal de defraudación tributaria si causa error en la Administración durante su actividad de determinación de la obligación, que conduce a un perjuicio económico al Estado y un beneficio pecuniario ilegítimo a favor del contribuyente o de un tercero. Se trata, eso sí, de afirmar que el incumplimiento es un elemento integrante del tipo, pero no es suficiente. Por ejemplo, veamos el caso de incumplimiento de la declaración de ingresos sin ocultación y con ésta (Art.344, No. 6). En este caso, esa ausencia de cumplimiento del deber formal, ocultando determinados ingresos, origina una errónea determinación tributaria de la obligación y si se trata de autoliquidación se omite pagar lo que se debe y se produce la falta de percepción de los tributos adeudados. Es decir, en este caso se integra el incumplimiento del deber al tipo penal, pues está presente la ocultación que es un hacer

[21] F. PÉREZ ROYO. *Los delitos y las infracciones…*, pág.116.

positivo y, además un componente defraudatorio. Por ello, no compartimos la tesis de PÉREZ ROYO y RODRÍGUEZ MOURULLO de considerar la simple no declaración de ingresos como adecuada al tipo porque, según el primer profesor citado, *la protección a la función tributaria pasa lógicamente por el intento del legislador de que se cumplan los deberes tributarios de colaboración con la Hacienda Pública. Por eso, cuando el sujeto mantiene a la Administración en la ignorancia de la existencia o cuantía de su deuda, mediante el incumplimiento de sus obligaciones tributarias de información y colaboración, realiza el tipo penal de defraudación*[22]. Es decir, para él, la mera omisión de declarar *per se* constituye engaño. Afirmamos que la esencia normativa de la expresión defraudar requiere que se sume a esa conducta omisiva (no declarar) una positiva que permita inferir la naturaleza defraudatoria de la omisión.

Sin embargo, no debemos ignorar que el tipo de defraudación tributaria describe como tal a todo *acto de simulación o engaño*, comprendiendo a las especies de acción y omisión. Y en forma precisa el artículo 314 COT enuncia que las infracciones tributarias, en las que se comprende la defraudación tributaria pueden ser cometidas por *acción u omisión*. Lo primero que debemos concluir es que quien omite una actividad no puede defraudar en forma activa, pues el simple no hacer no tiene idoneidad para este efecto; pero si el sujeto que omite tiene el deber jurídico de actuar, en vista de su rol como garante del bien jurídico, para evitar el resultado y no acciona, realiza la conducta en comisión por omisión (Art.12 CPE). Luego, lo que hay que determinar es si la omisión por sí sola es concluyente e induce a error a la Administración en la determinación de la obligación tributaria, pues éste es un elemento necesario para la configuración del tipo de la defraudación tributaria. En nuestro criterio, sólo cuando la omisión de declarar o proporcionar información a la Administración implica ocultamiento o engaño que causa el error de ésta y se produce el resultado perjuicio fiscal, estamos en presencia de una comisión por omisión típica. No así cuando existe una simple omisión de declarar o proporcionar información.

Sobre la omisión de la declaración tributaria se sostiene que *el ánimo defraudatorio es factible por la simple omisión del sujeto tributario y es*

[22] Ídem.

que…quien omite la declaración exigida con intención de eludir el impuesto no debe ser de mejor condición que quien, en su declaración, desfigura o manipula las bases tributarias para pagar menos de los debido (STS de 25 de febrero de 1998). No contradecimos este aserto, lo que decimos es que la omisión por sí sola no hace concluir en la existencia de la defraudación. La omi-sión que no es ocultamiento, que no es engaño constituye sí una presun-ción del ánimo de defraudar, pero éste debe ser deducido de hechos, de elementos objetivos ya que *la detección del «animus» defraudatorio ha de hacerse mediante «facta concludentia» o juego de inferencias, derivadas de actos anteriores, coetáneos o posteriores que corresponde decidir al Juzgador (STS de 27 de diciembre de 1990, 3 de diciembre de 1991, 24 de febrero de 1993 y 25 de febrero de 1998*). Confirmado el ánimo de defraudar se puede concluir que la omisión de declarar implicaba esconder, ocultar a la Administración datos, cifras, hechos para que ésta yerre y se dejen de pagar tributos.

Es preciso concretar la tesis que sostenemos: nos referimos siempre a un *incumplimiento defraudatorio* de los deberes formales, es decir, al no cumplimiento de los mismos engañando, simulando, falseando, ocultando lo necesario para el cabal cumplimiento del deber de colaboración que pesa sobre el sujeto pasivo. Lo que significa decir que cuando la conducta es de incumplimiento de un deber formal sea *no defraudatoria*, es decir, no sea en sí mismo mendaz, no configura al tipo de la defraudación tributaria. La presencia de una infracción al cumplimiento de los deberes formales *no defraudatoria* o la ausencia del componente defraudatorio excluye la realización del tipo penal de la defraudación tributaria.

Eso lo enuncia nuestro Código Orgánico Tributario:

> Art. 97.- Responsabilidad por incumplimiento.- El incumplimiento de deberes formales acarreará responsabilidad pecuniaria para el sujeto pasivo de la obligación tributaria, sea persona natural o jurídica, *sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar*.

También decimos que las infracciones por incumplimiento *no defraudatorio* de deberes formales se encuentran previstas como *contravenciones*, si esos deberes están regulados por normas legales (Art.348 COT) y como *faltas reglamentarias*, si se trata de deberes

normados por reglamentos o disposiciones administrativas (Art.351 COT). Estos incumplimientos no defraudatorios son objeto del Derecho Administrativo Sancionador Tributario y no del Derecho Penal Tributario.

En este planteamiento destacamos, lo que antes hemos enunciado, el Derecho Penal interviene como *ultima ratio*. "*…La conducta típica no consiste única y exclusivamente en la mera elusión del pago de los tributos o en el disfrute indebido de beneficios fiscales, sino que es necesario algo más, el componente defraudatorio, pues así lo exige el carácter de última ratio del Derecho penal…*"[23].

La conducta adecuadamente típica

Defraudar es causar perjuicio económico-tributario *a través* de un acto engaño, ocultación, simulación o falsedad. Es decir, debe existir la noción de perjuicio económico y, además, la del engaño. Este es la línea de la mayoría de la doctrina española actual[24]. PÉREZ ROYO señala con claridad que el simple perjuicio económico no es capaz de exigir la intervención del Derecho Penal, por el contrario, debe producirse ésta cuando nos hallemos ante conductas que sean lesivas en forma grave de los bienes jurídicos más necesarios para la sociedad. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA se suma a esta corriente en la última edición (la 14ª) de su obra[25], no obstante haber mantenido un criterio diferente antes. Hay otros como LAMARCA PÉREZ que se adhieren a la tesis que la defraudación no requiere del engaño o la maquinación mendaz, sino tan solo el conocimiento de la obligación tributaria acompañada de la conducta omisiva que se convierte en la no percepción de ingresos tributarios por parte del Estado.

Recordemos que en nuestra legislación, como dijimos antes, claramente aparece que se trata de proteger el bien jurídico constituido por el patrimonio fiscal en cuanto a su intangibilidad (los ingresos públicos

---

23 M.A. RANCAÑO M. *El delito…*Cit., pág.58.

24 G. DE LA PEÑA VELASCO, J. CÓRDOBA RODA, M. BAJO FERNÁNDEZ, C. MARTÍNEZ PÉREZ, G. QUINTERO OLIVARES, L. GÓMEZ-DECANO Y CEBALLOS – ZUÑIGA, S. MARÍNEZ IZQUIERDO. L. MARTÍN GRACIA. Cfr. Nota 56 y 66, pág.54 RANCAÑO MARTÍN. Cit.

25 *Derecho Penal Español. Parte Especial.*

concretados en tributos o Fisco o Hacienda Pública) y también de tutelar los medios para su consecución (función o actividad administrativa tributaria).

Por esa razón nuestro COT aprehende en el mismo tipo penal: **1.-** La evasión tributaria (Nos.4, 6, 10), el delito contable (Nos.7, 8 y 9), la obtención indebida de subsidios, rebajas, exenciones o estímulos fiscales o hacerlas extensivas a terceros (Nos.11 y 14), la elusión tributaria (No.12) y la apropiación deliberada de impuestos retenidos (No.13), protegiendo el patrimonio económico-tributario del Estado. **2.-** Adicionalmente, comprende las conductas referentes a la quiebra del control, determinación y sanción que ejerce la Administración (Nos.1, 2, 3 y 5), amparando, en estos casos, la función administrativa-tributaria de los entes gestores: Servicio de Rentas Internas, Corporación Aduanera Ecuatoriana, Municipios.

Todas estas conductas ha sido objeto de tipificación por decisión de legislador con la finalidad proteger, las primeras, en forma directa la riqueza tributaria del Estado (1.-) y, en forma mediata, protegiendo la función administrativa-tributaria, los segundos (2.-).

Protección al bien jurídico *riqueza tributaria de la Hacienda Pública*

Art. 344.- Casos de defraudación.- (Sustituido por el Art. 31 de la Ley s/n, R.O. 242-3S, 29-XII-2007).- A más de los establecidos en otras leyes tributarias, son casos de defraudación:

4.- Proporcionar, *a sabiendas*, a la Administración Tributaria información o declaración falsa o adulterada de mercaderías, cifras, datos, circunstancias o antecedentes que *influyan en la determinación de la obligación tributaria, propia o de terceros*; y, en general, la utilización en las declaraciones tributarias o en los informes que se suministren a la administración tributaria, de datos falsos, incompletos o desfigurados;

6.- La omisión dolosa de ingresos, la inclusión de costos, deducciones, rebajas o retenciones, inexistentes o superiores a los que procedan legalmente.

7.- La alteración dolosa, *en perjuicio del acreedor tributario*, de libros o registros informáticos de contabilidad, anotaciones, asientos u operaciones relativas a la actividad económica, así como el registro contable de cuentas, nombres, cantidades o datos falsos;

8.- Llevar doble contabilidad deliberadamente, con distintos asientos en libros o registros informáticos, para el mismo negocio o actividad económica;

9.- La destrucción dolosa total o parcial, de los libros o registros informáticos de contabilidad u otros exigidos por las normas tributarias, o de los documentos que los respalden, *para evadir el pago o disminuir el valor de obligaciones tributarias*;

10.- Emitir o aceptar comprobantes de venta por operaciones inexistentes o cuyo monto no coincida con el correspondiente a la operación real;

11.- Extender a terceros el beneficio de un derecho a un subsidio, rebaja, exención o estímulo fiscal o beneficiarse sin derecho de los mismos;

12.- Simular uno o más actos o contratos para obtener o dar un beneficio de subsidio, rebaja, exención o estímulo fiscal;

13.- La falta de entrega deliberada, total o parcial, por parte de los agentes de retención o percepción, de los impuestos retenidos o percibidos, después de diez días de vencido el plazo establecido en la norma para hacerlo; y,

14.- El *reconocimiento o la obtención indebida y dolosa* de una devolución de tributos, intereses o multas, establecida así por acto firme o ejecutoriado de la administración tributaria o del órgano judicial competente.

La protección al bien jurídico *función administrativa-tributaria*

Art. 344.- Casos de defraudación.- (Sustituido por el Art. 31 de la Ley s/n, R.O. 242-3S, 29-XII-2007).- A más de los establecidos en otras leyes tributarias, son casos de defraudación:

1.- Destrucción, ocultación o alteración dolosas de sellos de clausura o de incautación;
2.- Realizar actividades en un establecimiento a sabiendas de que se encuentre clausurado;

3.- Imprimir y hacer uso doloso de comprobantes de venta o de retención que no hayan sido autorizados por la Administración Tributaria;

5.- La falsificación o alteración de permisos, guías, facturas, actas, marcas, etiquetas y cualquier otro documento de control de fabricación, consumo, transporte, importación y exportación de bienes gravados;

Este Ensayo es una primera aproximación a un tema que ha sido tema de auténticos tratados.

Guayaquil, a 27 de mayo de 2008

EL PROCEDIMIENTO DE RECAUDACIÓN TRIBUTARIA EN ESPAÑA

Prof. Dr. Pedro José Carrasco Parrilla
Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
Subdirector del Centro Internacional de Estudios
Fiscales de la Universidad de Castilla-La Mancha
(España) www.uclm.es/cief
PedroJose.Carrasco@uclm.es

I. FUNCIONES ADMINISTRATIVAS DE RECAUDACIÓN.

La recaudación tributaria forma parte de las actividades administrativas que tienen por objeto la aplicación de los tributos. Consiste en el ejercicio de las funciones administrativas conducentes al cobro de las deudas tributarias.

Desde el punto de vista subjetivo, la función administrativa recaudatoria es llevada a cabo por la totalidad de las Administraciones tributarias (estatal, autonómica y local).

Desde el punto de vista objetivo tiene como fin el cobro de las deudas y sanciones tributarias y demás recursos de naturaleza pública que deban satisfacer los obligados al pago.

Otras actividades llevadas a cabo por la función recaudatoria son la exigencia de las deudas tributarias a responsables y sucesores, la decisión acerca de los aplazamientos o fraccionamientos de las deudas tributarias, algunas competencias en materia de suspensión de liquidaciones tributarias, obtención de información,...

La regulación de la función recaudatoria se lleva a cabo a través de tanto de aspectos materiales o sustantivos (pago y otras formas de extinción), así como garantías del crédito tributario: arts. 59 a 80 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria –en adelante, LGT-, y de

aspectos formales o procedimentales: arts. 160 a 177 de la LGT ("*Actuaciones y procedimiento de recaudación*").

La norma que regula la gestión recaudatoria en desarrollo de la LGT es el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, que aprueba el Reglamento General de Recaudación –en adelante, RGR-.

II. APLAZAMIENTO Y FRACCIONAMIENTO.

Nos encontramos ante medidas excepcionales y para casos excepcionales. Con su establecimiento se viene a desarrollar uno de los principios básicos de la imposición como es el principio de capacidad contributiva. Si bien debe contribuirse al sostenimiento de los gastos públicos conforme a la capacidad económica, es de justicia que el acreedor tributario en casos de necesidad, suavice la acción recaudatoria adaptándola a las disponibilidades económicas de los contribuyentes.

Se trata de flexibilizar las relaciones entre el acreedor tributario y los contribuyentes en esos momentos de dificultad transitoria para el pago de los tributos. "*Si la proliferación de aplazamientos sería una clara desviación y un abuso, su inexistencia ocasionaría quebrantos que pueden y deben evitarse. La Hacienda no ha de ser un Banco que concede créditos, ni tampoco un órgano rígido e implacable de cobranza*" (ALLER RODRÍGUEZ, C., 1970).

El aplazamiento y fraccionamiento se debe a dificultades de tesorería en el sujeto pasivo para proceder al cumplimiento de la obligación tributaria en el tiempo establecido originariamente

El fraccionamiento es una modalidad de aplazamiento en el que además de dilatarse el momento del pago, éste se estructura en varias cantidades, cada una con un momento distinto de pago.

La LGT en su art.65.1, contempla un único aunque muy genérico supuesto en el que pueden aplazarse las deudas tributarias: cuando la situación económico-financiera del deudor que le impida efectuar transitoriamente el pago en los plazos establecidos.

El RGR detalla los datos que deberán acompañar a la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento (art. 46). Destacamos: aquellos que justificarán la situación económico-financiera del deudor que le impidan de forma transitoria efectuar el pago en el plazo establecido.

Aunque la LGT consagra en un primer momento la imposibilidad de aplazar o fraccionar deudas correspondientes a obligaciones tributarias que deban cumplir el **retenedor o el obligado a realizar ingresos a cuenta**, señala a continuación que se podrá excepcionar esta exclusión en los casos y condiciones previstos en la normativa tributaria:

El art. 44.3 del RGR permite aplazar o fraccionar deudas correspondientes a obligaciones tributarias que deban cumplir el **retenedor o el obligado a realizar ingresos a cuenta cuando**: el obligado tributario carezca de bienes suficientes para garantizar la deuda y la ejecución de su patrimonio pudiera afectar al mantenimiento de la capacidad productiva y del nivel de empleo de la actividad económica respectiva, o bien pudiera producir graves quebrantos para los intereses de la Hacienda pública.

Las deudas aplazadas o fraccionadas deberán garantizarse en los términos establecidos en el art. 82 de la LGT...

La concesión o en su caso denegación de un aplazamiento o fraccionamiento llevará implícita la exigencia de intereses de demora desde el momento en que finalizó el plazo inicialmente establecido para pagar la deuda hasta la fecha de ingreso de la misma.

Si la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento se efectúa en período voluntario de pago (que será analizado a continuación), tendrá como consecuencia el no inicio del período ejecutivo (que será objeto de estudio tras el correspondiente al período voluntario), pero se exigirán intereses de demora.

Se permite la presentación de solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento en período ejecutivo hasta el momento en que se notifique al obligado tributario el acuerdo de enajenación de bienes embargados.

Mientras se tramita la concesión del aplazamiento o fraccionamiento, la Administración podrá iniciar o continuar el procedimiento de apremio, si bien deberá suspender las actuaciones de enajenación de los bienes embargados hasta que notifique la resolución denegatoria del aplazamiento o fraccionamiento.

III. RECAUDACIÓN EN PERÍODO VOLUNTARIO.

El modo normal de que se extinga una deuda tributaria es mediante el pago. El pago de la deuda tributaria se efectuará en efectivo.

Desde el punto de vista de la temporalidad, el pago deberá efectuarse dentro de los plazos legalmente establecidos

Teniendo en cuenta las modalidades de gestión tributaria deberá tenerse en cuenta la existencia de deudas autoliquidables y deudas tributarias resultantes de liquidaciones practicadas por la Administración (ya sean estas debidas a una declaración previa del obligado tributario o bien llevadas a cabo por la Administración tributaria como consecuencia de una actividad de comprobación tributaria).

La recaudación de las deudas tributarias podrá realizarse, según dispone el art. 160.2 de la LGT:

- En período voluntario, mediante el pago o cumplimiento del obligado tributario en los plazos previstos en el art. 62 de la LGT.

- En período ejecutivo, mediante el pago o cumplimiento espontáneo del obligado tributario o, en su defecto, a través del procedimiento administrativo de apremio

Pago en período voluntario. Debemos distinguir si nos encontramos:

1. Ante **deudas tributarias resultantes de una autoliquidación tributaria:** el plazo para pagar en **período voluntario vendrá establecido en la normativa propia de cada tributo.**

2. **En el caso de deudas tributarias resultantes de liquidaciones practicadas por la Administración:** se establecen unos **plazos**

específicos teniendo en cuenta el momento en que ha sido notificada al contribuyente la liquidación tributaria:

- Así, si la notificación de la liquidación se ha realizado entre los días 1 y 15 de cada mes, el pago en período voluntario deberá realizarse desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día 20 del mes siguiente o, si fuera inhábil hasta el siguiente día hábil.

- Si la no notificación de la liquidación se ha realizado entre los días 16 y último de cada mes, el pago en período voluntario deberá realizarse desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día 5 del segundo mes posterior o, si fuera inhábil hasta el siguiente día hábil.

3. Supuesto de deudas de notificación colectiva y periódica que no tengan establecido otro plazo en sus normas reguladoras: el pago en período voluntario deberá efectuarse en el período comprendido entre el día 1 de septiembre y el día 20 de noviembre (en caso de ser inhábil, hasta el inmediato hábil siguiente). Se permite a la Administración tributaria competente modificar este plazo siempre que no sea inferior a dos meses.

IV. PAGO VOLUNTARIO EXTEMPORÁNEO.

Fuera del período voluntario de pago pero antes de iniciarse el período ejecutivo es posible llevar a cabo pagos voluntarios de manera extemporánea con la consecuencia de que no va a proceder la exigencia de los recargos del período ejecutivo y se excluirán las sanciones que hubieran podido exigirse.

Consecuencia jurídica: exigencia de los que hemos denominado *recargos por declaración voluntaria extemporánea*, hasta la entrada en vigor de la actual LGT denominados *recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo*

1) Recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo.

Se exigen por la simple puesta en conocimiento de la Administración tributaria de la realización de un hecho imponible no declarado en plazo, ya sea como consecuencia de la presentación de declaraciones o de autoliquidaciones, para cuya exigencia se precisa que no ha debido existir requerimiento administrativo previo (si existe requerimiento se inicia procedimiento sancionador y no se exigen recargos).

Definidos legalmente como "*prestaciones accesorias que deben satisfacer los obligados tributarios como consecuencia de la presentación de autoli-quidaciones o declaraciones fuera de plazo sin requerimiento previo de la Administración tributaria*". Considerándose requerimiento previo "*cual-quier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del obligado tributario conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspec-ción, aseguramiento o liquidación de la deuda tributaria*" (art.27 LGT).

Su importe varía en función del momento en que se presente la declaración o autoliquidación y sólo en el supuesto de que el retraso supere los doce meses se compatibilizan con los intereses de demora, que serán exigibles desde el día siguiente al término de los doce meses posteriores a la finalización del plazo establecido para la presentación hasta el momento en que la autoliquidación o la declaración se haya presentado.

Si la autoliquidación o la declaración se presenta dentro de los tres, seis o doce meses siguientes al término del plazo establecido para la presentación e ingreso, el recargo será del 5, 10 o 15%, respectivamente.

El importe a abonar será calculado sobre el importe a ingresar resultante de las autoliquidaciones o sobre el importe de la autoliquidación derivado de las declaraciones extemporáneas y excluirá las sanciones y los intereses de demora devengados hasta la presentación de la declaración o autoliquidación.

Si la declaración o autoliquidación se presenta transcurridos doce meses desde el término del plazo establecido para la presentación, el recargo será del 20%, excluirá las sanciones que hubieran podido exigirse pero no los intereses de demora que se exigirán desde el día siguiente al

término de estos doce meses hasta el momento en que la declaración o la autoliquidación se haya presentado.

El importe de estos recargos se reducirá en el 25 por 100 siempre que se realice el ingreso total del importe restante del recargo en el plazo abierto con la notificación de la liquidación del recargo correspondiente y siempre que se realice el ingreso total del importe de la deuda resultante de la autoliquidación extemporánea o de la liquidación practicada por la Administración derivada de la declaración extemporánea, al tiempo de su presentación o siempre que se realice el ingreso en el plazo o plazos fijados en el acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento de dicha deuda que la Administración tributaria hubiera concedido con garantía de aval o certificado de seguro de caución y que el obligado al pago hubiera solicitado al tiempo de presentar la autoliquidación extemporánea o con anterioridad a la finalización del plazo abierto con la notificación de la liquidación resultante de la declaración extemporánea.

En este caso, el correspondiente recargo pasará a ser, en lugar del 5% un 3,75%, el recargo del 10% será de un 7,5%, el del 15% un 11,25, y el del 20% un 15%.

El importe de la reducción practicada se exigirá sin más requisito que la notificación al interesado, cuando no se hayan realizado los ingresos en los plazos previstos incluidos los correspondientes al acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento.

Estos recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo van a compatibilizarse con los correspondientes al período ejecutivo, y por consiguiente exigibles sin la correspondiente reducción del 25%, cuando finalizado el plazo establecido, la deuda tributaria no haya sido ingresada, o bien los obligados tributarios no hayan presentado solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación al tiempo de presentar la autoliquidación extemporánea.

Para que sea de aplicación el régimen jurídico establecido en el art. 27 de la LGT, las autoliquidaciones extemporáneas deberán identificar expresamente el período impositivo de liquidación al que se refieren y deberán contener únicamente los datos relativos a dicho período.

2) Naturaleza jurídica de los recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo.

Finalidad: favorecer el cumplimiento extemporáneo pero voluntario de las obligaciones tributarias.

Consecuencia: inaplicación de sanciones, así como, al cumplirse fuera de plazo, el devengo de medidas indemnizatorias que tiendan a restablecer los perjuicios producidos en el patrimonio del acreedor como consecuencia de dicho retraso.

Con el establecimiento de estas figuras se ha sustituido la existencia de una excusa absolutoria, o de una circunstancia atenuante, por una nueva tipificación de las infracciones tributarias que excluyen la infracción cuando se ha producido un cumplimiento extemporáneo pero voluntario.

Gozan de cierto matiz indemnizatorio a tanto alzado que, sin embargo, desaparece cuando se exigen conjuntamente con los intereses de demora (es el caso en el que el retraso supera los doce meses y se exigen a partir de año de retraso), de ahí que ya no pueda afirmarse, en este último supuesto, que cumplan con un cometido estrictamente resarcitorio.

Justificación de su procedencia: podemos afirmar que nos encontramos ante medidas disuasorias que intiman al cumplimiento de las obligaciones tributarias, estimulándolo en unos casos con la presentación e ingreso y en otros con la simple presentación, hecho éste último que es suficiente para que la Administración tenga conocimiento de la deuda tributaria y pueda proceder a su recaudación coactiva.

Podríamos estar en presencia de una institución autónoma del Derecho Financiero; pero, a los efectos de conferirles una caracterización como institución autónoma dentro de nuestro sistema tributario, podemos afirmar de todos ellos que representan intentos autocompositivos, esto es, llevados a cabo unilateralmente por parte de los obligados tributarios, de finalizar el procedimiento de recaudación de los tributos que, según los casos, va a tener lugar con el ingreso simultáneo a la presentación extemporánea de las declaraciones-liquidaciones o autoliquidaciones, o bien tras

la liquidación practicada una vez han sido puestas las declaraciones en conocimiento de la Administración por los mismos obligados tributarios.

Con su devengo se evita la puesta en marcha, o al menos, la paralización, si no ha llegado a notificarse el requerimiento, de los mecanismos de comprobación e inspección tributaria, ya que cuando el pago no tiene lugar junto con la presentación, lo que se activa es el inicio del procedimiento de recaudación por la vía de apremio, de ahí que comience a partir de entonces el devengo de los recargos del período ejecutivo.

V. RECAUDACIÓN EN PERÍODO EJECUTIVO.

El vencimiento del plazo para proceder al pago en período voluntario no siempre determina el inicio de período ejecutivo: la Administración debe conocer la existencia de una deuda tributaria liquidada y no ingresada

Si el obligado tributario presenta fuera de plazo su autoliquidación tributaria junto al ingreso de la deuda tributaria, el período ejecutivo no se inicia. Sólo se inicia el período ejecutivo cuando la Administración conoce de la existencia de la deuda.

Consecuencias del inicio del período ejecutivo: exigencia de recargos correspondientes a este período y en su caso intereses de demora.

1) **Recargos del período ejecutivo**: son incompatibles entre sí y se calculan sobre la totalidad de la deuda no ingresada en período voluntario, reciben la denominación legal de *recargos del período ejecutivo.*

Se regulan en el art. 28 de la LGT y son de tres tipos: recargo ejecutivo (que será del 5%), recargo de apremio reducido (del 10%) y recargo de apremio ordinario (del 20%).

2) **Inicio del período ejecutivo:** Se distinguen dos supuestos en función de si la deuda ha sido liquidada por la Administración o autoliquidada por el contribuyente sin haber realizado el ingreso:

- En el supuesto de deudas liquidadas por la Administración tributaria, el período ejecutivo se inicia el día siguiente al del vencimiento del plazo establecido para su ingreso en período voluntario.

- En el caso de deudas a ingresar mediante autoliquidación presentada sin realizar el ingreso se plantean a su vez dos hipótesis:

  * Si la autoliquidación se presentó dentro del plazo establecido para el ingreso por la normativa del tributo impagado, el período ejecutivo se inicia el día siguiente de la finalización del plazo para ingresar el tributo en cuestión.
  *Si la autoliquidación se presentó –sin ingreso- una vez concluido el plazo para pagar el tributo, el período ejecutivo se inicia el día siguiente a haber presentado la autoliquidación.

La recaudación en período ejecutivo se podrá realizar bajo dos modalidades:

- Mediante el pago o cumplimiento espontáneo del obligado tributario o, en su defecto,

- a través del procedimiento administrativo de apremio.

1). Pago o cumplimiento espontáneo del obligado tributario:

La espontaneidad tiene un límite: la notificación de la providencia de apremio.

Las consecuencias de haber procedido al pago "espontáneo" en período ejecutivo van a ser distintas a las del pago efectuado una vez notificada la providencia de apremio.

Si el pago se produce, iniciado el período ejecutivo pero antes de la notificación de la providencia de apremio: exigencia del denominado **recargo ejecutivo.**

La notificación de la providencia de apremio va a tener un efecto similar al establecido para las declaraciones extemporáneas: elimina la

actuación voluntaria y no conminada por un requerimiento administrativo, procediendo la exigencia, a partir de dicha notificación, del recargo de apremio y no del recargo ejecutivo.

Recargo ejecutivo: regulación y cuantía (art. 28 de la LGT): será del 5% y se aplicará cuando se satisfaga la totalidad de la deuda no ingresada en período voluntario antes de la notificación de la providencia de apremio, no exigiéndose los intereses de demora devengados desde el inicio del período ejecutivo.

Naturaleza jurídica del recargo ejecutivo: al devengarse sin los procedentes intereses de demora, cierto matiz indemnizatorio.

A pesar de ser un recargo por pago voluntario, la voluntariedad, una vez la Administración tributaria conoce la deuda, no puede fundarse en la incertidumbre que existe, como en los supuestos del art.27 de la LGT, acerca de si se producirá o no el requerimiento administrativo, sino cuándo se producirá, identificando en este caso el requerimiento con la notificación de la providencia de apremio.

Por este motivo, el pago de la deuda previo a la notificación del apremio, siendo consciente el deudor del conocimiento de la deuda por la Administración, va a obedecer al deseo de finalizar el procedimiento de recaudación tributaria con el menor coste posible, tanto para él como para la Administración, que de este modo no le exigirá el recargo de apremio ni los intereses de demora.

Por ello, consideramos que el recargo por pago voluntario en período ejecutivo tiene unos caracteres que lo convierten en una figura autónoma, independiente tanto de los recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo como del recargo de apremio, y cuya naturaleza obedece a una triple caracterización.

-carácter indemnizatorio, por cuanto la función que cumplen los intereses de demora, es ahora suplida por el recargo ejecutivo.

El resto de caracteres se encuentran en la cuantía que excede de los intereses que, como consecuencia del retraso en el pago, hubiesen podido corresponder:

-supone, por una parte, una indemnización a tanto alzado por la posible puesta en marcha de la maquinaria administrativa, tendente a la recaudación coativa de la deuda tributaria, ya que es perfectamente posible que se haya dictado la providencia de apremio pero que en el momento de producirse el pago ésta no haya sido todavía notificada al deudor.

-además, y como última característica, también supone un intento autocompositivo de la finalización del procedimiento recaudatorio por parte del deudor.

2.) Procedimiento administrativo de apremio.

A) Iniciación del procedimiento de apremio.

Iniciado el período ejecutivo, la Administración tributaria efectuará la recaudación de las deudas liquidadas o autoliquidadas por el procedimiento de apremio sobre el patrimonio del obligado al pago (art.161.3 de la LGT)

Para ello es preciso haber cumplido con un trámite formal consistente en la notificación de la providencia de apremio.

Art.167.1 de la LGT: "*el procedimiento de apremio se iniciará mediante providencia notificada al obligado tributario en la que se identificará la deuda pendiente, se liquidarán los recargos a los que se refiere el art. 28 de esta ley y se le requerirá para que efectúe el pago*".

La providencia de apremio es título suficiente para iniciar el procedimiento de apremio y tendrá la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial para proceder contra los bienes y derechos de los obligados tributarios (art. 167.2 de la LGT).

Motivos de oposición a la providencia de apremio, dos grupos:

a) Motivos de oposición formales: Falta de notificación de la liquidación, anulación de la liquidación, o error u omisión en el contenido de la providencia de apremio que impida la identificación del deudor o de la deuda apremiada.

b) Motivos de oposición materiales: La extinción total de la deuda o la prescripción del derecho a exigir el pago, así como la solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación en período voluntario y otras causas de suspensión del procedimiento de recaudación.

Recargos que procederá liquidarse con la notificación de la providencia de apremio: recargo de apremio reducido o en su caso el recargo de apremio ordinario, dependiendo del momento en que se proceda al pago de la deuda apremiada el recargo procedente será el de apremio reducido o el ordinario.

El **recargo de apremio reducido** será del 10 por 100 y se aplicará cuando se satisfaga la totalidad de la deuda no ingresada en período voluntario y el propio recargo antes de la finalización del plazo previsto para las deudas apremiadas.

Plazo para pagar las deudas apremiadas (sobre las que se ha notificado la providencia de apremio), varía en función de la quincena en la que ha tenido lugar la notificación:

- Así, si la notificación de la providencia de apremio se realiza entre los días 1 y 5 de cada mes, el plazo va desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día 20 de dicho mes o, si éste fuera inhábil, hasta el inmediato hábil siguiente.

- Mientras que si la notificación de la providencia lo ha sido entre los días 16 y último del mes, el plazo iría desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día 5 del mes siguiente, o si éste no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente.

Naturaleza jurídica del recargo de apremio reducido: puesto que excluye la exigencia de intereses de demora puede predicarse el carácter indemnizatorio de esta figura.

Repara el coste financiero producido por el retraso en el pago

También cumple otra función: sufragar los gastos ordinarios producidos como consecuencia de la apertura del procedimiento de apremio y consiguiente puesta en marcha de la maquinaria administrativa, tendente a la ejecución del patrimonio del deudor, materializada en la emisión de la providencia de apremio.

Además, cierto matiz autocompositivo de finalización del procedimiento de recaudación por parte del obligado tributario.

Si transcurren los citados plazos, procederá consiguientemente y en lugar del recargo de apremio reducido, la exigencia del **recargo de apremio ordinario**, que será del 20 por 100 y será compatible con los intereses de demora devengados desde el inicio del período ejecutivo.

Naturaleza jurídica del recargo de apremio ordinario: junto al mismo se exigen los correspondientes intereses de demora como consecuencia del retraso en el pago de la deuda tributaria.

No puede predicarse el carácter indemnizatorio de esta figura en el sentido de considerarlo reparador del coste financiero producido por el retraso en el pago. Ello no le priva de considerarlo como una medida indemnizatoria aunque con una finalidad distinta: sufragar los gastos ordinarios producidos como consecuencia de la apertura del procedimiento de apremio y consiguiente puesta en marcha de la maquinaria administrativa, tendente mucho más en este recargo a la ejecución del patrimonio del deudor, materializada en la emisión de la providencia de apremio y consiguiente desarrollo del procedimiento de apremio.

Transcurrido el plazo otorgado en la providencia de apremio para proceder al pago de la deuda, se va a proceder al embargo de los bienes del deudor, tal y como advertirá la providencia de apremio (art. 167.4 de la LGT).

B) Ejecución de garantías.

Si la deuda tributaria estuviera garantizada se procederá en primer lugar a ejecutar la garantía a través del procedimiento administrativo de apremio.

La Administración tributaria podrá optar por el embargo y enajenación de otros bienes o derechos con anterioridad a la ejecución de la garantía cuando ésta no sea proporcionada a la deuda garantizada o cuando el obligado lo solicite, señalando bienes suficientes al efecto. En estos casos, la garantía prestada quedará sin efecto en la parte asegurada por los embargos. La ejecución de garantías se encuentra regulada en el art. 168 de la LGT y desarrollada reglamentariamente en el art. 74 RGR.

C) Práctica del embargo de bienes y derechos.

En todo caso, debe regir el respeto al principio de proporcionalidad, tal y como establece el art. 169 de la LGT, procediéndose al embargo de los bienes y derechos del obligado tributario en cuantía suficiente para cubrir:

a) El importe de la deuda no ingresada.

b) Los intereses que se hayan devengado o se devenguen hasta la fecha del ingreso en el Tesoro.

c) Los recargos del período ejecutivo.

d) Las costas del procedimiento de apremio.

Si la Administración y el obligado tributario no hubieran acordado otro orden diferente en virtud de lo dispuesto en el apartado 4 del art. 169 de la LGT, se embargarán los bienes del obligado teniendo en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el obligado. Pero si estos criterios fueran de imposible o muy difícil aplicación, los bienes se embargarán por el siguiente orden establecido en el párrafo segundo del art. 169.2 de la LGT:

a) Dinero efectivo o en cuentas abiertas en entidades de crédito.

b) Créditos, efectos, valores y derechos realizables en el acto o a corto plazo.

c) Sueldos, salarios y pensiones.

d) Bienes inmuebles.

e) Intereses, rentas y frutos de toda especie.

f) Establecimientos mercantiles o industriales.

g) Metales preciosos, piedras finas, joyería, orfebrería y antigüedades.

h) Bienes muebles y semovientes.

i) Créditos, efectos, valores y derechos realizables a largo plazo.

Se dispone en el apartado 3 del art. 169 de la LGT que a efectos de embargo se entiende que un crédito, efecto, valor o derecho es realizable a corto plazo cuando, en circunstancias normales y a juicio del órgano de recaudación, pueda ser realizado en un plazo no superior a seis meses. Los demás se entienden realizables a largo plazo.

D) Diligencia de embargo y anotación preventiva.

Contra la diligencia de embargo sólo serán admisibles los motivos de oposición taxativamente establecidos en el art. 170.3 de la LGT, es decir:

a) Extinción de la deuda o prescripción del derecho a exigir el pago.

b) Falta de notificación de la providencia de apremio.

c) Incumplimiento de las normas reguladoras del embargo contenidas en esta ley.

d) Suspensión del procedimiento de recaudación.

E) Enajenación de los bienes embargados.

La enajenación de los bienes embargados se realizará, según establece el art. 172 de la LGT, mediante subasta, concurso o adjudicación directa, en los casos y condiciones fijados en los arts.97 a 107 del RGR.

La Administración tributaria no podrá proceder a la enajenación de los bienes y derechos embargados en el curso del procedimiento de apremio hasta que el acto de liquidación de la deuda tributaria ejecutada sea firme, salvo en los supuestos de fuerza mayor, bienes perecederos, bienes en los que exista un riesgo de pérdida inminente de valor o cuando el obligado tributario solicite de forma expresa su enajenación.

En cualquier momento anterior a la adjudicación de bienes, la Administración tributaria liberará los bienes embargados si el obligado extingue la deuda tributaria y las costas del procedimiento de apremio.

F) Terminación del procedimiento de apremio.

Hay varios supuestos en los que se puede dar por finalizado el procedimiento de apremio, pues este podrá terminar, según se establece en el art. 173 de la LGT:

a) Con el pago de la cantidad debida a que se refiere el apartado 1 del art. 169 de esta ley, esto es: el importe de la deuda no ingresada, los intereses que se hayan devengado o devenguen hasta la fecha del ingreso en el Tesoro, los recargos del período ejecutivo y las costas del procedimiento de apremio. En ese caso, tal y como dispone el artículo 116 del RGR, se declarará que han quedado solventados los débitos perseguidos y las costas, en el expediente de apremio, que quedará ultimado.

b) Con el acuerdo que declare el crédito total o parcialmente incobrable, una vez declarados fallidos todos los obligados al pago. En este caso si ha podido cobrarse parcialmente la deuda, se aplicará en primer lugar a las costas y seguidamente a las deudas cuyo cobro se persigue, según las reglas de imputación establecidas en el artículo 63 de la LGT, sin perjuicio de tener en cuenta lo establecido en las letras a) y b) del artículo 116.3 del RGR, y lo establecido en los arts.61 a 63 del RGR para los créditos incobrables.

c) Con el acuerdo de haber quedado extinguida la deuda por cualquier otra causa.

En los casos en que se haya declarado el crédito incobrable, el procedimiento de apremio se reanudará, dentro del plazo de prescripción, cuando se tenga conocimiento de la solvencia de algún obligado al pago.

G) Suspensión del procedimiento de apremio.

La suspensión del procedimiento de apremio supone paralizar el procedimiento de recaudación por los motivos establecidos en el artículo 165 de la LGT, los cuales podemos agrupar en los dos supuestos:

a) Por iniciativa del interesado, dentro del cual podemos distinguir si se aportan o no garantías. Así, no se precisa que el interesado aporte garantías para proceder a la suspensión del procedimiento de apremio cuando el interesado demuestre que se ha producido en su perjuicio error material, aritmético o de hecho en la determinación de la deuda tributaria, o que la deuda ha sido ingresada, condonada, compensada, aplazada o suspendida, o bien que ha prescrito el derecho a exigir el pago. En todos estos casos el procedimiento de apremio se suspenderá automáticamente. En cambio deberá aportar garantías por el interesado en el caso de que se solicite la suspensión en la forma y con los requisitos previstos en las disposiciones reguladoras de los recursos y reclamaciones económico-administrativas, y en los restantes supuestos previstos en la normativa tributaria (tal y como dispone como cláusula de cierre la LGT), para lo cual habrá de procederse según lo dispuesto en los arts. 224 (suspensión de la ejecución del acto recurrido en reposición) y 233 (suspensión de la ejecución del acto impugnado en vía económico- administrativa) de la LGT.

b) Como consecuencia de la actuación de un tercero. En efecto, se trata de suspender el procedimiento de apremio cuando un tercero pretenda el levantamiento del embargo por entender que le pertenece el dominio o titularidad de los bienes o derechos embargados o cuando considere que tiene derecho a ser reintegrado de su crédito

con preferencia a la Hacienda pública. En este supuesto dicho tercero deberá formular reclamación de tercería ante el órgano administrativo competente, suspendiéndose el procedimiento de apremio en lo que se refiere a los bienes y derechos objeto de controversia, una vez que se hayan adoptado las medidas de aseguramiento que procedan. En caso de que la tercería fuera de mejor derecho, el procedimiento proseguirá hasta la realización de los bienes y el producto obtenido se consignará en depósito a resultas de la resolución de la tercería. Los arts. 117 a 122 del RGR se encargan de desarrollar lo dispuesto en la LGT en relación con las tercerías. Ahora bien, será la jurisdicción civil la competente para fijar el fondo del asunto, es decir, la propiedad de los bienes embargados o la tenencia de un mejor derecho sobre los mismos.

REFORMA TRIBUTARIA 2008

Dr. Armando Serrano Carrión

I.- OBSERVACIONES DE CARÁCTER CONSTITUCIONAL.-

1. Atribuciones para dictar leyes por parte de la Asamblea Constituyente.-

La primera observación que es necesario formular, es respecto de las atribuciones de las que se encuentra investida la Asamblea Constituyente y si estas, le otorgan las facultades necesarias para dictar leyes como la de Equidad Tributaria, sometida a su consideración.

La propia Asamblea Constituyente, por reiteradas ocasiones ha señalado que, de conformidad con el Decreto Ejecutivo No. 002, del 15 de enero del 2007, para convocatoria a la Consulta Popular, en su artículo 1º que se refiere a la naturaleza y finalidad de la Asamblea Constituyente, derivan sus plenos poderes y de estos, su facultad para dictar leyes, cuyo texto señala lo siguiente:

> …"La Asamblea Constituyente es convocada por el pueblo ecuatoriano, y está dotada de plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado, y para elaborar una nueva constitución."…

Disposición que, oportunamente, fue sometida a consideración del Tribunal Constitucional, en el caso signado No. 0008-07-TC, en el que ha señalado que el citado artículo 1º, deben entenderse los "plenos poderes" como una limitación natural prevista en el contenido mismo de dicha norma …"el ejercicio del poder constituyente originario es extraordinario, y, en tal sentido, el organismo que lo ejerce es, así mismo, extraordinario y de duración limitada; siendo la esfera de su pleno poder (y por tanto su limitación natural) la de establecer en la constitución que

crea, el marco institucional que a bien tenga, sin que tal marco institucional (parte orgánica) esté limitado o condicionado por las normas constitucionales y legales anteriores a ella, pues, la constitución nace del poder constituyente originario (de ahí su nombre de originario) y no de ninguna norma jurídica anterior".

Continuando con el hilo de la elaboración anterior, al momento de referirse a las atribuciones de la Asamblea Constituyente para dictar leyes, señala textualmente, lo siguiente:

> …"Cosa diferente sería el pretender que los plenos poderes de que está investido el órgano extraordinario del poder constituyente originario para elaborar una Constitución, se entienda como facultad o atribución para designar funcionarios, juzgar a las personas y **DICTAR LEYES, EN RAZÓN DE QUE TAL PROCEDIMIENTO RESULTARÍA ARBITRARIO Y CONCENTRADOR DEL PODER (EFECTOS QUE PRECI-SAMENTE POR DEFINICIÓN UNA CONSTITUCIÓN QUIERE EVITAR), EN PRIMER LUGAR, PORQUE EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO ES EXTRAORDI-NARIO, Y POR LO MISMO EXCEPCIONAL Y LIMITADO A DICTAR EL NUEVO TEXTO CONSTITUCIONAL**"…

Consecuentemente, existen fundados reparos que nos impiden llegar al convencimiento de que la Asamblea Constituyente tenga atribuciones necesarias y suficientes para dictar leyes. Atribuciones que no le han sido conferidas por el ordenamiento de donde nació, lo cual ha sido expresamente puntualizado por el máximo organismo de control constitucional, que es el Tribunal Constitucional, en su sentencia expedida el 18 de julio del 2007.

2. Ley violenta garantías Constitucionales.-

a.- Limita el derecho a la defensa y a la tutela efectiva.-

El proyecto propuesto por el Presidente de la República, para conocimiento, resolución y aprobación de la Asamblea Constituyente, hoy Ley de Equidad Tributaria, contiene un sinnúmero de normas que violan, no solamente normas de carácter constitucional, sino principios

consagrados por el ordenamiento jurídico contenido en la Carta Política. Violentan derechos inherentes a la naturaleza del ser humano, por lo que requiere de una indispensable depuración. Proceso indispensable para evitar la colisión de una norma de jerarquía inferior con la Carta Política, y la derogatoria de garantías fundamentales de carácter Constitucional, fruto de conquistas del hombre.

Con el propósito de brindar brevísimos botones para graficar lo dicho, me permitiré señalar lo siguiente:

Uno de los derechos fundamentales de las personas, consagrados en el artículo 23, es el derecho al Debido Proceso. El artículo 24, Ibidem, en el desarrollo de los elementos que deben integrar el Debido Proceso, en su ordinal 10º, señala lo siguiente:

> "Art. 10.- Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento…"

Reforzando lo anteriormente señalado, el mismo artículo cita en el ordinal 17º, que toda persona debe tener libre acceso a los organismos judiciales a efectos de lograr de estos la tutela efectiva de sus derechos, sin que en ningún caso, quede en indefensión.

> "Art. 17.- Toda persona tendrá derecho a acceder a los organismos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión…"

De tal manera que, resulta garantía sustancial de las personas, el debido proceso, y entre los elementos sustanciales para que este se pueda consagrar plenamente, resulta fundamental el acceso a la justicia, y que este no se encuentre bajo ningún concepto condicionado o limitado de alguna manera. De tal suerte que, esta garantía constitucional se consagra cuando se permite el libre acceso a la justicia. Tutela efectiva que está derivada, a su vez, en la tutela administrativa y jurisdiccional. La norma constitucional que, finalmente, cierra este círculo es el artículo 196 de la Carta Política, que textualmente señala lo siguiente:

> "Art. 196.- Los actos administrativos generados por cualquier

> autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes organismos de la función judicial, en la forma que determina la Ley…".

La Ley para la Equidad Tributaria en el Ecuador, establece una seria limitación al libre acceso a la justicia, cuando en una de sus disposiciones señala lo siguiente:

> A continuación del Art. 233, agréguese el siguiente: "Art. (...) Afianzamiento.- Las **ACCIONES Y RECURSOS** que se deduzcan contra actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas, **DEBERÁN PRESENTARSE AL TRIBUNAL DISTRITAL DE LO FISCAL CON UNA CAUCIÓN EQUIVALENTE AL 20% DE SU CUANTÍA.**
>
> La caución se cancelará por el Tribunal o Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia si la demanda o pretensión es aceptada totalmente; en caso de aceptación parcial el fallo determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelto al demandante y la cantidad que será entregada a la administración tributaria demandada, perjudicada por la demora; si la demanda o la pretensión es rechazada en su totalidad se entregará a la administración tributaria perjudicada por la demora, el valor total de la caución.
>
> **ESTA CAUCIÓN ES INDEPENDIENTE DE LA QUE CORRESPONDA FIJARSE POR LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN,** con suspensión de ejecución de la sentencia o auto y de la de afianzamiento para hacer cesar medidas cautelares y se sujetará a las normas sobre afianzamiento establecidas en este código.
>
> **EL TRIBUNAL NO PODRÁ CALIFICAR LA DEMANDA SIN EL CUMPLIMIENTO DE ESTE REQUISITO, TENIÉNDOSE POR NO PRESENTADA Y POR CONSIGUIENTE EJECUTORIADO EL ACTO IMPUGNADO, SI ES QUE**

DENTRO DEL TÉRMINO DE QUINCE DÍAS DE HABERLO DISPUESTO EL TRIBUNAL NO SE LA CONSTITUYERE."

A texto expreso, La Ley de Equidad Tributaria (LET) condiciona el ejercicio de las acciones y recursos a una exigencia de carácter económico. El ejercicio del derecho de defensa de los administrados se encuentra supeditado a que estos cuenten con los recursos económicos suficientes para atender esta exigencia. Solamente aquellos administrados que cuenten con los recursos económicos necesarios para poder afianzar la obligación tributaria contenida en un acto determinativo, equivalen al 20% de la misma, son los únicos que podrían acceder a la tutela efectiva, prevista en las normas Constitucionales inicialmente mencionadas.

El ejercicio de esta garantía constitucional está sometida a una condición de carácter económica, por tanto, no existe libre acceso a la justicia. Existiría un acceso condicionado a la tutela efectiva, sometido a la capacidad económica del accionante.

b.- Prohibición de "Reformatio in Peius".-

Este principio de derecho, elevado a la categoría de garantía constitucional, pretende proteger a quien plantea un recurso ante la autoridad administrativa o la autoridad investida de la competencia para administrar justicia, prohibiéndole reformar en perjuicio del recurrente. "La prohibición de reforma en perjuicio del recurrente, ha sido unánimemente aceptable en todos los tiempos, desde el derecho romano hasta nuestros días, y doctrinariamente no motiva divergencia"[1]. En derecho procesal común la decisión que dicta el superior u órgano de apelación no puede empeorar la situación de quien interpuso el recurso.

En materia tributaria, en la que se aplican principios del Derecho administrativo, los recursos concedidos a los administrados son un medio de impugnar las decisiones de la autoridad administrativa, con el objeto de obtener, en sede administrativa su reforma o revisión. Esta posibilidad en un Estado de derecho permite una firme contribución a la "juridicidad" del administrador, que la gestión tributaria se encasille al

[1] Tratado de Derecho Administrativo, Miguel S. Marienhoff, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Tomo I, pág. 782.

principio de legalidad. Asegura que en su actuación la administración debe someterse estrictamente a lo previsto en la norma con la jerarquía de Ley. Por tanto, los recursos administrativos tienen el propósito de mantener a la administración pública dentro del marco de la legalidad, y por ende, su principal aporte es el afianzamiento de la seguridad pública.

Bajo esta perspectiva no puede, por ningún concepto, la norma castigar a quien decida usar los recursos administrativos, empeorando su situación previa al planteamiento de su pretensión.

Nuestra constitución jurídica de 1998, en su artículo 24[2], en el que se consagra la garantía constitucional del debido proceso, y en su artículo 23, en su numeral 13º, establece la obligación de las autoridades en el ejercicio de los poderes públicos, que emitan resoluciones que afecten a las personas, que estas sean motivadas. Les impide, a renglón seguido que, al resolver la impugnación de una sanción no se podrá empeorar la situación del recurrente:

Capítulo 2
De los derechos civiles

Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

27. El **DERECHO AL DEBIDO PROCESO** y a una justicia sin dilaciones.

Art. 24.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

13. Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No

[2] Constitución Política de la República del Ecuador, Vigente 11 de agosto de 1998.

habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. AL RESOLVER LA IMPUGNACIÓN DE UNA SANCIÓN, NO SE PODRÁ EMPEORAR LA SITUACIÓN DEL RECURRENTE.

A pesar de lo anotado, la reforma tributaria contiene varias disposiciones en las que a texto expreso, establece la posibilidad de que planteado un recurso por parte de algún contribuyente, el Servicio de Rentas Internas pudiera iniciar procesos de verificación o determinación complementaria, en los que pudiera resultar finalmente, afectado.

CÓDIGO TRIBUTARIO ANTERIOR	TEXTO REFORMADO
Art. 131[3].- Determinación complementaria.- Cuando de la tramitación del reclamo se advierta la existencia de hechos no considerados en el acto de determinación tributaria que lo motiva, o cuando los hechos considerados fueren incompletos o inexactos, la autoridad administrativa dispondrá la suspensión del trámite y la práctica de un acto de determinación complementario. Realizado este acto, se correrá traslado al interesado, por el plazo de veinte días, dentro del que se podrá presentar todas las pruebas contra los resultados del	Art. 131.- Determinación complementaria.- Cuando de la tramitación de la petición o reclamo se advierta la existencia de hechos no considerados en la determinación del tributo que lo motiva, o cuando los hechos considerados fueren incompletos o inexactos, la autoridad administrativa dispondrá la suspensión del trámite y la práctica de un proceso de verificación o determinación complementario, disponiendo se emita la correspondiente Orden de Determinación. La suspensión del trámite de la petición o reclamo suspende, consecuentemente, el plazo para emitir la resolución

[3] Código Tributario, Codificación 9, Vigente 14 de junio del 2005.

nuevo acto. Vencido el plazo, comenzará a correr el lapso que se le concede a la administración para dictar resolución, que se referirá al acto inicial y al complementario. Nota: Incluida Fe de Erratas, publicada en Registro Oficial 70 de 28 de Julio del 2005.	correspondiente. Realizada la determinación complementaria, que se regirá por el mismo procedimiento establecido para el ejercicio de la facultad determinadora de la administración tributaria, continuará decurriendo el plazo que se le concede a la administración para DICTAR RESOLUCIÓN, LA QUE SE REFERIRÁ AL RECLAMO O PETICIÓN INICIAL Y CONTENDRÁ EL ACTO DE DETERMINACIÓN COMPLEMENTARIA DEFINITIVO. El acto de determinación complementaria solo podrá ser objeto de impugnación judicial con la resolución de la petición o reclamo inicial."

Resulta totalmente claro que, como consecuencia de una petición o reclamo formulado por el contribuyente, la administración puede suspender su sustanciación e iniciar un proceso de verificación o determinación complementaria. El resultado de dicha actuación de la administración, bien podría terminar estableciendo obligaciones o cargas en contra del contribuyente, lo cual se constituiría el una medida disuasiva para que quienes se sientan con el derecho de servirse de tales posibilidades jurídicas, renuncien a las mismas, por el temor de resultar perjudicados como consecuencia de este proceso.

Adicionalmente, es necesario destacar que, los términos para que la administración se pronuncie respecto de la petición o reclamo iniciado, se suspenden, hasta tanto la administración pueda sustanciar su proceso administrativo de verificación o de determinación complementaria. De esta manera, el administrado, no podrá contar con una atención oportuna

de sus reclamaciones o peticiones, por el contrario, estas siempre se verán afectadas por estas dilatorias, que retrasarán sustancialmente, el pronunciamiento de la administración sobre los temas que son de interés para el contribuyente. Permítaseme señalar que, al día de hoy estos términos se encuentran ya exageradamente extendidos. Inicialmente, se concedió el término de 15 días, posteriormente, se extendió este plazo a 120 días hábiles; y, finalmente, se creó un proceso adicional para el caso de Reclamos de Pago Indebido, que es la solicitud de Pago en Exceso que requiere de un tiempo extra de 120 días. De tal manera que, esto no constituye otra cosa que, la ampliación al extremo de un plazo para evitar el pronunciamiento de la administración respecto de temas que son de interés del contribuyente.

Adicionalmente, se agrega a texto expreso que, solamente cabe la continuación del proceso cuando la administración tributaria se haya pronunciado respecto de la reclamación o petición inicial del contribuyente. Conjuntamente, con esta resolución, se acompañará el acto de determinación complementaria definitiva. Determinación complementaria que no es otra cosa más que, una redeterminación de la obligación tributaria, y por ende, si se ejerciera por parte de la administración esta potestad a la que tiene pleno derecho, con la oportunidad procesal adecuada, el contribuyente tendría el derecho a impugnarla, o en su defecto, a plantear las acciones y recursos que la norma le franquea en la búsqueda de la tutela administrativa. Sin embargo, por la forma como está prevista en la citada norma, resulta que el contribuyente se encuentra privado de dicha posibilidad, y solamente podrá ser objeto de impugnación en sede jurisdiccional. La determinación complementaria o redeterminación de la obligación tributaria, tal como está prevista en la norma, objeto de nuestro comentario, solamente podrá ser sometida a impugnación judicial, o lo que es lo mismo, solamente a la tutela jurisdiccional. Resulta evidente, por tanto, que el contribuyente se encontraría privado de ejercer su derecho a la tutela administrativa mediante este procedimiento.

A pesar de las afirmaciones, adicionalmente formuladas, es necesario rescatar lo sustancial de nuestro comentario, y este se centra en el principio de prohibición de "Reformatio in Peius", mediante el cual la autoridad investida de facultades resolutivas, está prohibida de pronunciarse en perjuicio de quien se sirve de alguno de los recursos de

impugnación previstos en la norma, para plantear su inconformidad con la actuación de la administración pública. En la norma objeto de nuestro comentario, dicho principio elevado a la categoría de garantía constitucional en la normativa vigente, se encuentra totalmente violentado.

3. Antecedentes para la futura Constitución.-

La Asamblea constituyente en la aprobación de las normas previstas en la Ley para la Equidad Tributaria en el Ecuador, está elaborando conceptos respecto de los Derechos Fundamentales de las personas, que se encuentran actualmente garantizados por la Carta Política de 1998.

De este procedimiento se derivarían dos consecuencias. La primera, admitido el texto propuesto se encontraría en abierta colisión con la constitución vigente. De tal manera que, de conformidad con lo previsto en el artículo 272 de dicho ordenamiento, prevalecería el de mayor jerarquía, la Constitución.

El segundo efecto, es que si se concede a los mandatos Constituyentes mayor jerarquía se estaría sentando precedentes que disminuirían a la futura Carta Constitucional que la propia Asamblea Constituyente elabore.

4.- COMENTARIOS RESPECTO DEL SOPORTE DE GASTOS DEDUCIBLES.-

Por norma general, para determinar la base imponible sujeta al impuesto a la renta se le deducirán los gastos que se efectúen para obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos. En el Reglamento del año 2001 se introdujo el criterio que además, dicho gasto debía de estar debidamente soportado para ser admitido como deducible por la administración tributaria, estimándose como tal que, se encuentre respaldado por la correspondiente factura[4]

[4] a) Facturas;
b) Notas o boletas de venta;
c) Liquidaciones de compra de bienes y prestación de servicios;
d) Tiquetes emitidos por máquinas registradoras;
e) Boletos o entradas a espectáculos públicos; y,
f) Los documentos a los que se refiere el artículo 13 de este reglamento.
REGLAMENTO DE COMPROBANTES DE VENTA Y DE RETENCION (FACTURACIÓN).

emitida de conformidad con las exigencias previstas en el Reglamento de Facturación vigente. Dicha exigencia fue permanente cuestionada, por cuanto una norma secundaria, como el referido Reglamento, no podía relegar el ejercicio de un derecho previsto en una norma con la jerarquía de ley, al cumplimiento de un requisito no contemplado en esta y que, además, resultaba totalmente formal.

Servía para soportar este cuestionamiento el criterio que, tal exigencia, de soportar el gasto, no era otra cosa que un medio de prueba que podía ser sustituido por cualquiera otro, de los previstos en la legislación ordinaria. Lo sustancial o de fondo, era el gasto y como medio de prueba podía servir no solamente una factura. Esta era una limitación inadmisible, más aún si el Código Tributario en su artículo 17[5] dispone la aplicación plena del hecho económico, mediante el cual prevalecen "las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen". Criterio que, sin lugar a dudas, da preminencia al hecho económico, constituido por el gasto mismo y no a las formas, como la factura, que constituye un simple medio o precedimiento de acreditación del mismo.

Apuntala consistentemente, este criterio, la garantía Constitucional que establece que el sistema procesal es un medio para alcanzar la justicia[6]. De tal manera que, relega la acreditación del hecho económico a

---

Decreto Ejecutivo 3055, Registro Oficial 679 de 8 de Octubre del 2002, Gustavo Noboa Bejarano, PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA.

[5] **Art. 17**.- Calificación del hecho generador.- Cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados.

Cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen.

CÓDIGO TRIBUTARIO, CODIFICACIÓN

NORMA: Codificación 9 **STATUS:** **Vigente**
PUBLICADO: Registro Oficial Suplemento 38 **FECHA:** 14 de Junio de 2005
H. CONGRESO NACIONAL, LA COMISIÓN DE LEGISLACIÓN Y CODIFICACIÓN

[6] **Art. 192**.- El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios

un mecanismo procesal, que no puede tener otro propósito que el de alcanzar un bien superior, la justicia. Finalmente, señala la citada garantía Constitucional que, " No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades", de manera que, aplicado tal criterio a nuestra materia, resulta que por la sola falta de un medio de acreditación o prueba, como lo es la factura, no se debe desechar o no admitir el gasto, el cual bien podría demostrarse a través de cualquiera otro medio procesal, previsto para el mismo efecto. Apreciaciones que han suscitado enconados procesos judiciales que han concluido ventajosamente, en sentencias dirimentes de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Fiscal, que han reconocido con claridad la preminencia del hecho económico, las cuales han nutrido una valiosa jurisprudencia.

La reforma de la Ley de Equidad Tributaria, recoge el criterio plasmado en el viejo Reglamento y lo eleva a la jeraquia de ley, de tal manera que, en lo sucesivo, será una exigencia de mayor peso, esta vez, prevista en la ley. El gasto será admitido solamente si se encuentra debidamente soportado, con la correspondiente factura:

LEY DE REGIMEN TRIBUTARIO INTERNO	LEY DE EQUIDAD TRIBUTARIA
Art. 10.- Deducciones.- En general, para determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos que se efectúen para obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos. En particular se aplicarán las siguientes deducciones: **1.- Los costos y gastos**	**Art. 66.-** El numeral 1 del Art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno dirá: "1.- Los costos y gastos imputables al ingreso, **que se encuentren debidamente sustentados en comprobantes de venta que cumplan los requisitos establecidos en el reglamento correspon-diente;"**

de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

NORMA: Decreto Legislativo s/n **STATUS:** **Vigente**
PUBLICADO: Registro Oficial 1 **FECHA:** 11 de Agosto de 1998
LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE EXPIDE LA PRESENTE CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

<u>imputables al ingreso;</u>	

La reforma introducida, esta ocasión, es de fondo y no es extraña al ordenamiento tributario. Fue fuertemente utilizada en el Reglamento[7] aplicado al ordenamiento jurídico reformado, sin embargo, no tenía el sustento legal suficiente, que le impedía la fortaleza necesaria para su plena exigibilidad. La administración tributaria, indiscutible autora de estas reformas, pretende sin lugar a dudas, brindarle a las facturas y demás instrumentos de su exclusiva autorización, el carácter de únicos medios admitidos para sustentar el gasto tributario, con lo cual estaríamos relegando el ejercicio del derecho a la deducción del gasto o la depuración de la renta bruta, a la mera existencia de formalidades probatorias.

LEY DE REGIMEN TRIBUTARIO INTERNO	LEY DE EQUIDAD TRIBUTARIA
Art. 10.- Deducciones.- En general, para determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos que se efectúen para obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos. En particular se aplicarán las siguientes deducciones: 4.- Las <u>primas de seguros</u> devengados en el ejercicio impositivo que cubran riesgos personales de los trabajadores y sobre los bienes que integran la actividad generadora del ingreso gravable;	**Art. 68.-** Al final del numeral 4. del Art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, agréguese una coma (,) y a continuación lo siguiente: "<u>que se encuentren debidamente sustentados en comprobantes de venta que cumplan los requisitos establecidos en el reglamento correspondiente</u>;"

[7] REGLAMENTO A LA LEY DE REGIMEN TRIBUTARIO INTERNO.
Decreto Ejecutivo 2209, Registro Oficial Suplemento 484 de 31 de Diciembre del 2001

LEY DE REGIMEN TRIBUTARIO INTERNO	LEY DE EQUIDAD TRIBUTARIA
Art. 10.- Deducciones.- En general, para determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos que se efectúen para obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos. En particular se aplicarán las siguientes deducciones: 6.- Los **gastos de viaje** y estadía necesarios para la generación del ingreso, no podrán exceder del tres por ciento (3%) del ingreso gravado del ejercicio; y, en el caso de sociedades nuevas, la deducción será aplicada por la totalidad de estos gastos durante los dos primeros años de operaciones;	**Art. 69.-** Remplácese el numeral 6. del Art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno por el siguiente: "6.- Los gastos de viaje y estadía necesarios para la generación del ingreso, **que se encuentren debidamente sustentados en comprobantes de venta que cumplan los requisitos establecidos en el reglamento correspondiente.** No podrán exceder del tres por ciento (3%) del ingreso gravado del ejercicio; y, en el caso de sociedades nuevas, la deducción será aplicada por la totalidad de estos gastos durante los dos primeros años de operaciones;"

5.- COMENTARIOS RESPECTO DEL ANTICIPO DEL IMPUESTO A LA RENTA

La Ley de Equidad Tributaria se promulgó en el R.O. del 29 de Diciembre del 2007, fecha desde la que se encuentra vigente. En menos de cuatro meses, el propio titular del SRI, se ha visto en la impostergable necesidad de plantear su reforma sobre aspectos sustanciales que afectan su estructura misma. El anticipo mínimo pagado está calculado (2% ventas) para que en la generalidad de los casos, permita una recaudación superior a la renta causada, cuyo excedente no es posible recuperar por el sujeto pasivo, sino que debe aplicarlo para el pago del propio impuesto durante los ejercicios de los próximos cinco años. Ejercicios económicos en los que resultaba groseramente evidente que, tampoco tendría un

impuesto causado superior al anticipo mínimo pagado, por lo que también tendría excedentes que acumular. Proceso que se repetiría hasta que transcurrido el quinto ejercicio, tal excedente se constituiría en pago definitivo. Provocando que la administración recaude un valor que, en definitiva, no corresponde a lo que se entiende como un impuesto a la renta. Puede utilizarse para su descripción adjetivos muy duros como expropiación, apropiación indebida o cualquiera otro, que al final del proceso identifique tal conducta como un exceso o abuso del derecho, que se ubicaba totalmente, fuera de la esfera del impuesto a la renta.

De esta manera, se desnaturalizó el impuesto a la renta y surgió más de una sugerencia para que este se denomine, impuesto a las ventas o al patrimonio, pero que ya no sea más un impuesto a la renta propiamente.

LEY DE EQUIDAD TRIBUTARIA
2.- Las personas naturales, las sucesiones indivisas, las sociedades, las empresas que tengan suscritos o suscriban contratos de exploración y explotación de hidrocarburos en cualquier modalidad contractual y las empresas públicas sujetas al pago del impuesto a la renta, deberán determinar en su declaración correspondiente al ejercicio económico anterior, el anticipo a pagarse con cargo al ejercicio fiscal corriente de conformidad con las siguientes reglas: e) Si no existiese impuesto a la renta causado o si el impuesto causado en el ejercicio corriente fuere inferior al anticipo pagado más las retenciones, el contribuyente tendrá **derecho a presentar reclamo de pago indebido o la correspondiente solicitud de pago en exceso, de la parte que exceda al anticipo mínimo**. El anticipo mínimo pagado y no acreditado al pago del impuesto a la renta **podrá ser utilizado sólo por el mismo contribuyente que lo pagó, como crédito tributario para el pago del impuesto a la renta causado en los cinco ejercicios fiscales posteriores a** aquel en que se realizó el pago. f) Si el contribuyente no aplicare como crédito tributario todo o parte del anticipo mínimo, en el **plazo establecido de los cinco años, el excedente de anticipo se constituirá**

en pago definitivo, sin derecho a crédito tributario posterior. i) El contribuyente podrá solicitar al Servicio de Rentas Internas, la reducción o exoneración del pago del anticipo del impuesto a la renta cuando demuestre que las rentas gravables para ese año serán inferiores a las obtenidas en el año anterior o que las retenciones en la fuente del impuesto a la renta cubrirán el monto del impuesto a la renta a pagar en el ejercicio.

Tal marea de críticas, en términos académicos de alto contenido y tan duros, con toda seguridad, han sido los que motivaron al propio SRI, ha plantear la reforma para desactivar tan descabellada pretensión. Sin embargo, es necesario destacar que la reforma lo que pretende es restablecer el derecho del sujeto pasivo para reclamar lo que ha pagado demás, pero no limita a la administración a recaudar lo que le corresponde.

La reforma propuesta está orientada a que el contribuyente que pagó un valor superior al impuesto causado, recupere el derecho a plantear un reclamo de pago indebido sobre el valor excedente y de esta manera, acceder al reintegro de dicho valor. Debemos de recordar que, con la Ley de Equidad Tributaria, esta posibilidad se había perdido, se limitó al contribuyente para que reclame solamente lo que superaba el "anticipo mínimo", con la reforma se le restituye su derecho a reclamar lo que excede al impuesto causado. De esta manera, al final del día, el contribuyente concluiría pagando solamente impuesto a la renta, en los términos que conceptualmente está prevista esta institución en nuestro ordenamiento legal.

REFORMA: LEY DE EQUIDAD TRIBUTARIA
En el numeral 2 del artículo 41 de la Ley de Régimen Tributario interno, introdúzcase las siguientes reformas: a) Sustitúyase el literal e) por el siguiente: "Si no existiere impuesto a la renta causado o si el impuesto causado en el ejercicio corriente fuese inferior al anticipo pagado más las retenciones, el contribuyente tendrá derecho a presentar el correspondiente

reclamo de pago indebido o la solicitud de pago en exceso. El servicio de rentas Internas procederá a la devolución de lo indebida o excesivamente pagado emitiendo la nota de crédito, cheque o acreditación respectiva, disgregando en otra nota de crédito lo que corresponda al anticipo mínimo pagado y no acreditado al pago del impuesto a la renta, la cual será libremente negociable en cualquier tiempo, sin embrago solo será redimible por terceros en el plazo de cinco años contados desde la fecha de presentación de la declaración de la que se establezca que el pago fue excesivo; esta nota de crédito podrá ser utilizada por el primer beneficiario, antes del plazo de cinco años, solo para el pago del impuesto a la renta causado, sin que sea aplicable al pago de anticipos del impuesto a la renta. Para establecer la parte del anticipo mínimo no acreditado al pago del impuesto a la renta, al pago del impuesto causado se imputaran primero las retenciones en la fuente y luego el valor del anticipo establecido en el punto b. 1 del literal b de éste artículo".

A pesar de lo señalado, debemos de destacar que, si bien la reforma devuelve al contribuyente el derecho a reclamar lo pagado en exceso, lo cual permite que al final del proceso pague solamente lo que está obligado a hacerlo, pero ello no impide ni disminuye el derecho que ahora tiene la administración de recaudar un valor mayor al impuesto causado, en función que los parámetros para el cálculo del anticipo son altos y están calculados (2% sobre las ventas) para ese propósito.

LEY DE EQUIDAD TRIBUTARIA
b) Las personas naturales y las sucesiones indivisas obligadas a llevar contabilidad y las sociedades, conforme una de las siguientes opciones, la que sea mayor: b.1.- Un valor equivalente al 50% del impuesto a la renta causado en el ejercicio anterior, menos las retenciones que le hayan sido practicadas al mismo o,

b.2.- Un valor equivalente a la suma matemática de los siguientes rubros:

- El cero punto dos por ciento (0.2%) del patrimonio total,
- El cero punto dos por ciento (0.2%) del total de costos y gastos deducibles a efecto del impuesto a la renta,
- El cero punto cuatro por ciento (0.4%) del activo total, y
- El cero punto cuatro por ciento (0.4%) del total de ingresos gravables a efecto del impuesto a la renta.

Si bien el contribuyente tendría el derecho a reclamar lo pagado en exceso, esta reforma no disminuye el volumen de la recaudación por parte de la administración tributaria. Los parámetros en la norma vigente, introducida por la Ley de Equidad tributaria, están calculados para permitir una recaudación mayor de la que correspondería, tal como lo hemos mencionado y lo reiteramos. Por ello es que, la reforma planteada introduce una nueva figura jurídica, inexistente en el plexo jurídico vigente, para dar uso a los ingresos extras. Realiza una distinción previa, entre los valores correspondientes al "anticipo mínimo pagado" y el los pagados en exceso o indebidamente, a efectos de devolverlos en forma disgregada. La parte correspondiente al "anticipo mínimo pagado" en una nota de crédito y en otra, los valores correspondientes al pago indebido o en exceso.

REFORMA. LEY EQUIDAD TRIBUTARIA

…"El servicio de rentas Internas procederá a la devolución de lo indebida o excesivamente pagado emitiendo la nota de crédito, cheque o acreditación respectiva, **disgregando en otra nota de crédito lo que corresponda al anticipo mínimo pagado y no acreditado al pago del impuesto a la renta",…**

El propósito que persigue el SRI, con su propuesta de reforma es que los valores correspondientes al "anticipo mínimo pagado" no sea posible redimirlos de manera inmediata sino sujeto a las siguientes condiciones:

i. Por el propio contribuyente, (el reglamento debe aclarar si es el mismo que el primer beneficiario) puede usarla de manera inmediata solamente para el pago del impuesto a la renta causado exclusivamente. No puede usarla para el pago de anticipos del impuesto a la renta.

ii. Por terceros, podrá ser redimida la nota de crédito solamente después de los cinco años.

Este mecanismo de remisión de la nota de crédito sometido a una condición, es nuevo en nuestra legislación. El primer efecto, es que el acreedor del crédito no puede disfrutar de la liquidez de los valores que le pertenecen, y que brindarán liquidez a la caja fiscal. El contribuyente financiará a la caja fiscal.

Por este crédito al sector público, no está previsto el reconocimiento de intereses a favor del sector privado, lo cual deja un sabor fiscalista atropellante.

LEY DE EQUIDAD TRIBUTARIA	REFORMA: LEY DE EQUIDAD TRIBUTARIA
2.- Las personas naturales, las sucesiones indivisas, las sociedades, las empresas que tengan suscritos o suscriban contratos de exploración y explotación de hidrocarburos en cualquier modalidad contractual y las empresas públicas sujetas al pago del impuesto a la renta, deberán determinar en su declaración correspondiente al ejercicio económico anterior, el anticipo a pagarse con cargo al ejercicio fiscal corriente de conformidad con las siguientes reglas:	En el numeral 2 del artículo 41 de la Ley de Régimen Tributario interno, introdúzcase las siguientes reformas: a) Sustitúyase el literal e) por el siguiente: "Si no existiere impuesto a la renta causado o si el impuesto causado en el ejercicio corriente

e) Si no existiese impuesto a la renta causado o si el impuesto causado en el ejercicio corriente fuere inferior al anticipo pagado más las retenciones, el contribuyente tendrá derecho a presentar reclamo de pago indebido o la correspondiente solicitud de pago en exceso, **de la parte que exceda al anticipo mínimo.** El anticipo mínimo pagado y no acreditado al pago del impuesto a la renta podrá ser utilizado sólo por el mismo contribuyente que lo pagó, como crédito tributario para el pago del impuesto a la renta causado en los cinco ejercicios fiscales posteriores a aquel en que se realizó el pago. f) Si el contribuyente no aplicare como crédito tributario todo o parte del anticipo mínimo, en el plazo establecido de los cinco años, el excedente de anticipo se constituirá en pago definitivo, sin derecho a crédito tributario posterior. i) El contribuyente podrá solicitar al Servicio de Rentas Internas, la reducción o exoneración del pago del anticipo del impuesto a la renta cuando demuestre que las rentas grava-	fuese inferior al anticipo pagado más las retenciones, **el contribuyente tendrá derecho a presentar el correspondiente reclamo de pago indebido o la solicitud de pago en exceso.** El servicio de rentas Internas procederá a la devolución de lo indebida o excesivamente pagado emitiendo la nota de crédito, cheque o acreditación respectiva, disgregando en otra nota de crédito lo que corresponda al anticipo mínimo pagado y no acreditado al pago del impuesto a la renta, la cual será libremente negociable en cualquier tiempo, sin embrago **solo será redimible por terceros en el plazo de cinco años contados desde la fecha de presentación de la declaración de la que se establezca que el pago fue excesivo; esta nota de crédito podrá ser utilizada por el primer beneficiario, antes del plazo de cinco años, solo para el pago del impuesto a la renta causado,** sin que sea aplicable al pago de anticipos del impuesto a la renta. Para establecer la parte del anticipo mínimo no acreditado al pago del impuesto a la renta, al pago del impuesto causado se imputaran primero las retenciones en la fuente y luego el valor del anticipo establecido en el punto b. 1 del

bles para ese año serán inferiores a las obtenidas en el año anterior o que las retenciones en la fuente del impuesto a la renta cubrirán el monto del impuesto a la renta a pagar en el ejercicio	literal b de éste artículo". b) Elimínese el literal f). En el literal i) sustitúyase la frase: "el contribuyente podrá solicitar al servicio de Rentas internas la reducción o exoneración del pago del anticipo del impuesto a la renta" por la frase: "el contribuyente podrá solicitar al directorio del Servicio de rentas Internas la reducción o exoneración del pago del anticipo del impuesto a la renta".

Derecho Procesal Civil

LA AGREGACIÓN DE LA POSESIÓN DEL ANTECESOR PARA ALEGAR LA PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DE DOMINIO
(Consulta)

Dr. Jorge G. Alvear Macías

Señor doctor don
X X X
Ciudad.-

Muy apreciado doctor X:

Me es sumamente placentero contestar su atenta nota del pasado 17 de diciembre de este año. En primer lugar le expreso mi gratitud por sus generosos conceptos y por la honrosa distinción que me hace al solicitar mi modesta opinión sobre los importantísimos asuntos jurídicos consultados en la indicada comunicación.

Para la labor me he permitdo reproducir -aunque parcialmente- los antecedentes de su consulta y las preguntas que contiene su comunicación, a fin de encontrar la satisfacción plena de éstas.

ANTECEDENTES DE LA CONSULTA

1.- La Sociedad Anónima Civil en Predios Rústicos "Alfa" …, según su respectiva escritura.., otorgada el 23 de septiembre de 1968 e inscrita en el correspondiente Registro de la Propiedad el 2 de octubre del mismo año, adquirió, mediante el título traslaticio de dominio conocido como aporte a compañía, la propiedad de un predio rústico de 2.200 hectáreas y así, entonces, además de dueña única, plena y absoluta, la nombrada sociedad se convirtió en poseedora regular, con título inscrito, de la integridad del mencionado

inmueble rural, a partir del mismo día de su competente inscripción, es decir, a partir del 2 de octubre de 1968.

2.- Luego, el 3 de septiembre de 1999, la expresada sociedad "Alfa", de las 2.200 hectáreas aludidas en el número anterior, voluntariamente y para empezar a cumplir con un compromiso previamente contraído por ella (que nunca ha llegado a formalizarse), entregó a la Compañía Anónima "Beta" … un lote cierto y determinado de 58 hectáreas que, por ser adyacente, se integró físicamente y de inmediato al fundo rústico que, a su vez, ya era (y continúa siendo) de dominio único, pleno y absoluto y de posesión regular, con títulos inscritos, de "Beta". Y así, entonces, "Beta", sin ser propietaria, se convirtió, a partir del 3 de septiembre de 1999, en poseedora material del referido lote de 58 hectáreas, con una posesión de buena fe, no viciosa, pacífica, pública, tranquila y, lo que es más con una posesión ejercida a ojos vista y a ciencia y paciencia de todos y cada uno de los vecinos del lugar, inclusive de la propia "Alfa" y de sus representantes y trabajadores, y de todas las personas que tenían y tienen relaciones de negocios con "Beta" y con la misma "Alfa"; y, aún a pesar de lo que se manifiesta en el número siguiente, ha continuado ("Beta") en esta misma calidad, ininterrumpidamente, hasta los actuales momentos. Se aclara que el compromiso aludido en la primera parte de este número consiste, específicamente, en la obligación que en su oportunidad asumió "Alfa" de transferir a "Beta", mediante el pertinente título traslaticio gratuito, la propiedad única, plena y absoluta del lote de 58 hectáreas en cuestión que, como ya se dijo, se encuentra en posesión material de "Beta".

3.- Posteriormente, según la condigna escritura pública autorizada el15 de abril de 2002 e inscrita en el Registro de la Propiedad el día siguiente, "Alfa" vendió a la Sociedad Anónima "Omega", denominada de aquí en adelante simplemente "Omega", el mismo lote de 58 hectáreas indicado en el número anterior, convirtiéndose "Omega", así, a partir de esta última fecha, es decir, a partir del 16 de abril de 2002, en "dueña" del mismo lote rústico de 58 hectáreas. Se consignan también como antecedentes de estas consultas los siguientes hechos: (a) que, desde que adquirió la propiedad de tales 58 hectáreas, "Omega" conocía perfectamente bien que "Beta" se encontraba en posesión material de las mismas; (b) que ese

conocimiento de "Omega" no ha cambiado en lo más mínimo y que subsiste en la actualidad; y (c) que, hasta esta fecha, "Omega" no ha intentado ningún reclamo o acción contra "Beta", por concepto alguno que directa o indirectamente se refiera o se relacione con el indicado lote de 58 hectáreas.

4.- Consecuentemente, constituye un hecho cierto que desde el 3 de septiembre de 1999, en que comenzó su posesión exclusiva o propia (material) y hasta el día de hoy, ininterrumpidamente, "Beta" tiene y mantiene materialmente para sí y con ánimo de señora y dueña la integridad de las susodichas 58 hectáreas; ejecutando y realizando sobre las mismas, en todo momento, hechos positivos de aquéllos a que sólo el dominio da derecho, y, específicamente, explotándolas de manera permanente en función con su vocación agrícola (banano y productos de ciclo corto), según su leal saber y entender, sin reconocer dominio ajeno alguno y, en todo caso, sin el consentimiento o anuencia de nadie, absolutamente de nadie.

CONSULTA

Con estos antecedentes, consulto a usted 1o siguiente:

A.-) ¿Puede "Beta" añadir o agregar, de conformidad con la facultad que le confiere el Art. 732 del Código Civil, entre otros, a su mencionada posesión material ininterrumpida, exclusiva y propia sobre las susodichas 58 hectáreas, la posesión de su antecesor "Alfa" sobre las mismas?

B.-) En el caso de que la respuesta a la pregunta anterior fuere afirmativa y que por ende, luego de la agregación de la posesión pertinente, "Beta" complete en total más de treinta y seis años de posesión, ¿puede "Beta" legalmente alegar entonces la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio respecto de las tantas veces referidas 58 hectáreas?

C.-) En el mismo supuesto de respuesta afirmativa a la pregunta constante en el literal A), ¿puede "Beta", conforme a derecho, alegar tal prescripción a través de la correspondiente acción que inicie así el

pertinente juicio ordinario de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio de dichas 58 hectáreas, en donde el demandado sea "Omega"?

D.-) En idéntico supuesto y para el caso de que sea "Omega" quien demande, contra "Beta", la reivindicación de tales 58 hectáreas, ¿puede "Beta" en legal forma alegar y oponer la respectiva excepción de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio de las expresadas 58 hectáreas?

ANÁLISIS

I

De la descripción de los hechos magníficamente sintetizada por Ud., observo, que la identificación y situación jurídica de las partes involucradas en el eventual litigio es así.

1. ALFA: Es ex-propietaria de las 58 hectáreas, con titulo inscrito en 1968, por ende además, ex poseedora de las 58 hectáreas. Fue poseedora regular, pues contaba con justo título inscrito[1]. Es incumplidora de un convenio que desembocaba en la transferencia de la propiedad única, plena y absoluta del lote de 58 hectáreas a favor de BETA, mediante **el pertinente título traslaticio gratuito**, pues Alfa solo le entregó la posesión material.
2. BETA: es poseedora material desde 1999, del lote de 58 hectáreas. No se indica si es poseedora regular, aunque de los antecedentes se colige que no lo es. Es que de los hechos referentes no aparece la existencia de un justo título translativo de dominio, como sería su comprobación, además de la buena fe con que ha venido detentando.
3. OMEGA: Es actual propietaria desde el 2002, del lote de 58 hectáreas, que se encuentra en posesión material de BETA. Sin

[1] Art. 717.- La posesión puede ser regular e irregular. Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se puede ser, por consiguiente, poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular.
Si el título es translativo de dominio, es también necesaria la tradición.

embargo, por la inscripción del título translaticio, aquella tiene la posesión efectiva del derecho[2].

II
Cuestiones atinentes a la Prescripción y a la Posesión

LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO DE LOS BIENES RAICES

La Prescripción Ordinaria. Dice el Art. 2407 del C. Civil, que para ganar la prescripción ordinaria, se necesita de posesión regular no interrumpida. El Art. 2408 del mismo Código Civil complementa que el tiempo requerido de esa posesión regular no interrumpida es de 5 años, excepto cuando hay ausencia de la persona contra quien se pretende hacer valer la prescripción, pues en este caso, cada dos días se cuenta como uno solo para el cómputo de los años. Esta clase de prescripción esta sujeta a suspensión sin extinguirse.

La Prescripción Extraordinaria. Es la alternativa para el prescribiente que no puede acogerse a la prescripción ordinaria, pero el procedimiento estará sujeto a las reglas del Art. 2410 del C. Civil[3].

Estas reglas nos indican: Que cabe contra título inscrito; Que no se precisa titulo alguno, bastando la posesión material en los términos del

---

[2] Art. 712.- Los títulos cuya inscripción se prescribe en los artículos anteriores, no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho, mientras la inscripción no se efectúe de la manera que en dichos artículos y reglamentos se ordena.

[3] Art. 2410.- El dominio de las cosas comerciales que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria (adquisitiva), puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse:
1a.- Cabe la prescripción extraordinaria contra título inscrito;
2a.- Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno; basta la posesión material en los términos del Art. 734;
3a.- Se presume en ella de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio;
4a.- Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir éstas dos circunstancias:
1a) Que quien se pretenda dueño no pueda probar que en los últimos quince años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por quien alega la prescripción; y,
2a) Que quien alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

Art. 715 del C. Civil (tenencia con ánimo de señor y dueño); Que se presume de derecho la buena fe del prescribiente a falta de un título adquisitivo de dominio; Que si se exhibiese un título de mera tenencia contra el alegante, ello hará presumir la mala fe de este, excepto cuando el que se pretende dueño, no pueda probar el reconocimiento de su dominio en los últimos 15 años, por parte del prescribiente, o cuando, el prescribiente ha demostrado la posesión pacifica, sin clandestinidad ni interrupción por el mismo tiempo.

Esta clase de prescripción no esta sujeta a suspensión.

El tiempo de la posesión del sucesor sumado al del antecesor. El Art. 2400[4] faculta al prescribiente a agregar o no, el tiempo de su antecesor inmediato en la posesión y la de los antecesores de éste, de tal manera que pueda hacerla valer en su favor, siempre que haya sido sucesiva e ininterrumpida.

La posesión regular y la suma de posesiones. Esta clase de posesión se identifica por tener origen en un justo título y por haber sido adquirida de buena fe, aunque posteriormente no subsista y que se haya efectuado la tradición, si el título es de aquellos que la Ley denomina traslaticio de dominio. Así mismo el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular.

Se infiere así que, el justo titulo que sirve para suministrar luces sobre el origen de la posesión, es realmente el vínculo jurídico entre el prescribiente y su antecesor, para los efectos de demostrar en un proceso de prescripción adquisitiva de dominio, la suma de posesiones para completar el tiempo requerido por la Ley. Es decir debe acreditarse, en el caso del heredero, la calidad de sucesor a titulo universal o singular, de la persona o personas a quienes señala como antecesoras en su posesión.

---

[4] Art. 2400.- Si una cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción por dos o más personas, el tiempo del antecesor puede o no agregarse al tiempo del sucesor, según lo dispuestos en el Art. 732.
La posesión principiada por una persona difunta continúa en la herencia yacente, que se entiende poseer a nombre del heredero.

Por otra parte y aplicando esta solución (la agregación) en forma general, tal como lo permite el segundo inciso del Art. 732 del Código Civil, podemos concluir que quien alega la prescripción, uniendo su posesión a la de sus antecesores, "… ha de demostrar la serie de tales posesiones, mediante la prueba de los respectivos traspasos, pues de los contrario quedarán sueltos y desvinculados los varios lapsos de posesión material…" tal como lo tiene sostenido la Corte Suprema de Colombia en un fallo de Casación[5]. Me he referido a la Jurisprudencia de Casación colombiana, puesto que ella se ha vertido sobre el mismo texto de la norma antes aludida.

Así mismo complementa dicha Corte que, "…cuando el demandante en un proceso de pertenencia alega en su pro la unión de posesiones fundado en que a su posesión agrega la de su antecesor, por cuanto existe entre ellos un vínculo jurídico, consistente en un contrato…debe aportar prueba aceptable de tal negociación y, además, de que los antecesores también poseyeron materialmente el bien…"

Otro fallo de Casación, sostiene que incluso, el contrato de promesa de venta de un bien inmueble no es suficiente para proveer la prueba requerida para el eslabonamiento jurídico de las posesiones agregadas:

> "… 3. El reconocimiento que hace el artículo 778 del Código Civil de la unión o agregación de posesiones a título singular en armonía con el 2521 *ibídem*, es para lograr, entre otros fundamentos, la propiedad mediante la prescripción adquisitiva. Se parte de una noción: la posesión comienza con el sucesor o sea *per se* no se transfiere <<a menos que quiera (el sucesor) añadir la de su antecesor a la suya>>, es decir, que para que tenga ocurrencia el fenómeno de la incorporación de esa condición fáctica se hace necesario: 1. **Que existe un negocio jurídico traslativo entre sucesor y el antecesor que permita la creación de un vinculo sustancial, como compra-venta, permuta, donación, aporte en sociedad, etc**. 2. Que el antecesor o antecesores **hayan sido poseedores del bien**; y la cadena de posesiones sea ininterrumpida; 3. Que se entregue el bien, de suerte que se entre a realizar los actos de señorío calificatorios de la posesión.

[5] Jurisprudencia Civil de la Corte Suprema de Justicia, Tomo IV, A-V, Pág. 1819, Hector Roa Gomez, Editorial ABC-Bogotá, 1980.

> Como lo reconoce el propio recurrente, y lo sostuvo el tribunal, una promesa de compraventa genera como obligación primordial y propia del negocio la de hacer el contrato prometido. Es decir, esta clase de acto jurídico no sirve para transferir posesión alguna bajo el entendimiento que se pueda alegar luego la sucesión posesoria apoyado en ella. También en la sentencia citada expuso esta Corporación:
>
> "No basta entonces, que en una promesa de venta de inmueble se exprese la voluntad de conceder la posesión y de transferir ese poder de hecho para que se opere el fenómeno jurídico de la unión de posesiones por cuanto el título constituido es el hacer y jamás de trasladar. Ese propósito volitivo puede generar o derivar una posesión inmediata, si es inequívoca la declaración de las partes en ese sentido, empero no puede trascender ese ámbito negocial, para encadenar cualquier derecho o hecho anterior sobre el inmueble". (Sentencia del 26 de Junio de 1986)…"[6]

Es necesario tener presente también, que en tratándose de posesiones sumadas o agregadas, no siempre puede presumirse la entrega de la posesión del antecesor al sucesor, aun cuando el prescribiente haya poseído a ciencia y paciencia del antecesor. Es que no cabe tal presunción, cuando la tradición requiere de la inscripción del título, como lo confirma el Art. 717 en concordancia con los Arts. 702 y 708 del C. C.

Para fundar la interpretación antes indicada, me permito aludir al comentarista ecuatoriano del Código Civil, Eduardo Carrión Eguiguren[7] quien al referirse a la Agregación de Posesiones, en lo medular expresa: **"…Aunque la posesión no se transfiere ni se transmite, los Arts 751** (actual 732) **y 2424** (actual 2400) **permiten que, de modo facultativa, puedan agregarse posesiones sucesivas. Pero la agregación es posible sólo en los casos en que hay eslabonamiento entre las posesiones que se agregan, es decir, cuando existe un vínculo jurídico entre el poseedor actual y el poseedor anterior. Esto significa que el origen de la posesión actual tiene que ser la tradición o la sucesión por causa de muerte.**

---

[6] Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia Salas Civil y Laboral año 1986 Segundo Semestre Librería Jurídica Wilches, Bogota Colombia

[7] Eduardo Carrión Eguiguren, Curso de Derecho Civil, De los Bienes, pags. 253 y 254, cuarta edición, Ediciones de la Universidad Católica, 1982.

Por consiguiente, el mero apoderamiento de una cosa, sin título alguno, no da lugar a la agregación de posesiones,…"

OPINIÓN

Por lo anteriormente comentado, deduzco lo siguiente:

1. Que la agregación o suma de posesiones es posible invocarla, no solamente en calidad de sucesor a título universal o singular de una persona difunta, -como podría entenderse en forma restrictiva del texto del primer inciso del Art. 732 del C. C.-, sino también en todos los casos en que exista **"…una serie no interrumpida de antecesores…**" tal como lo aclara el Segundo inciso del mismo artículo al utilizar el vocablo "antecesores" y no "causantes", que hubiera sido pertinente para expresar la intención de limitar la facultad de sumar posesiones, únicamente a la sucesión de la posesión por causa de muerte.

2. Que en los demás casos, -cuando no se trata de sucesión de una persona difunta- la agregación de posesiones, solo puede ser intentada por el prescribiente que tenga la calidad de poseedor regular. Esto es, por quien pueda demostrar el vínculo jurídico que fuera causa, inicio u origen de su posesión. Dicho con otras palabras se requiere de título. Es que en el caso de los títulos translativos de dominio, esa demostración requiere de la tradición, por la inscripción del título, por expreso mandato del Art. 717, 3er. Inciso del C. C. Este último requerimiento impide presumir la tradición, aunque exista la posesión material de la cosa **"…a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla…"**, como lo advierte la misma disposición legal citada. Sobre este extremo existe un fallo muy antiguo de la Corte Suprema, extractado en la obra del Dr. Antonio G. Serrano[8] que dice lo siguiente**: "…A la posesión personal del actor no puede agregarse la del antecesor si no le ha sucedido a éste en el derecho a título universal o singular, como lo prescriben los Arts. 705 y 2492 del C. Civil.- El hecho de haber adquirido el actor su derecho de quien poseyó el predio como dueño, debe demostrarse, no con prueba testimonial**

[8] Prontuario Alfabetico de la Gaceta Judicial, Cuarta y Quinta Serie, Dr. Antonio G. Serrano I., Talleres Graficos Nacionales, Quito – Ecuador, Año 1946, pag. 352.

sino con un instrumento público, por que ella se refiere a la posesión, hecho externo revelador del dominio en un bien raíz.- Voto salvado.-Cuarta Serie.-No. 247…"

3. Que la calidad de la posesión del antecesor o de los antecesores, que pretenda agregarse, también debe ser regular, ora por título constitutivo de dominio o por translativo del mismo, desde que las posesiones anteriores transmiten sus cualidades o vicios a la última.

4. Que respecto a la primera pregunta de su consulta (¿Puede "Beta" añadir o agregar, de conformidad con la facultad que le confiere el Art. 732 del Código Civil, entre otros, a su mencionada posesión material ininterrumpida, exclusiva y propia sobre las susodichas 58 hectáreas, la posesión de su antecesor "Alfa" sobre las mismas?), considerando la información de antecedentes suministrada y por los comentarios vertidos anteriormente, pienso lo siguiente:

   - Que BETA no puede agregar la posesión anterior de ALFA, por el simple hecho de la posesión propia. Dos son las consideraciones para esta conclusión:

     1. En primer lugar porque no se trata de la situación jurídica concretada en el primer inciso del Art. 732 del C. Civil.

     2. En segundo lugar, porque la causa origen de la posesión propia de BETA, no llegó a concretarse no obstante la intención o promesa de ALFA de transferirle su posesión regular incluida en la transferencia de dominio a título gratuito que nunca efectuó; por ende BETA no llegó a obtener el justo titulo, que le hubiera permitido conectarse a la posesión anterior de ALFA, obtenida por un título translativo de dominio y así beneficiarse de las cualidades de esa posesión anterior, evidentemente regular.

En razón de que mi opinión responde en forma negativa a su primera pregunta, me abstengo de responder las restantes.

Hasta aquí mi opinión que respeta otras más ilustradas.

Reciba un afectuoso saludo y la reiteración de mis sentimientos de alta consideración y estima.

Atentamente,

Dr. Jorge G. Alvear Macías

El Uso de Documentos y Escritos en la Audiencia de Juicio Oral[*]

Dr. Alejandro Decastro

Palabras clave: Oralidad. Litigación. Sistema penal acusatorio. Juicio oral. Impugnación de credibilidad de testigos. Refrescamiento de memoria de testigos. Escritos de pasada memoria. Prueba documental.

Introducción

El presente escrito parte de la experiencia del sistema acusatorio colombiano (adoptado mediante Ley 906 de 2004) pero la investigación que le sirve de base tiene vocación académica de proyección a todo sistema acusatorio, especialmente a los modelos latinoamericanos; de ahí que sus presupuestos y conclusiones pueden extenderse sin dificultad a los distintos modelos de sistema acusatorio vigentes en la región en lo que a utilización de documentos en el juicio oral se refiere.

Este artículo discurre sobre la debida utilización que corresponde en el juicio oral de ciertos documentos que componen la preparación del caso de las partes, como por ejemplo, los informes oficiales (policivos, ejecutivos, etc.), dictámenes periciales o "resúmenes de la opinión pericial", exposiciones y entrevistas, entre otros.

Desde los inicios de la práctica forense en el sistema acusatorio colombiano se percibe en los intervinientes un afán por "introducir" al juicio oral *todos* los "documentos" -en sentido amplio- que tienen en su poder y que fueron descubiertos bien en la audiencia de acusación (por la Fiscalía) o en la audiencia preparatoria (por la defensa).

---

[*] Alejandro Decastro González, abogado litigante, Coordinador Académico Defensoría Pública, especialista en Derecho Constitucional Comparado de la Universidad autónoma de Madrid en Convenio con la Universidad Autónoma de Madrid.

Por ejemplo, es normal que a través del agente de policía que elaboró y suscribió el informe de captura en flagrancia se "introduzca" el mismo; o que se haga lo propio a través del perito respectivo con el dictamen preliminar, o definitivo, en los casos de estupefacientes; e incluso, algunas veces se introduce en el juicio oral la exposición o la entrevista con quien la tomó.

En la audiencia de formulación de acusación el Fiscal descubre en sus partes la carpeta que conforma su caso; pareciera que con el cambio de sistema se produjo una especia de asimilación o equivalencia entre ese legajo de documentos y lo que se denominaba "expediente" en la práctica forense correspondiente a las anteriores regulaciones procesales, lo cual, sumado a una errada concepción del actual sistema, ha contribuido a que los intervinientes perciban el juicio oral como una oportunidad para "reconstruir" esa carpeta mediante la introducción a cuenta gota, y con la aprobación del Juez, de todos los "documentos" que la componen.

Al analizar esta curiosa práctica se denota el deseo de "desarmar" el expediente en la audiencia respectiva donde se deban descubrir uno a uno sus componentes para luego "rearmarlo" en la audiencia de juicio oral mediante la introducción de cada una de sus partes mediante "testigos de acreditación".

Este afán por *introducir todo* al juicio oral es comprensible por cuanto el "expediente" otorgaba seguridad psicológica a los operadores jurídicos del anterior sistema mixto-escritural; la costumbre de lo escrito y la novedad de la utilización del "registro" para recoger las manifestaciones orales hace que la actual regulación genere inseguridad y poca confianza en el interviniente por la dificultad de consulta del registro, la rapidez de la actuación y la carencia de unas destrezas cognitivas que eran innecesarias en el anterior sistema pero imprescindibles en el actual: buena memoria, rapidez de pensamiento, facilidad de expresión y capacidad de persuasión oral, entre otras.

Y también se percibe en los jueces, las más de las veces, una actitud complaciente con la introducción, por la partes, de la mayor cantidad posible de información documental, la cual se filtra hacia la valoración del testimonio oral, pues junto con éste se introduce un "testimonio documental" que termina haciendo parte de la actuación.

Este enfoque de litigación desconoce abiertamente la esencia del sistema penal acusatorio diseñado en la Ley 906 de 2004, a la par que atenta contra sus principios fundamentales y vigencia efectiva. En efecto, el sistema acusatorio pretende que la prueba ingrese mediante los testigos que declaran *oralmente* ante el Juez, jamás que se sustituyan sus declaraciones orales por escritos o documentos previos. El uso de documentos y escritos en un juicio oral es bastante limitado y sujeto a estrictas reglas técnicas que deben ser perfectamente dominadas por los intervinientes y el juez.

De no ser así, la nueva sistemática habrá implicado la continuación del método de enjuiciamiento anterior, con la diferencia de que "La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido."[1] Un cambio legislativo tan importante no se justifica con algo que ya permitía la regulación anterior.[2]

A la práctica forense que se cuestiona se refirió la jurisprudencia del Tribunal Superior de Medellín en estos términos:

> "Y finalmente tiene razón la parte recurrente en cuanto a la censura que comienza a hacer por la actitud de los fiscales que introducen a la carpeta, incluso desde mucho antes de la audiencia de juicio oral, con riesgo de contaminación del juez, de documentos que sin duda alguna, por lo que son ellos, por lo que contienen, son prueba de referencia.
>
> La Sala observa con preocupación el establecimiento de esa necia y perjudicial costumbre, sin que reaccionen jueces de control de garantías y de conocimiento, pues en su potestad está impedir ese

---

1 Artículo 9 de la Ley 906 de 2004.

2 El artículo 147 de la Ley 600 de 2000 permitía grabar las diligencias: "*Requisitos formales de la actuación. Las actuaciones deberán adelantarse en idioma castellano y se recogerán por el medio más idóneo disponible. Si estuvieren en otro idioma o la persona no pudiere expresarse en castellano, se hará la traducción correspondiente o se utilizará un intérprete…*"

foco de contaminación. El informe de captura en flagrancia y el documento que contiene el examen anticipado de la sustancia incautada (PIPH), que son los que menciona críticamente la defensa, no tienen porqué incorporarse a la carpeta porque en todo caso la parte interesada tendrá que llevar a la audiencia de juicio oral, por la vía testimonial, a aquellos que originan lo uno y lo otro.

De otra manera dicha: lo que contienen esos documentos no vale por lo narrado en su interior sino por lo que de ello testifique su autor. La valoración de sus alcances no se circunscribe a su contenido sino a la credibilidad que merece quien los crea."[3]

Desarrollo conceptual

Baytelman y Duce advierten lo siguiente en cuanto a la experiencia adversarial chilena, que resulta aplicable al caso colombiano:

"La primera cuestión que es necesario despejar, aun cuando sea un tanto obvia en la lógica de un sistema acusatorio, es que la regla general del sistema sólo considera como testigo a la persona que comparece al juicio a prestar declaración en la audiencia, sometiéndose a las reglas de examen y contraexamen. Su declaración personal no puede ser sustituida o reemplazada por la lectura de actas anteriores en las que consten versiones previas de la misma. En este esquema, un testigo o la prueba testimonial jamás podrá ser la lectura de un acta o protocolo en el cual consta una declaración prestada en forma previa ante algún órgano del sistema (fiscalía o tribunal, por ejemplo). Solo es testigo y puede ser valorada como prueba testimonial la declaración prestada *en juicio* por la persona que comparece al tribunal bajo el formato de presentación de la prueba testimonial (examen directo y contraexamen)."[4]

Y agregan:

---

[3] Sentencia del veintiséis de septiembre de dos mil seis. Acta número 257, radicado *2006-1663 (7559),* M. P. JARAMILLO DIAZ.

[4] Cf. Baytelman A., Andrés y Duce J., Mauricio, *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*. Fondo de cultura económica, México, 2005, p. 108, cursivas en el texto original.

"Uno de los mayores desafíos para la real implementación de juicios orales genuinamente adversariales es la correcta comprensión acerca del rol y uso que se puede dar en juicio a las declaraciones previas rendidas por testigos y peritos. Así, existe una tendencia casi irrefrenable de parte de los litigantes que provienen de sistemas inquisitivos de intentar introducir al juicio oral los documentos en los que constan las declaraciones previas, como si fueran esas declaraciones previas las que el tribunal debiera valorar para adoptar su decisión final del caso. Nada más alejado a la lógica del juicio oral en un sistema acusatorio.

La regla general de un juicio oral, en un sistema acusatorio, es que la prueba de testigos y peritos consiste en la comparecencia personal del testigo o perito al juicio y su declaración será aquella que se presenta en el mismo juicio oral. (…) En consecuencia, la única información que el tribunal al puede valorar para efectos de su decisión es la entregada por los testigos y peritos en su declaración personal prestad en el juicio. Toda otra declaración previa prestada por ellos antes del juicio no tiene valor ni puede utilizarse en reemplazo de la declaración personal de los testigos y peritos el día del juicio, salvo algunas excepciones que suele contemplar la legislación comparada en la materia…"[5]

Un "documento", escrito o declaración previa ciertamente pueden hacerse valer en el juicio oral de distintas formas y con variadas finalidades, como pasa a explicarse:

De un lado, un documento puede ser utilizado en juicio *como medio de prueba* propiamente dicho, es decir, con *finalidad probatoria sustantiva* o para probar la verdad de lo contenido en el documento, bien en la modalidad de (i) prueba directa o (ii) *prueba de referencia*, si resultare admisible.

En el primer caso el documento *sustituye la declaración del testigo* porque aquél es *lo que prueba el hecho* al que se refiere; el documento es el **fin** y el testigo de acreditación -con el que se incorpora o acredita el

[5] Ibíd., pp. 253 y 254.

documento- es el **medio**; nótese como *no es el testigo quien prueba la verdad del hecho al que se refiere el documento*, sino que con éste se introduce el documento *que es la prueba en sí* de su contenido. Es por eso que el artículo 433 de la Ley 906 de 2004, ubicado dentro de la Parte IV sobre "Prueba Documental" se refiere al evento en que "se exhiba un documento con el propósito de ser valorado como prueba…"

Un ejemplo puede explicar más claramente esta situación: un testigo puede reconocer el título valor que firmó y entregó a cambio de una mercancía, evento en el cual el documento será la prueba (documental) de su contenido. En cambio, en el caso del agente de policía que elabora el informe de captura en flagrancia, lo que prueba directamente el hecho allí consignado (la captura) es el testigo que la llevó a cabo; pero si ese mismo informe se aportara al proceso como prueba de referencia[6] lo que demostraría el hecho allí contenido sería el propio informe, no el testimonio del testigo de acreditación con que se introduzca.

De otro lado, repárese en que *no todo documento que se usa en juicio tiene vocación de convertirse en prueba en el juicio oral*. Los documentos, escritos y declaraciones previas también se pueden "hacer valer" en el juicio oral pero con finalidades distintas a la ya expresada, como son las siguientes:

a) Para refrescar la memoria del testigo

b) Para impugnar la credibilidad del testigo

c) Para fundamentar y aclarar la respuesta del testigo experto

En estos tres casos el documento no se usa para *hacerlo valer como prueba sustantiva* de los hechos a los que se refiere su contenido *ni para sustituir la declaración del testigo*. Si el documento se usa con esas finalidades estaríamos ante prueba de referencia (artículo 437 de la Ley 906/04), que por regla general es inadmisible, salvo taxativas excepciones (artículos 379 y 438 ibídem).

---

6 Por ejemplo, porque para el momento del juicio oral el agente de Policía que elaboró el informe y efectuó la captura "padece de una grave enfermedad que le impide declarar", Cfr., art. 438.c) de la Ley 906 de 2004.

Estos eventos implican, en los términos del artículo 346 de la Ley 906/04, que el documento, declaración previa o escrito no tiene vocación de ser "*aducido al proceso ni* ***convertirse en prueba*** *del mismo, ni practicarse durante el juicio*".

En los tres casos señalados el documento no se *introduce como "prueba"* en el juicio oral; es mas: *no se introduce,* ya que el documento es un simple **medio** (con alguna de tres finalidades especificadas) y el **fin** es el testimonio del testigo que opera como *medio de prueba* para acreditar los hechos del caso, es decir con finalidad de *prueba sustantiva* o "con el propósito de ser valorado como prueba" (art. 433 ibídem).

Veamos cada una de estas tres finalidades con que puede usarse el documento en el juicio oral:

a) *Uso de documentos para refrescar la memoria del testigo.*

A esta finalidad se refieren los artículos 392.d) y 399 de la Ley 906 de 2004. La primera de las normas dispone:

> "Artículo 392. *Reglas sobre el interrogatorio.* El interrogatorio se hará observando las siguientes instrucciones:
> (…)
> d) El juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de los mismos;"

Por su parte, el artículo 399 expresa:

> "Artículo 399. *Testimonio de policía judicial.* El servidor público de policía judicial podrá ser citado al juicio oral y público a rendir testimonio con relación al caso. El juez podrá autorizarlo para consultar su informe y notas relativas al mismo, como recurso para recordar."

Se repite que *en estos casos el documento no se introduce como prueba sino que se lo utiliza para refrescar la memoria del testigo*. Nada más. Al respecto E. Chiesa Aponte, refiriéndose a las reglas de evidencia

de Puerto Rico y de Estados Unidos, explica lo siguiente, que resulta claramente aplicable a la sistemática probatoria prevista en la Ley 906 de 2004:

> "Cuando el testigo sólo utiliza el escrito para refrescar memoria, lo que se recibe como prueba de la parte que presenta el testigo es su testimonio, no el contenido del escrito. El escrito, para probar la verdad de las declaraciones contenidas en él, constituye prueba de referencia."[7]

Y agrega:

> "Se permite al testigo refrescar la memoria por medio de un escrito, y se recibe como evidencia el testimonio del testigo sin que sea necesario usar las declaraciones en el escrito como prueba sustantiva, por lo que no se suscita un problema de prueba de referencia. Si se utilizara el escrito para probar las declaraciones contenidas en él, habría que hallar alguna excepción a la regla de exclusión de prueba de referencia."[8]

El uso de documentos o declaraciones previas para refrescar o ayudar a la memoria del testigo requiere la previa fundamentación por el interrogador de unas precisas *bases probatorias* que bien pueden resumirse así[9]:

1) Fundamentar la falta de memoria del testigo sobre un hecho.

2) Fundamentar la existencia de una declaración previa en la que el testigo recuerda ese hecho.

3) Fundamentar la utilidad de la declaración previa para refrescar la memoria sobre ese hecho.

4) Exhibición y reconocimiento de la declaración previa por parte del testigo.

---

7 Chiesa Aponte, Ernesto L., *Tratado de Derecho Probatorio*, Tomo I, Publicaciones JTS, 2005, p. 359.

8 Ibíd., Tomo II, p. 688.

9 Cf. Baytelman A., Andrés y Duce J., Mauricio, *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba,* pp. 258-270.

5) Que el testigo lea para sí la declaración previa en lo pertinente (ya que el documento no debe sustituir la declaración del testigo).

6) Fundamentar que la declaración previa refrescó la memoria.

7) Solicitar al testigo el texto de la declaración previa (para evitar que "lea" su testimonio).
8) Interrogar para que el testigo declare sobre el hecho no recordado previamente.

Un ejemplo ilustra la situación:

El testigo recuerda el accidente de tránsito pero olvida el detalle de las placas del vehículo que pasó el semáforo en rojo y arrolló la motocicleta, pero la Fiscalía y el testigo saben que él anotó el dato en un papelito que luego le entregó al guarda de tránsito que se hizo presente en el lugar de los hechos. El interrogatorio puede adoptar este formato para refrescar la memoria del testigo sobre el detalle de las placas:

P. Y estando allí ubicado, díganos exactamente que vio usted.
C. Vi cuando el vehículo rojo se pasó el semáforo en rojo y atropelló a la motocicleta.
P. ¿Puede describir más exactamente al vehículo rojo?
C. Si, era un Mazda color rojo, tenía los vidrios polarizados y estaba en mal estado.
P. Desde el lugar en que usted se encontraba, según ya nos explicó en el plano, ¿podía usted observar las placas de dicho vehículo?
C. Si.
P. ¿Vio usted las placas de dicho vehículo?
C. Si.
P. ¿Nos puede decir cuales eran las placas de ese vehículo?
C. Pues, en este momento no recuerdo con exactitud, me parece que era… no, sinceramente no recuerdo ese detalle pero yo si las vi. (*Aquí se han sentado los fundamentos de la falta de memoria del testigo*).
P. ¿Recuerda usted haberle entregado algo a un guarda de tránsito momentos después de los hechos?

C. Si, claro, aproximadamente 15 minutos después del accidente llegó un guarda de tránsito y yo le entregué un papelito pequeño que tenía en mí poder. *(Esta respuesta fundamenta la existencia de la declaración previa).*
P. ¿Que papelito era ese?
C. Uno en el que anoté las placas del vehículo.
P. ¿Porque las anotó?
C. Para que no se me fueran a olvidar, en cuanto las vi solo pensé en anotarlas.
P. Si le mostrara ese papelito, ¿le ayudaría ello a recordar las placas del vehículo? *(Esta pregunta así como la respuesta a la misma, sienta fundamentos sobre la utilidad de la declaración previa para refrescar la memoria del testigo).*
C. Si, claro.
P. Por que
C. Porque yo fui el que anoté ahí las placas del vehículo.
P. Permiso señoría para acercarme al testigo. ¿Podría decirle al señor Juez que es lo que le exhibo a usted en este momento? *(Aquí se cumple lo relativo a la exhibición y reconocimiento de la declaración previa por parte del testigo).*
C. Es el papelito que yo le entregué al guarda de transito.
P. ¿Como sabe que es ese papelito y no otro?
C. Porque tiene la misma forma, el mismo color y las anotaciones que yo hice con mi puño y letra.
P. Podría leer para usted en silencio lo que aparece escrito ese papelito.
C. Si. *(El testigo lo lee para si a fin de evitar que el documento reemplace –no refresque- la memoria del testigo y su declaración oral)*
P. ¿Lo leyó usted?
C. Si
P. ¿Recuerda ahora, o no, cuales eran las placas del vehículo?
C. Si. *(Esto fundamenta que la declaración previa refrescó la memoria).*
P. Es tan amable y me regresa el papelito. Permiso señoría para acercarme al testigo y recoger el documento *(Se retira el documento de las manos del testigo para que declare desde su memoria refrescada y no "desde" el documento).* Gracias. ¿Puede ahora

decirnos cuales eran las placas del vehículo? *(Aquí se interroga al testigo para que declare sobre el hecho no recordado previamente)*
C. Las placas del vehículo eran ASD123.

El incumplimiento de las bases probatorias por parte del interviniente que pretenda utilizar documentos o declaraciones previas para refrescar o ayudar a la memoria del testigo puede dar lugar a que la parte contraria se oponga a la pregunta por *falta de bases probatorias*, o lo que se conoce simplemente como falta de fundamentos (*lack of foundation*). Si la objeción expone adecuadamente el yerro del interrogador el Juez debe aceptar la oposición a fin de que la parte que pregunta asiente adecuadamente los fundamentos para refrescar la memoria del testigo. Al respecto se debe tener presente que "para revivir la memoria del testigo se permiten las preguntas sugestivas, con las precauciones de rigor."[10]

En este aspecto conviene resaltar el conflicto aparente que se presenta entre dos normas aplicables al interrogatorio de testigos: de un lado las que prohíben *preguntas sugestivas* en el interrogatorio[11], pero, del otro, se exige que quien interroga siente las *bases probatorias* para pre-guntar[12]. El conflicto es aparente, pues una de las excepciones a la regla general de prohibición de preguntas sugestivas durante el interrogatorio se presenta cuando se sientan las bases del interrogatorio.[13]

De no ser así un litigante podría habilidosamente –que no *hábilmente*- "bloquear" a su contraparte durante el interrogatorio mediante objeciones formalmente "técnicas": cuando la contraparte pretenda "sentar las bases" para una pregunta objetaría porque la pregunta es sugestiva, y cuando aquella evite la pregunta sugestiva -que sienta los

---

[10] Chiesa Aponte, Ernesto L., Ob. Cit., Tomo I, p. 333.

[11] Artículo 392.b) de la Ley 906 de 2004.

[12] Esta exigencia se puede derivar de la prevista en el artículo 402 ibídem: "*Conocimiento personal*. El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir (…)", de donde se deduce que primero hay que demostrarle al Juez *como* sabe el testigo aquello sobre lo *que* se le preguntará; en otras palabras, la *razón de la ciencia del dicho* del testigo precede al dicho mismo.

[13] Evans, Keith, *Common Sense Rules of Advocacy for lawyers*, The Capitol Net. Inc., 2004, p. 115: "When laying foundation, you are allowed to use leading questions."

fundamentos- le objetaría por falta de fundamentos, con lo que no dejaría avanzar de ningún modo el interrogatorio.

Ahora bien: puede suceder que un testigo no logre recordar la sustancia de su testimonio a pesar de que la parte interesada intentó refrescarle la memoria. En ese evento, sentando las bases apropiadas, se podría introducir como evidencia el escrito contentivo de la declaración previa *como prueba sustantiva de referencia* bajo la excepción de *escrito de pasada memoria*.[14] De ahí la necesidad de diferenciar claramente el uso de documentos para refrescar memoria de los escritos de pasada memoria, como explica la doctrina:

> "Si el escrito no puede refrescar la memoria del testigo, de modo que éste pueda testificar a base del recuerdo revivido con la ayuda del escrito, podría resultar que el escrito mismo resultara admisible como escrito de pasada memoria. No deben confundirse una y la otra cosa. Cuando el testigo solo usa el escrito para refrescar memoria, se admite su testimonio basado en el recuerdo revivido; cuando se admite el escrito mismo, el testigo no puede recordar los hechos ni siquiera con la ayuda del escrito aunque da fe de que los mismos ocurrieron como son relatados en el escrito."[15]

En este caso la regla de los *fundamentos* exige sentar las siguientes bases probatorias:

1. La falta de memoria del testigo: Pero en un grado superlativo a la exigible en el caso de simple refrescamiento de memoria, como quiera que este procedimiento se intentó previamente con resultados negativos. Las reglas de evidencia de Puerto Rico exigen que el testigo no recuerde "*lo suficiente para permitirle testificar en forma precisa*". La Ley 906 de 2004 no consagra este requisito pero bien puede entenderse razonablemente exigible para aplicar esta excepción a la prohibición de prueba de refe-rencia. Según esto, la regla sería aplicable "*cuando el testigo sólo recuerda en términos generales, pero no recuerda los detalles contenidos en el escrito*".[16]

---

[14] Artículo 438 in fine Ley 906/04: "También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos."

[15] Chiesa Aponte, Ernesto L., Ob. Cit., Tomo I, p. 360.

[16] Ibíd., Tomo II, p. 690.

2. El conocimiento previo del testigo: Exigible para todo testigo por vía del art. 402 de la Ley 906 de 2004, cuando dispone que "*El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir*." Cuando se usa un escrito de pasada memoria es porque el testigo no recuerda de forma suficien-temente precisa los hechos como para testificar idóneamente, pero nótese que en todo caso se debe exigir que *alguna vez* el testigo tuviera ese conocimiento. De ahí que se afirme que:

> … el testigo debe satisfacer al tribunal en cuanto a que el contenido del escrito refleja unos datos sobre los cuales él tuvo conocimiento personal. No basta con testificar que "no lo hubiera escrito si no me hubiera constado"; el testigo debe declarar algo que permita al tribunal inferir razonablemente este elemento de conocimiento previo. Algún tipo de evidencia, aunque sea circunstancial, se debe exigir para satisfacer este requisito esencial de conocimiento previo.[17]

3. Que el escrito se haya elaborado en un momento en que la materia estaba fresca en la memoria del testigo: No necesariamente es asunto que dependa del transcurso del tiempo. Se trata de fundamentar que para el momento en que el testigo elaboró el escrito sus recuerdos sobre el hecho estaban frescos (*freshness*). A este respecto debe tenerse en cuenta que "*eventos importantes dejan un recuerdo más prolongado que hechos triviales o insignificantes para quien los vive o percibe. Un récord detallado de un evento tiende a sugerir que estaba presente este requisito de memoria fresca*."[18]

4. Como último requisito, se exige que *el escrito de pasada memoria haya sido elaborado o adoptado por el testigo*, como cuestión esencial de autenticidad.

b) <u>*Uso de documentos para impugnar la credibilidad del testigo.*</u>

---

[17] Ibíd., Tomo II, pp. 690-691.
[18] Ibíd., Tomo II, p. 691.

A esta finalidad se refieren los artículos 347 y 403.4 de la Ley 906 de 2004. La primera de las normas citadas señala:

> "Artículo 347. *Procedimiento para exposiciones.* Cualquiera de las partes podrá aducir al proceso exposiciones, es decir declaraciones juradas de cualquiera de los testigos llamados a juicio, a efectos de impugnar su credibilidad.
>
> La Fiscalía General de la Nación podrá tomar exposiciones de los potenciales testigos que hubiere entrevistado la policía judicial, con el mismo valor anotado en el inciso anterior, si a juicio del fiscal que adelanta la investigación resultare conveniente para la preparación del juicio oral.
>
> Las afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el contra-interrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes."

Por su parte, el artículo 403.4 dispone:

> "Artículo 403. *Impugnación de la credibilidad del testigo.* La impugnación tiene como única finalidad cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio, con relación a los siguientes aspectos:
> (…)
> 4. Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías."

De nuevo conviene insistir que en estos casos *el documento, escrito o declaración previa no se hace valer, introduce o incorpora al juicio oral como prueba*, solamente se lo **utiliza**[19] para impugnar la credibilidad del testigo. Es por eso que el legislador advierte que la información contenida en las exposiciones "*no puede tomarse como una prueba*", debiendo tenerse en cuenta que la Ley expresamente exige que las

[19] El art. 347 Ley 906/04 utiliza la expresión "aduce".

afirmaciones contenidas en el documento utilizado para impugnar credibilidad[20] *deben ser leídas* durante el contrainterrogatorio "*para hacerse valer en el juicio como impugnación*".

Sobre este tema la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín ha expresado con acierto:

> "Las pruebas no son las que aparezcan en la carpeta, sino las que se presentaron, incorporaron y realizaron en el juicio. Eso que se llama "entrevista o interrogatorio", como no se introdujo conforme al procedimiento establecido, para el juez no obra en el expediente ni puede obrar.
>
> Repárese que en la regulación de la práctica de la prueba testimonial, el artículo 403 de la ley 906 de 2004 estableció la posibilidad de impugnar la credibilidad del testigo, entre otras opciones, lo dice el literal 4, con: **"las manifestaciones anteriores del testigo**". Pero esto tiene que ocurrir en ese juicio público y frente a sus adversarios, por ejemplo, para que estos puedan elaborar la inmediata estrategia de confrontación interrogativa. Por ello el artículo 347 del mismo código perentoriamente advierte que: **"Las afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impug-nación, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes**".
>
> Esto, tan obvio, no ocurrió. La defensa no desarrolló ningún interrogatorio de impugnación del testigo en el juicio por vía de las anteriores manifestaciones porque no quiso o porque no supo como hacerlo. Cuando se trae esa impugnación por fuera de ese espacio principal para ingresarlo a este escenario, es a no dudarlo una

[20] Por Ej. en las exposiciones, por disposición expresa del art. 347, pero debe extenderse la exigencia a toda declaración previa que se use con propósitos de impugnación de credibilidad, como las entrevistas (art. 271), las declaraciones juradas (art. 272) y los interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías (art. 403.4), entre otros.

> mala praxis, que asalta una lealtad debida y que no puede generar convicción, porque esas razones se presentan sin prueba."[21]

Un ejemplo ilustra esta situación: el testigo de cargo de la Fiscalía declara en una exposición que presenció el homicidio de A por parte de B; pero en el juicio oral el testigo declara que no le consta nada sobre el homicidio de A. La Fiscalía puede impugnar la declaración rendida en juicio utilizando para ello las afirmaciones contenida en la exposición, pero *no para probar que son verdad las afirmaciones contenidos en la exposición* (que el testigo presenció el homicidio A por parte de B) *sino para impugnar la credibilidad de lo declarado en juicio*, esto es: para que el juez no le crea al testigo cuando dice que no le consta nada sobre el homicidio de A. Téngase en cuenta que lo contenido en dicha exposición es, en principio, *prueba de referencia inadmisible* por tratarse de una declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar un aspecto sustancial objeto del debate: la responsabilidad penal de B en el homicidio de A.[22]

Por razones técnicas deben sentarse previamente las siguientes bases (que a la vez son reglas técnicas del litigio) para impugnar credibilidad de un testigo en juicio:

1. El contrainterrogador debe fijar la declaración inconsistente prestada en juicio.
2. El contrainterrogador debe fijar las condiciones en que se produjo la declaración previa.
3. El contrainterrogador debe exhibir y hacer que el testigo reconozca la declaración previa.
4. El contrainterrogador debe obtener del testigo la declaración previa inconsistente, teniendo en cuenta que "*Las afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio*".

---

[21] Sentencia del veintiocho de septiembre de dos mil seis, aprobado en sala, Acta 346, radicado 050-266-00203-2006-01086, negrillas originales, M. P. Gómez Jiménez. Se trato de un caso en el que la defensa criticó en apelación la versión de la víctima sobre la base de que incurrió en manifestaciones contradictorias con entrevistas previas, a pesar de que no desarrolló ningún interrogatorio de impugnación del testigo en el juicio por vía de las manifestaciones anteriores.

[22] Artículos 437 y 438 Ley 906/04.

El siguiente formato ilustra esta metodología: en el informe policivo el agente de Policía señala que se bajó de su moto y, cuando se disponía a hacer la requisa, vio que el acusado arrojaba una bolsa negra al piso que posteriormente se determinó contenía sustancia estupefaciente; pero en el interrogatorio en juicio el agente declaró que cuando iba manejando la motocicleta (sin bajarse de la misma) vio que el acusado arrojó una bolsa negra al piso. Dejando de lado el asunto de la relevancia de la contradicción, la impugnación por declaración previa inconsistente se puede presentar así:

P. Usted le dijo a la Fiscal hace un momento que "iba manejando cuando vi que el arrojó la bolsa al piso", ¿es eso cierto?
C. Si.
P. ¿Esta seguro de haber visto eso?
C. Si.
P. Pero han pasado cuatro meses desde que so ocurrió, ¿no estará usted confundido?
C. No, estoy seguro de que fue así. *(Aquí el contrainterrogador ha fijado la declaración inconsistente prestada en juicio).*
P. Usted elaboró un informe de captura en flagrancia, ¿cierto?
C. Si.
P. Y ese informe se elaboró el mismo día en que se dio la captura, ¿o no?
C. Si.
P. ¿Dijo usted la verdad en ese informe?
C. Si.
P. Ese informe se rinde bajo juramento, ¿correcto?
C. Correcto.
P. ¿Y usted recordaba mejor estos hechos cuando hizo ese informe o ahora, cuatro meses después?
C. Los recordaba mejor cuando hice el informe. *(Aquí el contrainterrogador ha fijado las condiciones en que se produjo la declaración previa).*
P. Permiso señoría para acercarme al testigo *(Se le exhibe el informe)*. Dígame si reconoce o no esto.
C. Si, es el informe policivo que yo elaboré de este caso.
P. ¿Es esa su firma?
C. Si. *(Aquí el contrainterrogador ha exhibido y ha hecho que el testigo reconozca la declaración previa).*

> P. ¿No es cierto que en ese informe de policía usted dijo "me bajé de la motocicleta e inmediatamente vi cuando el arrojó la bolsa al piso"? *(El contrainterrogador intenta obtener del testigo la declaración previa inconsistente leyendo la afirmación respectiva contenida en la misma).*
> C. (…)

Ahora bien: el procedimiento de impugnación puede culminar con alguna de las siguientes situaciones:

a) El testigo reconoce el contenido de la declaración previa con la que se le impugna.
b) El testigo desconoce o no recuerda la declaración previa con la que se le impugna.

Si ocurre lo primero el procedimiento de impugnación está completo y la credibilidad del testigo ha sido atacada. Son innecesarias, antitécnicas y objetables las expresiones de parte tendientes a argumentarle al Juez que impugna la credibilidad del testigo por determinadas razones.[23]

Cumplido el procedimiento de impugnación de credibilidad no parece razonable exigir la introducción de la declaración previa por medio del testigo de acreditación respectivo[24] porque el testigo ya reconoció que hizo esa declaración y su respuesta afirmativa en la diligencia de testimonio es la "prueba", dentro del juicio, de que él hizo esa declaración.

Pero si se presenta la segunda alternativa resulta aconsejable que la parte interesada introduzca al juicio la respectiva declaración previa, y aquí conviene una vez mas precisar lo que se viene sosteniendo a lo largo de este escrito: en este caso la declaración previa se introduce al juicio

---

[23] Esta práctica es muy común en los funcionarios de la Fiscalía. En la dinámica del testimonio en el sistema acusatorio solo es admisible preguntar u objetar preguntas (en cuanto a las partes) y responder (en cuanto al testigo). Los argumentos tienen su escenario natural en los alegatos de conclusión y las réplicas, donde se debe presentar la conclusión o valoración de la impugnación. Esta costumbre de "decir" que se impugna la credibilidad del testigo se asemeja a la práctica forense del proceso civil de "tacha" del testigo de la contraparte. De otro lado, la impugnación de credibilidad habla por si misma si se llevó a cabo correctamente.

[24] Por ejemplo mediante el investigador que realizó la entrevista o el funcionario de policía judicial que tomó la exposición.

oral con el respectivo testigo de acreditación no para probar la verdad del contenido de la declaración previa (finalidad de prueba sustantiva) sino y únicamente "*para hacerse valer en el juicio como impugnación*" (artículo 347 Ley 906/04), es decir: para probar que la declaración previa *fue hecha por el testigo*, toda vez que él niega o no recuerda haberla hecho.

Si la declaración previa se introduce con "finalidad de prueba sustantiva" estaríamos ante un caso de *prueba de referencia*, en principio inadmisible, salvo que se configure para el caso alguna de las excepciones legales de admisibilidad (art. 438). Esto se traduce prácticamente en que el Juzgador no puede dar por probados en la sentencia los hechos contenidos en la declaración previa usada con fines de impugnación de la credibilidad del testigo. Si lo hiciera podría incurrir en error de hecho por falso juicio de legalidad al tener por probado un hecho sin el cumplimiento de las formalidades legales esenciales.

Cuando el testigo niega o no recuerda haber hecho la declaración previa el procedimiento de impugnación se completa al probarse que el testigo hizo la respectiva declaración previa.

Es por lo anteriormente expuesto que la doctrina anglo-norteamericana sostiene:

> *"If the witness admits the inconsistency, then the impeachment is complete, and you usually are not permitted also to introduce the statement into evidence unless you can lay the foundation for a hearsey exception. However, if the witness denies or does not remember making the statement, you may introduce it and read the inconsistent portion to the jury."*[25]

c) <u>Uso de documentos para fundamentar y aclarar la respuesta del testigo experto.</u>

[25] Tanford, J. Alexander, *The Trial Process: Law, Tactics and Ethics*, p. 324, traducción: "Si el testigo admite la inconsistencia, entonces la impugnación está completa y normalmente a usted no se le permitirá introducir en evidencia la declaración, a menos que pueda fundar las bases para una excepción de prueba de referencia. Sin embargo, si el testigo niega o no recuerda la declaración previa, usted puede introducirla y leer la porción inconsistente al jurado."

Este evento solo se permite en la Ley para el caso de la declaración de peritos o expertos. En estos casos la regla de los fundamentos exige sentar las siguientes bases:

1) Establecer la necesidad que tiene el testigo de fundamentar o aclarar la respuesta. Al igual que en el refrescamiento de memoria, usualmente esto ocurre a iniciativa del testigo.

2) Fundamentar la existencia de un documento previo en el cual el testigo consignó la materia sobre la que declara.

3) Establecer la utilidad del documento o dictamen para fundamentar o aclarar la respuesta.

4) Exhibición y reconocimiento del escrito o dictamen.

5) Que el testigo lea el escrito o dictamen en lo pertinente.

6) Establecer que el escrito o dictamen sirvió para fundamentar o aclarar la respuesta.

7) Solicitar el escrito o dictamen.

8) Interrogar por el hecho que requería fundamentación o aclaración.

La doctrina de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Mención aparte merece la interpretación que desde la academia y la práctica forense se le viene dando a la doctrina casacional sobre el valor de las entrevistas y declaraciones previas al juicio, tema que fue abordado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de noviembre de 2006[26].

[26] Radicado 25738, M. P. ESPINOSA PEREZ. Este precedente fue reiterado en el auto del 7 de febrero de (2007, radicado 26727, MP PULIDO DE BARON y QUINTERO MILANES) donde la Corte inadmitió la demanda de casación presentada contra la sentencia de una Sala del Tribunal Superior de Medellín citada en este escrito (sentencia del veintiocho de septiembre de dos mil seis, aprobado en sala, Acta 346, radicado 050-266-00203-2006-01086, negrillas originales, M. P. GÓMEZ JIMÉNEZ).

Lamentablemente este precedente está siendo interpretado y aplicado en el sentido de que basta "leer para el registro" la declaración anterior del testigo que asiste a testificar al juicio oral para tenerla como prueba sustantiva por vía de "complemento del testimonio". Esta manera de interpretar la citada jurisprudencia respalda precisamente lo que se critica en este escrito, con la diferencia de que la declaración previa no se "introduce" a la actuación como documento sino que se "lee", y eso, supuestamente, basta para que pueda ser valorada por el Juez. Nada más equivocado.

De nuevo los rezagos culturales del modelo procesal anterior se filtran en la aplicación de la nueva sistemática. Algunos operadores jurídicos están asimilando materialmente el "registro"[27] al "expediente" del anterior sistema procesal escritural de tendencia inquisitiva, lo que lleva a concluir –erradamente- que "todo lo que quede en el registro es prueba" susceptible de valoración judicial.

Semejante enfoque desnaturaliza los pilares del sistema penal acusatorio y sus principios de inmediación y contradicción, pues la relación entre "registro" y "prueba" no es *absoluta* ni *necesaria*. Es verdad que toda prueba tiene que aparecer en el registro, pero el juicio inverso no es correcto: no todo lo que "quede" en el registro es prueba. El "registro" cumple funciones de acta de la diligencia y para dejar constancia de aspectos relevantes a la actuación, lo que obviamente no es una "prueba" en el sentido técnico y jurídico del término.

Nada es más pernicioso, en punto a la interpretación de los precedentes judiciales, que su estudio por extractos o, en todo caso, inconexo de los hechos que dieron origen al pronunciamiento jurisprudencial. La *ratio decidendi* de un caso debe buscarse en los argumentos de la sentencia a partir de los *hechos relevantes*.[28]

Una completa lectura del precedente judicial emanado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia permite concluir que se trató de un caso cuyos contornos fácticos son los siguientes:

---

[27] El *record* en el sistema americano.

[28] Sobre ello Cueto Rúa, Julio César, *El Common Law. Su estructura normativa y enseñanza*, Abeledo Perrot; López Medina Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces*, Legis.

La Fiscalía interrogó al indiciado A como autor material de un homicidio, quien lanzó cargos contra B y C señalándolos como determinadores del delito. En el juicio contra B y C la Fiscalía ofreció el testimonio de A para probar la coautoría de aquellos.

El testigo A compareció a la audiencia de juicio oral, pero en el desenvolvimiento del interrogatorio a que fue sometido, desde la primera respuesta a pregunta realizada por la Fiscalía, se mostró evasivo y contrario a la versión que había dado a conocer en el interrogatorio rendido en las actividades de indagación, negando no solo que en el recinto se encontraran presentes los determinadores del hecho sino la responsabilidad en el mismo de los acusados B y C.[29]

Esta situación ameritó que la Fiscalía, previa autenticación, utilizara el documento que contenía el interrogatorio de A, documento que reconoció y que por petición de la Fiscalía procedió a leer en voz alta, lectura de pasado que se convirtió básicamente en su declaración en el juicio porque propició una serie de preguntas que llevaron al testigo a recabar importantes informaciones allí suministradas, retomando su verdad inicialmente vertida, y de las cuales se derivaban circunstancias suficientes para sostener que B y C eran los determinadores del homicidio.

Es a partir de estos hechos que la Corte procede a dictar sentencia de casación con el fin de *"desarrollar la jurisprudencia en un tema trascendental en el procedimiento del sistema acusatorio oral, a saber el alcance, naturaleza y eventual validez de las entrevistas o interrogatorios de verificación tomadas por fuera del juicio"*.

Bajo estos hechos la Corte se aparta de lo que considera una "*interpretación exegética que se pretende dar al artículo 347 del Código de Procedimiento Penal*", advirtiendo que "*lo realmente importante es que las informaciones recogidas en la etapa de investigación, ya por la*

[29] Los motivos por los que A cambió su versión en el juicio oral son anecdóticos y en todo caso irrelevantes frente a la *ratio decidendi* del caso: lo hizo por la repercusión sicológica que para él representaba estar detenido en la misma cárcel con uno de los señalados como determinadores y al considerarse engañado por la Fiscalía en su promesa de otorgarle una debida protección.

Fiscalía o ya por la defensa, accedan al debate procesal público ante el juez de conocimiento, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de publicidad, inmediación y contradicción de acuerdo con el artículo 250, numeral 4º de la Carta Política." Y concluye sobre el caso concreto:

> "Véase cómo en este caso, una vez leída la exposición vertida por el testigo en la etapa de indagación, "previa su autenticación" como se hizo constar, se suscitaron una serie de preguntas que necesariamente llevaron a introducir al testimonio el dicho pasado, sobre el cual se activó en ese momento el derecho de la parte contraria para contrainterrogar, refutando en todo o en parte lo que el testigo dijo entonces y explica ahora, actos con los cuales se satisficieron a plenitud los principios de inmediación, publicidad y contradicción de la prueba en su integridad, y en tales condiciones, carece de todo fundamento sostener que la valoración del testimonio de Oscar Duvan Acosta para sustentar el fallo de responsabilidad contra los aquí incriminados pueda ser lesiva del derecho del procesado a ser juzgado con todas las garantías de un juicio precedido por tales principios."

El hecho relevante en este caso es que, luego de que el testigo fue impugnado haciéndole leer la entrevista previa, reconoció su contenido *y comenzó a responder otras preguntas produciendo evidencia en el testimonio oral sobre lo que había dicho en el interrogatorio previo al juicio*.

La exigencia no consiste solamente en "leerle" al testigo la declaración previa (art. 347 Ley 906/04), pues adicionalmente es ***necesario*** realizar un "interrogatorio subsiguiente" a la lectura; es así como aquella, según lo que responda el testigo, puede "complementar" el testimonio en juicio, como se desprende de esta consideración de la Corte:

> "Por lo tanto, en el caso de que en el juicio oral un testigo modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, la parte interesada podrá impugnar su credibilidad, leyendo o haciéndole leer en voz alta el contenido de su inicial declaración. Si el testigo acepta haber rendido esa declaración, se le invitará a que explique la diferencia o contradicción que se observa con lo dicho en el juicio oral. Véase cómo el contenido de las declaraciones previas se aportan al debate a través de las preguntas formuladas al testigo y sobre ese interrogatorio

subsiguiente a la lectura realizada las partes podrán contra-interrogar, refutando en todo o en parte lo que el testigo dijo entonces y explica ahora, actos con los cuales se satisfacen los principios de inmediación, publicidad y contradicción de la prueba en su integridad.

Si se cumplen tales exigencias, el juez puede valorar con inmediación la rectificación o contradicción producida, teniendo en cuenta los propios datos y razones aducidas por el testigo en el juicio oral. Se supera de esta forma la interpretación exegética que se pretende dar al artículo 347 del Código de Procedimiento Penal, pues lo realmente importante es que las informaciones recogidas en la etapa de investigación, ya por la Fiscalía o ya por la defensa, accedan al debate procesal público ante el juez de conocimiento, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de publicidad, inmediación y contradicción de acuerdo con el artículo 250, numeral 4º de la Carta Política.

No se trata, se reitera, de que la declaración previa entre al juicio como prueba autónoma, sino que el juez pueda valorar en sana crítica todos los elementos que al final de un adecuado interrogatorio y contrainterrogatorio ejercido por las partes, entran a conformar el testimonio recibido en su presencia. Lo declarado en el juicio oral, con inmediación de las manifestaciones contradictorias anteriores que se incorporan a éste, junto con las explicaciones aducidas al respecto, permitirán al juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras, en una apreciación conjunta con los restantes elementos de juicio incorporados al debate público."

Una lectura rápida de la sentencia pareciera sugerir que la Corte autoriza al Juez para que valore la declaración previa leída en el contrainterrogatorio como prueba sustantiva, es decir: que podría formarse el convencimiento de la responsabilidad penal a partir de una incriminación contenida en la declaración previa, a pesar de que dicha incriminación no se retome por el testigo en el testimonio prestado en el juicio oral. De los siguientes pasajes de la sentencia podría sacarse esa ligera conclusión:

"Pero lo que no puede admitirse es que el juez tenga que sustraerse por completo al conocimiento que obtiene a través de ese medio

legalmente permitido, cuando previamente, con su lectura y contradicción, se han garantizado los principios que rigen las pruebas en el sistema de que se trata.
(…)
Véase cómo desde la perspectiva de la inmediación, el juez tiene en su presencia al autor del testimonio. Puede por ello valorar su cambiante posición frente a afirmaciones anteriores y también puede valorar lo manifestado al ejercer la última palabra, **optando por la que en su convicción considere más fiable.**
(…)
El juez debe tener libertad para valorar todas las posibilidades que se le pueden llevar al conocimiento de un hecho más allá de toda duda razonable, sin tener que desdeñar situaciones conocidas a través de medios procedimentales legales y obligatorios."

Sin embargo, por las razones ya explicadas, estas afirmaciones aisladas de la Corte deben conectarse con los hechos del caso estudiado; el equívoco surge de la parte de la sentencia que señala que el juez puede "optar" por la versión que considere más fiable, dando a entender que puede escoger entre dar por probados los hechos narrados en la declaración previa o mediante el testimonio oral. Esa conclusión no es posible en el sistema acusatorio[30] ni es el tema tratado en la sentencia de la Corte, pues tiene que ver con otro asunto: el uso de declaraciones previas como evidencia sustantiva en el juicio oral (prueba de referencia), aspecto problemático en el sistema acusatorio da lugar a las más grandes controversias y que tarde o temprano deberá ser tratado por la Corte.[31]

El problema jurídico tratado bajo los hechos del caso estudiado por la Corte es el del testigo que, al declarar en juicio, en principio niega la incriminación hecha en su declaración previa, **pero luego, al ser impugnado mediante la lectura de la misma, la reconoce y en el subsiguiente interrogatorio retoma o recaba los dichos iniciales haciéndolos parte de su testimonio en juicio**.

---

[30] A menos que la declaración previa se incorpore válidamente como *prueba de referencia*, lo que en principio es inadmisible si el testigo se encuentra presente en el Despacho rindiendo testimonio.

[31] Sobre el tema véase: "*Perpetual Confusión: The use of Prior Inconsistent Statements in Certain Criminal Proceddings*", David B. Cosgrove, Journal of the Missouri Bar, Vol. 53, No. 6, Noviembre- Diciembre de 1997, en http://www.mobar.org/journal/ 1997/novdec/ cosgrove.htm

En el caso fallado por la Corte, una cosa es que el Juez valore la declaración previa COMO PRUEBA DE IMPUGNACION, en cuyo caso la valora para no creer en la versión rendida por A en juicio (que no le consta que el acusado mató), el juez no cree esa afirmación a partir de lo manifestado en la declaración previa. Pero otra cosa es que el Juez valore la declaración previa que fue solamente fue "leída" COMO PRUEBA SUSTANTIVA, lo que significa que le asigna mérito *para probar la verdad de lo aseverado en dicha declaración*, es decir, para dar por probado en juicio que el acusado mató. Lo delicado del asunto es que si el Juez procede así esta asumiendo la declaración previa como prueba de referencia sin apoyo en alguna de las causales que la excepcionalmente autoriza la admisión de esta prueba en juicio (art. 438 C. P. P.).

La Corte no concluyó que basta "leer" la declaración previa para que adquiera finalidad de prueba sustantiva; la tesis de que aquella sirve de "complemento" al testimonio es admisible solamente en el caso en que el testigo retoma su dicho anterior en el juicio oral, como en efecto ocurrió en el asunto estudiado por la Corte, porque en ese evento si se presenta un auténtico "complemento" del testimonio; de donde la declaración previa vale como prueba sustantiva (para probar la verdad de lo aseverado) en la medida en que el mismo testigo repite o retoma lo dicho antes, pero en el juicio oral, con inmediación y sujeto a contra-interrogatorio.

De ahí a concluir que toda declaración anterior del testigo se convierte en "complemento" del testimonio si se "lee" durante el mismo hay un paso enorme, porque repárese que son múltiples las hipótesis (a las que no se refiere la sentencia de casación citada) que pueden ocurrir cuando a un testigo se le formula el "interrogatorio subsiguiente a la lectura" en el juicio oral, entre otras: (*i*) el testigo puede no reconocer la declaración anterior; (*ii*) el testigo puede no contestar sobre la declaración anterior, como cuando se ampara en el artículo 33 de la Carta; (*iii*) el testigo puede reconocer la declaración anterior, pero aclararla en un sentido diferente al allí plasmado, como cuando explica que antes dijo algo que apenas *parece* distinto a lo que expresa en el juicio oral.

En estos casos la declaración previa no puede entenderse simplemente como "un complemento" del testimonio; es necesario tener en cuenta las respuestas del testigo en el interrogatorio subsiguiente a la

lectura, porque *quien complementa el testimonio es el testigo con sus respuestas, no el interrogador mediante la lectura*.

Conclusión

No deben ser introducidos *todos* los documentos o escritos utilizados, firmados o relacionados con el testigo que declara en el juicio oral.

Se reserva el uso del documento como prueba sustantiva cuando el hecho contenido en él se pretende probar como *fin* en si mismo, no con la declaración de testigo que funge como *medio* para acreditar el documento.

Los documentos o escritos también se pueden utilizar para refrescar memoria o para impugnar la credibilidad de los testigos, y en el caso de los expertos para fundamentar o aclarar sus respuestas. En estos tres casos el documento no se introduce al juicio oral sino que se lo utiliza con esas expresas finalidades como un *medio*, siendo la declaración o testimonio la prueba en cuanto tal. Si el refrescamiento de memoria es ineficaz el documento puede ser introducido como prueba de referencia (escrito de pasada memoria), bajo ciertas condiciones.

Es equivocado interpretar los precedentes de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia recaídos sobre la materia en el sentido de que respaldan la incorporación al juicio oral, mediante la simple lectura, de manifestaciones anteriores como prueba de referencia, es decir, para probar la verdad de lo allí consignado. El sentido de dichos precedentes es validar las manifestaciones previas como "complemento" del testimonio cuando el testigo, en un interrogatorio subsiguiente a la lectura de las mismas, retoma en el juicio oral el contenido de verdad allí plasmado y lo hace parte de su declaración. En ese caso la "prueba" no es la declaración previa, autónomamente considerada, sino su contenido admitido y retomado por el testigo en el testimonio rendido en el juicio oral.

Derecho Internacional

CONCEPTO, PRINCIPIOS Y FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL ECUADOR

Dr. Carlos Estarellas Velázquez

División del Derecho Internacional.

El Derecho Internacional se divide en **Derecho Internacional Público** y **Derecho Internacional Privado**.

Concepto de Derecho Internacional Privado.

El Derecho Internacional Privado es el que tiene por finalidad resolver los conflictos de leyes referentes a la nacionalidad de las personas. Asimismo, determinar los derechos que tienen los extranjeros y que deben ser respetados. Mientras que, el **Derecho Internacional Público** es el conjunto de normas que hacen posible las relaciones entre los Estados, los organismos internacionales y el individuo.

La distinción entre el Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado ha quedado establecida de manera al parecer perdurable, con el conocido concepto de Ulpiano en el Digesto, donde señala que el Derecho Público es aquel que se refiere a las cosas del Estado y que el Derecho Privado es el que se refiere a la utilidad de los particulares. Órbita estatal, la primera, órbita individual la segunda. Esta división ha sufrido una crisis muy dura en el pensamiento contemporáneo, ya que actualmente existe una relación muy intensa entre las actividades del Estado y los particulares.

Diversas Acepciones.

Muchos han sido los tratadistas que le han dado diversas denominaciones a nuestra materia. Así por ejemplo Story designaba a su texto "**Comentario de los Conflictos de leyes**". Por otro lado, en la Edad Media se le diò el nombre de la **Teoría de los estatutos**. El escritor Marco G.

Monroy Cabra señala en su libro "Tratado de Derecho Internacional Privado" que en los países anglosajones a esta ciencia se le dio el nombre de **Teoría de los conflictos de leyes**. Asimismo, Savigny el más importante jurista del siglo 19 la denominaba **Teoría de los límites locales de las reglas del derecho**. En la actualidad es aceptado la denominación Derecho Internacional Privado, pero al igual que la mayoría de los autores dedicados al estudio del Derecho Internacional Privado consideramos que más técnica es **Conflicto de Leyes**.

Fundamento del Derecho Internacional Privado.

Controvertido es el punto de un Derecho Internacional Privado. Lamentablemente, la existencia misma del Derecho Internacional no siempre ha merecido, el reconocimiento unánime de los tratadistas y especialmente en los albores del siglo veinte existieron voces que negaron la importancia a esta disciplina. Esta fue una posición extrema, pero fácilmente desechable ya que de acuerdo con lo que expresa Monseñor Juan Larrea Holguín en su libro "Derecho Internacional Privado" existe un factor de hecho que determina la existencia del Derecho Internacional Privado y es la coexistencia del Estado con legislaciones diversas. Asimismo señala que el fundamento jurídico es la comunidad de naciones y que el grado de desarrollo de esta comunidad, determinará el avance del Derecho Internacional Privado.

Origen y **evolución del Derecho Internacional Privado**

Describiremos brevemente la evolución en línea ascendente del Derecho Internacional Privado a través de las distintas etapas de la Historia.

a) **Roma**.- El profesor Pedro José Huerta, en su Curso de Historia de la Edad Antigua y la Edad Media" sostiene que "para poder comprender cómo eran los romanos es necesario conocer su historia". Asimismo mencionaba que el origen de los romanos es muy oscuro y que lo inventaron para llenar el vacío de su historia primitiva, creando una multitud de leyendas. Por otro lado, es importante anotar que se crearon ciertas instituciones que trataron de mejorar

las relaciones con los extranjeros como por ejemplo el Pretor Peregrini y el tribunal de los Recuperadores.

b) **Edad Media**.- El Filosofo ecuatoriano Eduardo Mora- Anda en su libro "los Valores y los Siglos" señala que "La Edad Media es la etapa más larga que ha vivido la cultura europea. Casi mil años. Se trataba de un sistema de vida y de Gobierno, el medieval, en el que cada persona tenía asegurado un lugar fijo, estático, con poca o nada de movilidad social para toda su vida".

Por otra parte, en la Edad Media encontramos dos etapas perfectamente marcadas y diferentes: La organización política de los primeros reinos bárbaros y el feudalismo. Entre cada uno de ellos transcurrirá un largo periodo de años, y la primera dará como consecuencia a la segunda, pues los elementos iniciales del feudalismo se encuentran en germen desde los primeros tiempos, y en la sicología de los pueblos bárbaros.

Monseñor Juan Larrea Holguín menciona como aporte en la Edad Media a los glosadores que estudiando estos temas son los estatutarios, convirtiéndose en los fundadores del Derecho Internacional Privado.

El Derecho Internacional Privado en el Ecuador.

Con relación a la legislación sobre Derecho Internacional Privado en el Ecuador es lamentable señalar que como la mayoría de los países americanos no existe un cuerpo único de derecho positivo para resolver los conflictos de leyes. Para encontrar las normas de Derecho Internacional Privado debemos de buscarla en la Constitución de la República, en los principales Códigos y leyes y aún en reglamentos, acuerdos y resoluciones administrativas. A esto se suma, que además se deben considerar no sólo la legislación nacional sino también los tratados y convenciones suscritos y ratificados por el Ecuador en especial la Convención Panamericana de 1928 que aprobó el Código Sánchez de Bustamante.

Por otra parte, para el distinguido escritor ecuatoriano Juan Larrea Holguín se pueden establecer algunos principios básicos que estructuran el sistema nacional de Derecho Internacional Privado Ecuatoriano. Estos principios son: el de la igualdad, el de la reciprocidad, el de la básica

territorialidad de las leyes, el de la personalidad de las normas que afectan al estado y capacidad de las personas, el del respeto a los derechos adquiridos y el del orden público. Analicémoslos brevemente:

a) **El Principio de Igualdad**. Este principio ha sido fundamental para la equiparación de los derechos entre ecuatorianos y extranjeros en el campo de los derechos civiles abarcando lo comercial, lo laboral, la legislación de menores, de inquilinato, etc. Además se encuentra consagrado en la Constitución Política del Ecuador.

b) **El Principio de Reciprocidad**. Monseñor Juan Larrea expresa que "la igualdad de derechos reconocida por nuestras leyes a favor de los extranjeros, se produce en virtud de un acto soberano del Estado, incondicional e independiente de cuál sea la conducta de los otros Estados frente a los ecuatorianos".

c) **Básica territorialidad de las leyes**. El Código Civil señala que "la ley obliga a todos los habitantes de la Republica, con inclusión de los extranjeros y su ignorancia no excusa a persona alguna". Sin embargo el Doctor Juan Larrea Holguín menciona referente a este tema que "nuestro sistema es básicamente territorialita, pero con amplias y variadas excepciones como por ejemplo la sucesión por causa de muerte, que el Código Civil somete a la ley del último domicilio del causante".

d) **Personalidad de las normas sobre capacidad** y **estado**. Este principio lo encontramos desde los tiempos de los estatutarios siendo admitido en la actualidad en casi todos los países. Monseñor Larrea cree que "la gran discusión sobre cuál ha de ser la ley personal que rija el estado civil y la capacidad de las personas, que no quedó resuelta en el Código Sánchez de Bustamante, se soluciona en el Código Civil Ecuatoriano con la preferencia de la ley de la nacionalidad".

e) **Principio de los derechos adquiridos.** El Código Civil está impregnado del respeto a los derechos adquiridos. Por otro lado, la Constitución de 1967 señalaba claramente que la nacionalidad adquirida no se pierde por sobrevenir nuevas leyes con distintas exigencias. También hace prevalecer los derechos adquiridos aún con relaciona a posibles cambios en la Constitución de la República.

f) **El orden público**. Este principio de acuerdo al criterio de Monseñor Larrea se descubre también en nuestro sistema como uno de los lineamientos básicos.

Por los motivos expuestos, para el internacionalista ecuatoriano Juan Larrea Holguín, "la aplicación de los mencionados principios forma la estructura básica de nuestro sistema de Derecho Internacional Privado. Sin embargo la multiplicidad de principios, y aún su oposición, complica la regulación jurídica, pero esta complejidad corresponde a la consistencia real de las relaciones jurídicas con elementos internacionales. Una simplificación forzada de las leyes puede conducir a graves injusticias, en tanto que la aplicación prudente de varios principios hábilmente entretejidos en un sistema, puede constituir la mejor solución". Concuerdo plenamente con lo expresado por Monseñor Larrea Holguin.

Fuentes del Derecho Internacional Privado

Son los medios a través de los cuales el Derecho Internacional se manifiesta, es de donde nace la norma jurídica internacional.

Las fuentes del Derecho Internacional Privado son las siguientes:

a) La legislación interna de los Estados
b) Los tratados internacionales
c) Las disposiciones de los organismos internacionales
d) La jurisprudencia
e) La doctrina.

Por otro lado, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia señala las fuentes de obligatoria aplicación para sus sentencias que son: el tratado, la costumbre, los principios generales del derecho, las decisiones judiciales y la doctrina.

El tratadista Hugo Llanos Mansilla señala que "la Corte Internacional de Justicia pude aplicar cualquier fuente, independiente de toda jerarquía, aunque en la práctica siempre habrá una, en virtud del principio de que una norma particular tiene preferencia sobre una general".

Dr. Carlos Estarellas Velázquez

Derecho Social

AB. JUAN CARLOS LARREA VALENCIA

LOS COLEGIOS DE ABOGADOS EN EL ECUADOR, SU UTILIDAD SOCIAL, Y LA NECESIDAD DE UNA COLEGIATURA OBLIGATORIA

Ab. Ernesto Salcedo Ortega

Como es de público conocimiento, el día 13 de diciembre del 2007, el Presidente Constitucional de la República, Econ. Rafael Correa Delgado, presentó ante el Tribunal Constitucional del Ecuador, con sede en Quito, una demanda de inconstitucionalidad respecto a la normativa existente en la legislación ecuatoriana, que obligaba a todos los profesionales, entre ellos a los Abogados, a afiliarse a los Colegios gremiales como requisito previo para ejercer libremente su profesión.

La aludida demanda de inconstitucionalidad, se fundó principalmente en el hecho, a juicio del Presidente, de que la obligatoriedad de todos los profesionales egresados de nuestras universidades, a afiliarse a un Colegio gremial como requisito para ejercer una profesión, quebranta el numeral 19 del artículo 23 de la Constitución Política de la República, norma que consagra la libertad de asociación como uno de los derechos civiles más elementales de los ecuatorianos.

Para tramitar este pedido, el Tribunal Constitucional abrió el expediente No. 0038-2007, y luego de cumplirse las etapas procedimentales, mediante resolución expedida el 5 de Marzo del 2008, declaró la inconstitucionalidad por razones de fondo de todas las normativas relacionadas con la exigencia de afiliación a los Colegios gremiales para poder ejercer una profesión, entre ellas, expresas contenidas en nuestra Ley de Federación de Abogados del Ecuador, y en la Ley Orgánica de la Función Judicial.

Entre las principales normas que se refieren a esta temática, y que en la actualidad han sido declaradas inconstitucionales, me permito transcribir las siguientes:

Art. 2.- (Ley de Federación de Abogados).- **"En la provincia donde ejercieren su profesión más de diez abogados, se constituirá un Colegio de Abogados que representará a sus miembros ante la Federación Nacional de Abogados del Ecuador.**

Los abogados de las provincias en que no pudieren constituirse los colegios se afiliarán, mientras tanto, al Colegio de la provincia cuya capital sea más cercana.

La afiliación de los abogados a los colegios provinciales es obligatoria.

Al efecto, el Secretario de la respectiva Corte Superior, o el de la Suprema, en su caso, conferirán copia auténtica de la matrícula, y el Secretario del colegio certificará al pie de dicha copia el hecho de la inscripción.

Sólo la inscripción en un Colegio de Abogados hecha a base de la matrícula, autorizará el ejercicio de la profesión en cualquier lugar de la República.

Ningún abogado podrá obtener más de una inscripción, pero se podrá solicitar la transferencia de un colegio a otro, previa comprobación de haber cambiado de domicilio."

Art. 146.- (Ley Orgánica de la Función Judicial).- **"Son doctores en jurisprudencia o abogados los que hubieren obtenido estos títulos en las universidades de la Repú-blica, conforme a la Ley.**

Solo la inscripción de un Colegio de Abogados hecha a base de la matrícula, autoriza el ejercicio de la profesión en cualquier lugar de la República."

Art. 148.- (Ley Orgánica de la Función Judicial).- **"En los tribunales y juzgados no se admitirá escrito alguno que no esté firmado por un profesional inscrito en la matrícula.**

> **La matrícula es una sola en la República y, en conse-cuencia, inscrito el título en la Corte Suprema o en cualquiera de las Cortes Superiores y Colegios de Aboga-dos, los profesionales pueden ejercer la profesión ante los tribunales y juzgados de cualquier lugar del país."**

Mas sin embargo, a pesar de que la decisión final de nuestro máximo organismo de justicia constitucional, se encuentra en firme y por tanto vigente, valdría la pena cuestionarnos, refiriéndonos al caso particular de los Colegios de Abogados: La afiliación a un Colegio de Abogados, o a cualquier otro colegio gremial, implica una violación a la libertad de asociación ??; Es lo mismo hablar de colegiatura que hablar de asociación cómo si fueran términos sinónimos ??.

Lo curioso y a la vez atractivo del problema en cuestión, se pone de manifiesto si consideramos que en otros países con sistemas jurídicos afines, los máximos tribunales de justicia han resuelto en relación a este mismo tema que los Colegios gremiales (Colegio de Abogados en nuestro caso), no quebrantan la libertad de asociación.

Es decir, en el Ecuador se ha tomado una medida contraria a la corriente internacional, lo que sin duda nos motiva a realizar un análisis de la decisión adoptada por nuestro tribunal Constitucional, de tal manera que podamos concluir en definitiva si lo que decidió nuestro máximo organismo constitucional, es compatible en nuestro sistema legal o no.

Antes de iniciar el estudio de la temática planteada, debo colegir, luego de escrutar los criterios de varios profesionales del derecho de nuestro medio, que las razones que motivaron al Presidente Correa a formular la referida demanda de inconstitucionalidad, se debió a las múltiples quejas por parte de muchos profesionales graduados en las Universidades del Ecuador (sobre todo aquellos de escasos recursos económicos), que se encontraban ante la exigencia y obligación de tener que pagar sumas de dinero al Colegio de Abogados de su localidad, para acceder a un número de registro que les permita dedicarse libremente al ejercicio de su profesión.

Esta realidad no sólo afecta a los nuevos Abogados que egresan de nuestras Universidades, sino a todos los demás profesionales que se especializaron en otras ciencias, tales como los médicos, los contadores, los arquitectos, los ingenieros, los veterinarios, los tecnólogos, los artesanos, los constructores, los químicos, los bioquímicos, los farmacéuticos, entre otros. Es decir, los profesionales de nuestro medio, encontraban en la afiliación obligatoria del gremio al que se pertenecen, un serio obstáculo para ejercer su profesión y acceder a un medio de trabajo legítimo.

Esta limitación, enmarcada en el hecho de que la agremiación obligatoria implica consignar una suma de dinero a los Colegios de Abogados, no es un problema de orden jurídico, sino económico si se quiere, por lo que el trasfondo de la resolución adoptada por nuestro Tribunal Constitucional, podría encontrar su origen en razones de naturaleza política más que legal.

Hecha esta acotación, que pese a no ser jurídica es de orden fáctico y empírico, revisaremos brevemente el enfoque real del derecho de asociación previsto en nuestra Constitución Política, y su relación con los Colegios de Abogados dentro de una sociedad.

La Libertad de Asociación como derecho constitucional.

Ya desde la época de la prehistoria, que se divide en períodos eolítico, paleolítico y neolítico, aparecieron los primeros indicios de la tendencia natural del hombre para pertenecer a una sociedad. En la etapa eolítica, surgen las primeras formas de lenguaje, justamente por la imperiosa necesidad de los seres humanos en comunicarnos con los demás. Durante la etapa paleolítica, en donde aparecen los hombres de Heidelberg, el de Neandertal y el de Cro-Magnon, se destaca la vida del hombre en sociedad, agrupándose mediante la forma más simple de formar una sociedad, denominada horda primitiva, en donde todos se consideraban iguales y sin la presencia de caudillos o de líderes. Finalmente en la etapa neolítica, el hombre se establece en lugares fijos estableciendo comunidades para vivir en sociedad, apareciendo el concepto, aunque todavía primario, de organización social.

La sociabilidad del hombre siempre ha tenido por fin el de agruparse para conservar su especie, como mecanismo de defensa. Es un mecanismo de representación de solidaridad entre los seres humanos, y un reconocimiento tácito de que el ser humano, sin una sociedad, no puede alcanzar progresos y mejoras básicas que le son indispensables para acercarse a la felicidad.

Ahora bien, ya dentro de una sociedad, la unión de los esfuerzos de varias personas, para alcanzar un bien común, constituye una asociación. El célebre politólogo francés, Marie Jean Antoine Nicolás de Caritat, definió a la asociación como una **"organización colectiva resultante de un contrato formal que agrupa a las personas para deliberar y obrar de manera continua en función de determinados intereses".**

La asociación es libre y no impuesta por la ley. La libertad es un exponente de la dignidad humana, y por tanto, la libertad de asociación no debe confundirse con obligación coercitiva. La asociación es todo lo contrario de una obligación, se rige por principios que pertenecen al derecho natural, y esta es la razón de fondo por la que aparece consagrada como derecho constitucional, pues constituye un derecho innato que se encuentra en la propia naturaleza del hombre.

La asociación, que ya sabemos sólo puede darse libre y espontáneamente, presenta las siguientes características: a) es voluntaria; b) es permanente y estable; c) es organizada; d) da origen a vínculos jurídicos; y, e) tiene una personalidad y categoría distinta a la de los miembros que la componen.

Por lo tanto, nuestra normativa constitucional, así como protege los derechos de las personas individualmente consideradas, garantiza del mismo modo las necesidades y requerimientos de los grupos que de manera espontánea se constituyen en una sociedad.

No en vano, el Ecuador adoptó como forma de gobierno un sistema participativo, de acuerdo a los términos del artículo 1 de nuestra carta magna, entendiendo como tal la facultad de que los propios ciudadanos

decidan de qué forma participar, y qué caminos elegir para el desenvolvimiento de sus propias vidas.

Desde luego, y atendiendo a que todo el orden jurídico se funda en el reconocimiento de la dignidad humana, es decir en los derechos humanos, y siendo éstos anteriores y preexistentes al Estado, es un hecho que el ciudadano común no puede ser despojado de la potestad esencial de autodeterminarse aún frente al Estado, siempre que con ello no viole ni menoscabe derechos de terceros.

De todo lo expuesto, encontramos que del propio texto constitucional, los derechos de los grupos sociales se hallan ampliamente amparados por cuanto hacen posible en la práctica lo que entendemos como democracia participativa, es decir, el reconocimiento de que las personas se asocien y puedan autorregularse sin causar daños a terceros.

La Naturaleza Jurídica de los Colegios de Abogados.

Sin duda, la sociedad no puede quedar desprotegida en lo que se refiere a la actuación de sus profesionales. En nuestro caso, las Universidades ecuatorianas incorporan anualmente un número significativo de Abogados, pero tal hecho no garantiza que dichos profesionales del derecho vayan a obrar correctamente durante el ejercicio de su profesión. En muchas ocasiones aparecen pseudo profesionales, que sin haber realizado sus estudios universitarios, y por ende sin estar acreditados para ejercer la abogacía, realizan labores haciéndose pasar por especialistas en determinadas materias jurídicas, engañando a la comunidad y atentando contra el orden social.

La función de los Colegios de Abogados, entre muchas otras, consiste justamente en impedir que se produzcan este tipo de situaciones, y para impedir que tales deterioros sociales se provoquen es imprescindible la colegiación gremial obligatoria.

No debemos entender que la colegiación gremial obligatoria está limitada a la obtención de una matrícula o un registro de abogado para ejercer libremente la profesión. Lamentablemente, este es un error de

concepción en el que incurren muchas personas, incluidos muchos de nuestros propios abogados.

La evolución de nuestra sociedad, en pleno signo XXI, exige para su propio desarrollo, que quien está habilitado para ser Abogado, preste tales servicios con eficiencia y dentro de un razonable comportamiento ético. En este orden de ideas, es a los Colegios de Abogados del Ecuador, a quienes les corresponde controlar y regular las actividades de sus profesionales.

Es importante señalar que un Colegio de Abogados no es una Asociación. Ya desde los albores de la vida social organizada se ha distinguido claramente lo que es una orden, o colegio profesional, de lo que es una mera y simple asociación. Así, en el antiguo derecho romano ya se distinguían los **ordo, curiae, sodalitatem o collegium** de lo que era una **societas**. El término **"collegium"** en latín, según Cicerón, significa **"cuerpo, gremio, de una misma profesión, de un mismo empleo, o que se junta en un mismo lugar"** (Diccionario Nuevo Valbuena, Paris 1893).

De hecho, recordemos que en Roma existieron los Colegios de Pontífices, en donde destacaba la figura del **Pontifex Máximus,** cargo que llegó a ocupar el emperador Julio César. También existieron los colegios de sacerdotes, de donde se proyectaron posteriormente las órdenes religiosas, organizaciones que finalmente encontraron en la Iglesia Católica su reconocimiento permanente, cuyo significado técnico dista mucho de una simple asociación.

Una cosa son las asociaciones, a las que se refiere el numeral 19 del artículo 23 de nuestra Constitución Política, que reconocen como fundamentos de su constitución manifestaciones de voluntad concretas de sus creadores, como ocurre, por ejemplo, con las asociaciones artesanales o culturales; y otra cosa, el reconocimiento de entes colectivos, como ocurre con los Colegios de Abogados, cuya existencia no depende de tales actos de voluntad individuales, sino de una necesidad social que consiste en regular la actividad de este grupo de profesionales.

De manera que, como ente colectivo de naturaleza y conformación diferente que hace referencia no a la voluntad individual, sino a la

ubicación de una persona dentro de una estructura social, se encuentra el concepto de colegiación de abogados.

Hay que distinguir claramente la colegiatura de una asociación, para evitar caer en confusiones, y así lo hace nuestra legislación ordinaria, específicamente nuestro Código Civil y nuestras leyes mercantiles, al establecer que el contrato de sociedad (de asociación), es de naturaleza estrictamente consensual (depende de la voluntad de la persona), y además es **intuito personae** (se hace en consideración a la persona con la que se va a dar el asocio). En consecuencia, es perfectamente lógico que nadie pueda ser obligado a pertenecer a una asociación, por el sólo hecho de que las personas tienen derecho a desarrollar su propia personalidad. De ahí el sentido de la norma constitucional.

En cambio los entes colectivos tienen otra realidad. Así como no depende de la voluntad individual de un guayaquileño ser integrante de este Municipio, o de un ciudadano ecuatoriano o colombiano pertenecer al Estado o a su comunidad de origen, puesto que tales realidades sociológicas, por el simple hecho de hallarse situado dentro de una circunscripción territorial, se reconocen independientemente de la voluntad individual de sus habitantes, así también el hecho de pertenecer a un Colegio de Abogados, corresponde a una realidad con prescindencia de la voluntad individual de quién está inmerso en esta profesión del derecho.

La colegiación, por tanto, no es otra cosa que reconocer la existencia de grupos sociales perfectamente diferenciados, basada en esa realidad sociológica, implementando su funcionamiento dentro del espíritu democrático que establece la Constitución, confiando a sus respectivos gremios su propia autorregulación con miras a cumplir con el rol que la sociedad les ha asignado.

Los Colegios de Abogados no son Asociaciones.

De la equivocada asimilación de colegiación con asociación se han derivado numerosas concepciones equívocas. Se ha invocado, por ejemplo, que la colegiación implica la violación del principio de la libertad de trabajo, o que estableciéndose la colegiación obligatoria se

estaría violando el principio de la libertad de asociación y con ello derechos humanos fundamentales.

Estas cuestiones ya han sido consideradas por los más encumbrados y prestigiosos tribunales de justicia del mundo que las han desechado por notoriamente infundadas. En este sentido, la Corte Suprema de la Nación Argentina ha manifestado: **"Los hombres no se sienten aislados y vinculados únicamente por la competencia, sino por sobre todo, como participes de una empresa que les es común. La institucionalización de esta realidad y de los valores presentes en la misma, es algo que, como principio, no puede ser sino aprobado pensando en una democracia social en la cual asumen cada día mayor importancia las llamadas entidades intermedias como es la aquí cuestionada"** (refiriéndose al Colegio de Abogados de la ciudad autónoma de Buenos Aires). Consiguientemente, la Corte Suprema en Argentina estableció que la colegiación no vulnera ningún principio constitucional.

Lo propio estableció la Corte Suprema de Los Estados Unidos, en una sentencia de fecha 19 de junio de 1961, al expresar que **"La integración del Bar de Wisconsin (Colegio de Abogados de este Estado) no quebranta institucionalmente la libertad de asociación constitucionalmente protegida de los abogados".**

Ante la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, fueron también interpuestos diversos recursos buscando consagrar una supuesta incompatibilidad entre la colegiación y la vigencia de los Derechos Humanos. La Corte Interamericana estableció entre otros fundamentos que: **"En definitiva, cabe deducir que no es fundado sustentar que la exigencia de matricula obligatoria establezca o forme un vinculo de sociedad laboral entre los matriculados. Mas bien corresponde deducir que la relación se circunscribe al poder disciplinario sobre el profesional inscrito y el acatamiento de éste al cumplimiento de los deberes y obligaciones fijados por la ley".** Y explicitando este concepto en otro caso estableció: **"Nada se opone a que la vigilancia y control del ejercicio de los profesionales se cumpla, bien directamente por organismos oficiales, o bien indirectamente mediante una autorización o delegación que para ello haga el estatuto correspondiente, en una organización o asociación profesional, bajo la vigilancia o control del**

Estado, puesto que ésta, al cumplir su misión, debe siempre someterse a la ley".

También son significativas las experiencias de otros países de indudable prestigio, como ocurre con Brasil. En Brasil la colegiación es obligatoria, sólo pueden ejercer la profesión aquellos abogados inscritos en la **"Orden de Abogados du Brasil" (OAB),** ente que tiene por finalidad la defensa de la Constitución, el orden jurídico del Estado democrático de Derecho, los derechos humanos, la justicia social, la correcta aplicación de las leyes, la rápida aplicación de la justicia, y el perfeccionamiento de la cultura e instituciones jurídicas. Así mismo, promueve con exclusividad la representación, la defensa, la selección y la disciplina de los abogados en el Brasil.

En el Brasil, a nadie se le ocurre poner en tela de duda el carácter y función de la colegiación en la regulación de los profesionales del derecho. Dicho país, cuenta con una Orden de Abogados de venerable y secular tradición, hecho que, hasta cierto punto, explica y se complementa con su incuestionable progreso social y científico.

En cuanto a precedentes nacionales, es preciso mencionar que nuestro propio Tribunal Constitucional, dentro del expediente No. 180-2000-TP, cuya resolución fue expedida el 17 de Octubre del 2000, resolvió una demanda de inconstitucionalidad que trató sobre la colegiatura obligada para poder ejercer la abogacía, considerando que a través de la colegiatura obligatoria de los abogados, el Estado busca la organización y vigilancia de esta profesión para garantizar la ética, la idoneidad e incluso el mejoramiento profesional y social de los abogados, pues son gremios que actúan en interés común de sus miembros, en su defensa y capacitación.

Estableció esta resolución del Tribunal Constitucional, que el ejercicio de la abogacía entraña un interés público, por cuanto las personas depositan su confianza en los abogados cuyos servicios requieren, y por ello la autoridad estatal delega a los colegios de Abogados la posibilidad incluso de establecer sanciones disciplinarias. Se pronunció además, por las mismas consideraciones anotadas previamente que la colegiatura obligatoria no afecta ni la libertad de asociación, ni la libertad

de del trabajo, contempladas en el artículo 23 de nuestra carta magna constitucional.

Es importante destacar que en Argentina, en Brasil, y en los Estados Unidos de América, países que nos han servido de ejemplo, todas sus Constituciones políticas consagran, al igual que en el Ecuador, la libertad de asociación como un derecho fundamental, y sin embargo, no consideran que exista contradicción entre la colegiación gremial obligatoria y la libertad de asociación. En todos estos países, queda claro que los Colegios de Abogados existen en beneficio de la propia sociedad.

Necesidad sociológica de los Colegios de Abogados.

Trasladando los conceptos que quedan puntualizados, podemos afirmar que los Colegios de Abogados constituyen el reconocimiento por parte del Estado de una realidad sociológica, y que la regulación jurídica de su desenvolvimiento es confiada, con base en el derecho público del Estado, a la propia autorregulación de los integrantes del gremio profesional en cuestión.

La colegiación obligatoria de los abogados, en una sociedad, encuentra justificación mediante argumentos internos y externos. Las consideraciones de carácter interno se radican en los aspectos básicos de servicio a la comunidad, como por ejemplo: la constante formación y capacitación de los profesionales, las necesidades de una formación continua, el control de una buena práctica profesional y la necesidad de evitar el ejercicio ilegal de los profesionales del derecho. La sociedad necesita que se regule la prestación de los servicios profesionales y se garantice la calidad de los mismos.

En cuanto a las consideraciones de carácter externo, la globalización del comercio de prestación de servicios, conlleva la prestación de servicios jurídicos en un mercado internacional, lo que implica abordar una gran problemática en cuanto al reconocimiento de títulos en el extranjero, fijación de competencias a profesionales, control del ejercicio profesional, trato internacional no discriminatorio, acceso a los mercados, normas de ética comunes, defensa del consumidor, etc.

Los Protocolos internacionales sobre el comercio de servicios establecen que las organizaciones profesionales de los Estados Parte, en nuestro caso los Colegios de Abogados, sean los entes encargados de desarrollar las normas y criterios mutuamente aceptables para el ejercicio profesional a través del otorgamiento de licencias, matriculas y certificados. Sirve de ejemplo la decisión del Mercado Común del Sur, MERCOSUR/CMC/DEC No. 25/03, del cual el Ecuador a pesar de no ser miembro, nos sirve como un precedente para casos análogos, que establece "Mecanismos para el Ejercicio Profesional Temporal".

Para la implementación de esta Decisión, así como las análogas que fueren adoptadas por las normas de la Comunidad Andina, contar con entidades como los Colegios de Abogados que detenten el control del ejercicio profesional, es una necesidad y una responsabilidad de los Estados Parte.

En consecuencia, sin el reconocimiento de la colegiación gremial obligatoria, los abogados del Ecuador no podrán beneficiarse de la implementación de este mecanismo de circulación internacional de servicios y tampoco contarán con mecanismos que precautelen a la sociedad de una mala praxis profesional en un mercado de servicios ampliado.

Como establece la Unión lnternationale des Advocats en "La Carta de Turin, sobre el ejercicio de la abogacía en el siglo XXI", resulta esencial la función del abogado para la defensa de los derechos humanos, ya se trate de derechos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales. De ahí surge la necesidad de garantizar el reconocimiento de la importancia del ejercicio profesional ante cualquier presión de poder, ya sea del Ejecutivo, Legislativo o incluso del del Judicial.

A fin de alcanzar dicho objetivo resulta indispensable que todos los Estados reconozcan los principios fundamentales sobre los que se sustenta la profesión del abogado, que permitan consolidar las reglas adecuadas para garantizar su protección, entre ellos, la colegiación gremial obligatoria.

Aspiramos que en el futuro se vuelva a otorgar en el Ecuador la colegiación gremial obligatoria, como un mecanismo de contribución al tan ansiado bien común, desde hace algún tiempo venido a menos en nuestra sociedad. Después de todo, la principal función del abogado radica en la protección del individuo frente a la justicia, garantizándole el derecho absoluto de acceso a ella, gracias al asesoramiento, a la asistencia y a la defensa, sin prejuicios ni discriminaciones, con total independencia y libertad.

LA LIBERTAD RELIGIOSA Y EL PRINCIPIO DE LAICIDAD EN LOS CENTROS EDUCATIVOS DE FRANCIA: A PROPÓSITO DE LAS MANIFESTACIONES RELIGIOSAS OSTENSIBLES EN LAS AULAS[1]

Dra. María Lourdes Labaca Zabala
Profesora de la Facultad de Derechos de la UPV/EHU
Doctora por la Universidad de Oviedo

Sumario: Introducción. I.- El principio de laicidad en Francia. 1.- El principio de laicidad a través de la historia y en el ordenamiento jurídico. 1.1.- Fundamentos históricos de la laicidad. 1.1.1.- Fundamentos teóricos: de la laicidad sin libertad a la laicidad en tolerancia. 1.1.2.- La etapa revolucionaria: el primer periodo de laicización en la sociedad francesa. 1.2.- La laicización en los centros escolares públicos. 1.2.1.- La ley de 28 de marzo de 1882 de enseñanza obligatoria. 1.2.2.- La Ley de 20 de octubre de 1886 sobre la organización de la enseñanza en primaria. 2.- La separación Iglesia-Estado. 2.1.- La Ley de 9 de diciembre de separación Iglesia-Estado. 2.2.- El pacto laico o el umbral de la segunda laicidad. 2.3.- La laicidad cuenta con ciertas especificidades. 3.- Particularidades aplicadas en ciertos territorios de la República francesa. 3.1.- El reconocimiento del principio de libertad de enseñanza en determinados centros educativos privados. 3.2.- El régimen jurídico que se desprende de la Ley de 31 de diciembre de 1959. 3.3.- El estatuto de Alsacia-Moselle. 3.4.- Los demás territorios con estatuto particular. II.- La laicidad francesa, un modelo original a confirmar. 1.- El modelo francés de laicidad. 1.1.- ¿La laicidad francesa: un modelo original? 1.1.1.- La influencia extranjera. 1.1.2.- Un modelo único en su género: el caso de la enseñanza religiosa. 1.2.- La laicidad multiforme: los ejemplos extranjeros. 1.2.1.- La diversidad de modelos europeos. 1.2.2.- La influencia de los modelos europeos en la

[1] Investigación realizada en el Centro de Documentación y de Investigación Europea, de la Facultad Pluridisciplinar de Bayona, dependiente de la Universidad de Pau y de los Países del Adour, con la Ayuda del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco (2007).

actitud ante el problema de los símbolos religiosos en la escuela. 2.- El debate en relación con el fenómeno religioso en el Proyecto de la Constitución europea. 2.1.- Los términos a debate en el seno de la Convención. 2.2.- La disposición de compromiso contenido por la Convención. 2.- El modelo de laicidad en crisis. 2.1.- La adhesión del Islam al pacto laico. 2.2.- El intento de una redefinición de la laicidad a la francesa. 3.- La reafirmación de la laicidad como ideal de integración. III.- Las manifestaciones de la pertenencia a una confesión religiosa o política traslucen dificultades en la escuela como lugar de integración. 1.- La escuela como lugar de aprendizaje de vivir en sociedad y de preservar la identidad de los valores de la República. 2.- Los nuevos retos que se plantean como consecuencia del respeto de la laicidad en la escuela. 3.- ¿Puede el diálogo y la mediación acabar con los equilibrios frágiles que se han logrado en la sociedad? 4.- La posición de algunas asociaciones de alumnas. 5.- La escuela debe ser el lugar de aprendizaje de los alumnos. 6.- Los conflictos y reivindicaciones comunitaristas no pueden producirse dentro de los centros educativos. 7.- La escuela como lugar de integración social, sobre todo, de los jóvenes más desfavorecidos. 8.- ¿Podemos considerar que el llevar símbolos religiosos o políticos es una de las manifestaciones del comunitarismo? a) Llevar el velo y la búsqueda de la identidad. b) El llevar el velo, los ghettos y el incremento de la violencia. c) Llevar el velo y el estatuto de la mujer en la sociedad. d) Otros símbolos de pertenencia religiosa suponen un símbolo de identidad. 9.- El fundamentalismo religioso como telón de fondo. a) Las asociaciones integristas tratan de ocupar el espacio que se ha dejado libre en las ciudades. b) La lucha de las mujeres musulmanas por la emancipación en Francia y la oposición al velo islámico. c) Los conflictos internacionales y la exacerbación de la violencia sobre las jóvenes. IV- Conclusiones.

Introducción

El principio de laicidad se contiene en el artículo primero de la Constitución, en el que se contienen los valores de respeto, tolerancia y diálogo, siendo el centro de la identidad de la República francesa.

Podemos destacar que, la laicidad garantiza la libertad de conciencia de todos los ciudadanos, protege la libertad de creer y de no creer,

asegurando a cada ciudadano la posibilidad de vivir y manifestar su fe y de practicar su religión.

Durante los últimos años, a pesar del peso que ha tenido el principio de laicidad en la sociedad francesa, se ha iniciado un proceso en el que se manifiestan dificultades que han suscitado un gran debate en la sociedad francesa, especialmente relacionados con ciertos servicios públicos, como centros educativos, hospitales….

Por ello, la reafirmación del principio de laicidad en la escuela, adquiere un lugar destacado, tanto en la adquisición como en la transmisión de valores comunes de la República, instrumento que tiene su base y fundamento en la idea de República, cuestión hoy día que se ha convertido en indispensable.

Así pues, la escuela debe preservar y asegurar la legalidad del cambio, ya que estamos en presencia de un lugar especialmente privilegiado en el que se adquieren y transmiten los valores comunes de la sociedad, que tienen su base en la igualdad de los niños y niñas, quienes deben respetar y preservar la laicidad de la escuela de la República. Sólo la neutralidad de la escuela puede asegurar el respeto de la libertad de conciencia de los alumnos, así como, el respeto de todo tipo de convicciones.

En relación con todo ello, a partir del trabajo desarrollado por Bernard Stasi, a propuesta de la Asamblea Nacional francesa, los partidos políticos, las autoridades religiosas, los representantes de las grandes corrientes de pensamiento, el Presidente de la República, ha tenido la ocasión de manifestar, en su discurso del 17 de diciembre de 2003, que está prohibido en todo tipo de centro educativo público, llevar símbolos religiosos manifiestamente ostensibles de pertenencia a una confesión religiosa.

Fruto de este debate se ha iniciado el estudio del Proyecto de Ley, que se ha incluido en el artículo L.141-5-1 del Código de educación de Francia, en el que se contiene la prohibición de llevar símbolos religiosos ostensibles en los centros educativos públicos franceses. Estos símbolos son: el velo islámico, la Kippa, o el crucifijo de dimensiones excesivas.

Por el contrario, los símbolos religiosos discretos de pertenencia a una determinada confesión religiosa están permitidos[2].

El presente estudio se va a ocupar de determinar si llevar símbolos religiosos ostensibles en los centros educativos públicos es compatible con el principio de laicidad consagrado como principio fundamental de la República francesa, Por ello, inicialmente nos ocuparemos de determinar el origen y la evolución del principio de laicidad en la sociedad francesa, seguidamente, trataremos de determinar el contenido del principio de laicidad, su crisis y su redefinición. A continuación nos ocuparemos de concretar si el llevar símbolos religiosos a las aulas cuestiona el principio de laicidad. Y por último realizaremos una conclusiones críticas en relación con las posiciones que se han adoptado en Francia en los últimos años en relación con la laicidad y su compatibilidad con los símbolos religiosos en las aulas.

I.- El Principio de laicidad en Francia

Si actualmente el hecho de que los alumnos lleven símbolos religiosos ostensibles a la escuela está cuestionada por parte de la sociedad francesa, el fundamento de esta idea reside en que se entiende que la misma ataca frontalmente los principios fundamentales de la República francesa, especialmente la laicidad. El Principio de laicidad es parte integrante del patrimonio de la sociedad francesa, que se ha construido a través de un largo camino, es la expresión de un principio fundamental y se ha trasladado al ordenamiento jurídico. En la actualidad, la laicidad es fruto del consenso de la sociedad francesa, con gran capacidad de adaptación a nuevas situaciones que se producen en la sociedad, a pesar de lo cual, podemos destacar que el llevar símbolos religiosos en los centros educativos públicos franceses puede considerarse como contrario a dicho principio.

1.- El principio de laicidad a través de la historia y en el ordenamiento jurídico

[2] Art. L. 141-5-1: "Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élevès manifestent ostensiblemente une appartenance religieuse est interdit": Este artículo se incluye en el Código de educación de Francia, tras el art. L. 141-5.

Qué supone la laicidad? La definición clásica de la laicidad podemos considerarla como un reenvío al carácter laico, lo que supone que no es ni eclesiástico ni religioso. Etimológicamente, laicidad designa el "*laos*", es decir, el pueblo considerado como un todo indivisible, lo que nos remite simultáneamente al principio de libertad y de igualdad.

1.1.- Fundamentos históricos de la laicidad

Si la laicidad, como forma de organización de una sociedad, puede considerarse como un fenómeno relativamente reciente, relacionado con el surgimiento del Estado-Nación, el principio de la distinción entre poder temporal y poder espiritual, el fundamento real del Principio de laicidad hunde sus raíces en un pasado lejano. El problema surge al mismo tiempo que el concepto de democracia, que trata de conciliar los dos tipos de poder, uno en la legitimidad del sufragio, y el otro directamente en lo sagrado.

1.1.1.- Fundamento teórico de la laicidad: de la laicidad sin libertad a la laicidad en tolerancia

Las guerras religiosas en Francia y la guerra civil inglesa suponen un movimiento de Reforma que constituye la bisagra que tratan de resolver el problema generado por parte del poder político que trata de emanciparse del poder religioso. Serán Bodin (1530-1596) y Hobbes (1588-1679) quienes reconocen las primeras vías para resolver el conflicto. El primer fundamento de la teoría mostrada por los autores señala que el Estado no puede estar limitado por las pretensiones religiosas, ni que el poder religioso no puede inmiscuirse en cuestiones públicas. De todo ello se desprende que la primera articulación de la teoría del Estado laico, en la filosofía moderna, supone que estamos en presencia de una laicidad sin libertad.

Posteriormente, Locke (1632-1704) supera la contradicción mostrada por los autores anteriores e introduce un nuevo concepto, la tolerancia, en el centro de su teoría. Su posición se inscribe en la lógica protestante, lo que supone que se abre una vía para el proceso de laicización, entendida como secularización, que es la propia de los países de tradición protestante.

Finalmente, Rousseau, en su obra, "*Contrato social*" (1762) va un poco más lejos. Entiende que el Estado es el instrumento que hace que los

ciudadanos logren sus fines, a través de la adhesión al contrato social, lo que supone que estamos en presencia de la expresión de la voluntad popular, sacando la noción de sagrado del poder político.

Así pues, la laicidad francesa es la heredera de esta concepción que rechaza que los grupos acuerden determinadas reglas específicas con el fin de evitar que la sociedad se desintegre. En la actualidad, el principio de laicidad francesa responde a esta exigencia que supone el mantenimiento de la unidad de la sociedad. Por ello, el pacto de laicidad tiene vocación de imponerse a todo ciudadano, lo que supone que, el Estado debe conjugar el principio de laicidad con la neutralidad y con el respeto al pluralismo.

El principio de laicidad, que se contiene en la Ley de 9 de diciembre de 1905, supone la separación del Estado y la Iglesia, que es lo que en la actualidad se aplica en la sociedad francesa.

1.1.2.- La etapa revolucionaria: el primer periodo de laicización en la sociedad francesa

Con la Revolución es cuando realmente el proceso de laicización adquiere verdaderamente fuerza en la sociedad francesa. Hasta ese momento, la sociedad francesa se presentaba como la hija mayor de la Iglesia. Esta concepción tiene sus raíces en la inconsciencia colectiva, que descansa en tres temas fundamentales: la etapa precedente de la conversión de Francia, las relaciones privilegiadas entre el rey y la Iglesia y la convicción de la elección del pueblo francés en Dios.

Con el movimiento revolucionario, Francia no se desvía de su vocación universalista, pero trata de que subsista su función misionera del evangelio católico, el mesianismo de la libertad y de los Derechos del Hombre. La Declaración Universal de los derechos del Hombre y del ciudadano de 24 de agosto de 1789, supone para Francia una declaración de derechos naturales, inalienables y sagrados para el hombre. Será a partir de 1791 cuando se consigue la laicización del estado civil y el matrimonio, hasta ese momento competencia o prerrogativa de la Iglesia católica, constituyéndose también, por primera vez la institución del

divorcio. El año 1794 Robespierre decreta la supresión de la confesionalidad del Estado, iniciándose un nuevo camino en el que se va a reconocer el pluralismo religioso y la neutralidad del Estado. El Código civil, por su parte, incluye la laicización del derecho de familia. La moral religiosa no será por más tiempo la guía oficial de la acción pública, aunque estará fuertemente impregnada de ella.

1.2.- La laicización en los centros escolares públicos

Los conflictos entre las dos posiciones que se encuentran en Francia, la que hace referencia a la que mantiene la fidelidad a la Iglesia católica, y la que deriva de la laicidad, se desarrollan a lo largo de todo el siglo XIX. Cada uno triunfará de forma alternativa hasta llegar al gran pacto de laicidad que se produce con la Ley de 1905. En este periodo, ocupa un lugar destacado el conflicto en el ámbito escolar, ya que en ella reside la formación de los ciudadanos.

Con el fin de lograr la laicización de la escuela de la República, durante todo el Siglo XIX se mantiene un fuerte debate entre la institución escolar de la Iglesia. Durante la primera mitad del Siglo XIX las autoridades de la República trataran de conciliar religión y libertad en el ámbito escolar.

La Ley de 28 de junio de 1833 sobre la instrucción en primaria, conocida como la Ley Guizot, refuerza la autonomía de la enseñanza primaria tratando de desgajarla de la tutela religiosa. La enseñanza moral y religiosa figura en la cúspide de las materias en las escuelas públicas, sometidas a la vigilancia de un comité local presidido por el alcalde y por representantes de las distintas confesiones y personas de cierta entidad dentro del municipio.

Por su parte, la Ley de 15 de marzo de 1850, señalada como Ley Falloux, refuerza todavía más el control de la Iglesia en el ámbito educativo. En cada colectivo de la administración escolar serán incluidos personas pertenecientes a la Iglesia. Así, en secundaria, los centros educativos privados son libres de determinar los órganos administrativos y el plan pedagógico.

Con la llegada de la III República se empieza a ver necesaria la separación de la influencia religiosa de los centros educativos. La forma-

ción de los ciudadanos se considera condición indispensable para que pueda asentarse la democracia, y así, el Ministro de educación, Jules Ferry, inicia la adaptación de los centros educativos a los principios de la República.

La primera laicización de la sociedad francesa se caracteriza por la fragmentación institucional, perdiendo la religión la vocación de totalitarismos que había mostrado hasta ese momento, reconociéndose la legitimidad social de la religión y el pluralismo de cultos reconocidos.

A partir de las negociaciones iniciadas por Bonaparte con el Papa se llega a la firma del Concordato de 15 de julio de 1801. Con ello, se restablece la unidad de la Iglesia católica en Francia, a pesar de lo cual, el culto católico no recupera su carácter de religión oficial. La Iglesia católica confirma la venta de sus bienes a cambio de un tratamiento ventajoso de los eclesiásticos. Se confirme al libertad de culto publico, teniendo como límite las reglas establecidas por la policía.

Así, Bonaparte une unilateralmente al Concordato algunos artículos que permiten la libertad religiosa y su ejercicio, solamente para los católicos y los protestantes, tratando así de ejercer un control estatal sobre ellos. Este reconocimiento de pluralidad de cultos será completado a través de un Decreto promulgado en marzo de 1808 en el que se reconoce, también, a los israelitas.

A pesar de todo lo que hemos señalado hasta este momento, continúa existiendo cierta ambigüedad. Así, el Código civil confirma la laicización del derecho de familia en contraposición a la existencia de determinadas materias que serán competencia del Derecho civil y del Derecho Canónico. La moral religiosa no será considerada oficialmente como guía de la acción de la República, aunque todavía sigue estando impregnada por ella. Por ello, se establece que, la Ley regula ciertas circunstancias aunque la religión las impregna a todas.

A partir de 1879 la Ley exige que cada uno de los Departamentos franceses instituya y mantenga un centro educativo. Esta Ley será completada a través de la Ley Camilla Sée, a través de la cual se crean los colegios e institutos de niñas, prohibiéndose la enseñanza religiosa en las mismas dentro del horario de clases. Eso sí, se permite que dentro del

centro educativo pueda procederse a la enseñanza religiosa por parte de un capellán.

1.2.1.- La ley de 28 de marzo de 1882 de enseñanza obligatoria

La Ley de 28 de marzo de 1882 contiene la obligación de la instrucción primaria, tanto para niños como para niñas, de 6 a 13 años. En los tres primeros artículos de la Ley se contienen determinadas cuestiones que hacen referencia a la laicización de la educación.

a) La enseñanza moral y cívica reemplaza la enseñanza religiosa.

b) Un día a la semana en el que no se imparte la enseñanza en el centro educativo, se deberá permitir que los alumnos sigan la enseñanza religiosa fuera del centro educativo.

c) La enseñanza religiosa será facultativa en los centros educativos privados.

Esta Ley será aplicada por parte del Gobierno con todo tipo de cautelas. Los nuevos programas de enseñanza moral mantienen cierta orientación espiritual, señalándose que al concluir las clases se puede invocar a Dios con el fin de no atacar frontalmente a los alumnos que profesan la religión mayoritaria.

En sintonía con esta posición se promulga una Circular con el fin de dar cumplimiento a la Ley de 28 de marzo de 1882, en la que se resuelve el tema relacionado con los crucifijos en las aulas. Por tanto, en base a la citada Circular, los crucifijos serán eliminados de los centros educativos.

1.2.2.- La Ley de 20 de octubre de 1886 sobre la organización de la enseñanza en primaria

Esta Ley constituye la segunda etapa de la laicización de la escuela, confiando a una persona exclusivamente laica la enseñanza religiosa en las escuelas públicas[3]. Esta Ley privilegia la conciliación en los centros

[3] L. 141-5 du Code de l´ Education, art. 17.

educativos y posibilita en los centros educativos privados, que serán completamente libres a la hora de determinar los métodos educativos que se van a aplicar en los mismos, respetando en todo momento la legislación promulgada por el Estado[4].

El acuerdo adoptado por las personas que propugnan la Ley de laicidad ha permitido que, como consecuencia de la firmeza de sus posiciones y la prudencia de sus actuaciones se aplique la ley sin generar conflictos.

Durante el año 1889 se inicia la ralentización del catolicismo en la República. En 1890 el Cardenal Lavigerie confirma la adhesión de la Iglesia al gobierno republicano. El Informe Dreyfus reaviva la división entre la Iglesia y el Estado que finaliza con la adopción de la Ley de 7 de julio de 1904, a través de la que se prohíbe la enseñanza a las Congregaciones, culmina esta fase con la ruptura de relaciones diplomáticas entre Francia y la Santa Sede el 30 de julio de 1904.

2.- La separación Iglesia-Estado

En este clima de tensión, se anuncia el proceso de separación Iglesia-Estado, lo que supone, en opinión de los católicos, un nuevo sistema de persecución. Se presentan dos proyectos que suponen una mayor vigilancia de la Iglesia por parte del Estado.

A pesar de clima generado en este momento, se promulga una nueva Ley muy distintas a la que se había planteado originariamente, nos estamos refiriendo a la Ley de Separación Iglesia-Estado de 1905.

2.1.- La Ley de 9 de diciembre de 1905 de separación Iglesia-Estado

Se elabora un nuevo texto que será dirigido por parte de Aristide Briand, responsable de la Comisión de la Cámara de Diputados. El texto es fruto del consenso aceptado por la mayoría de las partes implicadas, a pesar de no estar en la misma línea de la mayoría de su espectro político.

[4] L. 442-3, du Code de l´ Education, art. 35.

En su espíritu, la nueva Ley no debe suponer un problema para el ejercicio de los cultos, todo lo contrario, debe mostrarse susceptible de asegurar la pacificación de espíritus, con el fin de mostrar a la Iglesia que ellos también tienen la posibilidad de vivir arropada por el régimen estatal.

La redacción del art. 4º de la Ley es un fiel reflejo del equilibrio sutil que el legislador ha tratado de encontrar. Así, los edificios religiosos, que se convirtieron en la etapa precedente en propiedad pública, son puestos a disposición de las asociaciones representativas religiosas. Es por tanto un reflejo de la contradicción que se vive en esta época, en la que los edificios han pasado a ser propiedad del Estado, y al mismo tiempo, se permite el ejercicio de culto teniendo como límite siempre el respeto de las distintas confesiones religiosas.

La Ley de separación Iglesia-Estado se adopta el 9 de diciembre de 1905, asegurando la República la libertad de conciencia y garantizando el ejercicio libre de los distintos cultos, a pesar de lo cual se señala que no se pagaran salarios ni subvenciones a ningún colectivo religioso. Estamos pues, ante un sistema de reconocimiento de cultos, en el que subsiste un doble principio, el de neutralidad del Estado y el de reconocimiento del pluralismo.

A partir de este momento, las Iglesias adquieren un estatuto encuadrado dentro del Derecho privado, lo que supone que, tendrán que resolver sus problemas financieros a través de sus propios recursos. A pesar de ello, el Estado deja a su entera disposición (de la Iglesia) el patrimonio inmobiliario, aunque mantiene en todo momento la propiedad de los mismos, siendo los entes municipales los encargados de proceder al mantenimiento de todos los edificios religiosos. En esta Ley se prohíbe exponer símbolos religiosos en cualquier monumento público.

A pesar de todo lo que se ha señalado hasta este momento, podemos concluir que la aplicación de la Ley encontró graves dificultades. Cabe destacar que, los católicos consideraron un sacrilegio el hecho de que los bienes eclesiásticos fueran inventariados por parte de los distintos entes públicos. Finalmente, el año 1921 se retoman las relaciones diplomáticas entre Francia y la Santa Sede.

2.2.- El pacto laico o el umbral de la segunda laicidad

La promulgación de la Ley de 1905 es considerada por parte de los historiadores de ese periodo como el "pacto laico", que es el que se aplica todavía hoy día en Francia. Este pacto laico, en definitiva, fue impuesto por parte de los poderes públicos y supone el establecimiento de un modelo de equilibrio permanente entre las religiones y el poder político.

Este periodo fue calificado por Baubérot como el segundo umbral de la laicidad, cuyas características podemos destacar que fueron:

a) Una disociación institucional: jurídicamente, la religión se equipara a una asociación y su influencia en la sociedad no sobrepasa el role de intervención permitida por parte de sus propias estructuras.

b) Ausencia de legitimidad social institucional: los preceptos morales que derivan de los dogmas de la Iglesia no son ni impuestos ni perseguidos por parte de las poderes públicos.

c) La libertad de conciencia y de culto: ambas integran el ámbito de las libertades públicas, sin ningún tipo de distinción, existiendo libertad de manifestar cualquier tipo de culto, sin que exista preeminencia de culto alguno.

La laicidad se instaura en la sociedad francesa, con la única excepción del periodo del régimen de Vichy. Este principio de laicidad se contendrá en lo sucesivo en el propio texto constitucional. El Preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946 dispone que: "la organización de la enseñanza pública, gratuita y laica en todos los niveles educativos es un deber del Estado", y esto mismo consta en el artículo primero de la Constitución de 4 de octubre de 1958, en los siguientes términos: "Francia es una Republica indivisible, laica, democrática y social".

2.3.- La laicidad cuenta con ciertas especificidades en los centros docentes

La laicidad no puede extenderse de igual forma a todos los centros educativos en su conjunto ni a todo el territorio de la República. Como consecuencia de su especificación, el problema que se genera como consecuencia de llevar símbolos religiosos a los centros educativos no puede ser resuelto de la misma forma.

a) Colegios privados y libertad de enseñanza: como consecuencia de que el bloque constitucional no menciona expresamente la libertad de enseñanza, el Consejo Constitucional le ha concedido a este principio un valor constitucional en su Decisión de 23 de noviembre de 1977. El Consejo Constitucional funda su posición en el art. 91 de la Ley de 31 de marzo, que hace que la libertad de enseñanza se convierta en un principio fundamental reconocido por la Ley de la República.

A partir de 1886 la Ley que organiza la enseñanza escolar refuerza expresamente la posibilidad de una educación privada libre, considerando que esta es una condición indispensable que se desarrollo en paralelo de la laicidad en el ámbito educativo público.

La polémica que se genero a partir de 1945 en la enseñanza privada ha supuesto que la mayoría de la sociedad haya considerado que no corresponde al Estado laico proceder a la financiación de este sistema educativo cuando los centros son confesionales.

b) El nuevo régimen jurídico que surge de la Ley de 31 de diciembre de 1959. En la actualidad, el régimen jurídico de los centros educativos privados se regula a través de la Ley nº 59-1557, de 31 de diciembre, conocida como Ley Debré. La relación existente entre el Estado y los establecimiento de enseñanza privados supone que la legislación que regula estos centros se integra en el Código de educación.

En un principio, la Ley contó con la oposición de la jerarquía eclesiástica, quienes consideraban que eran independientes en el ámbito educativo. Esta Ley muestra la voluntad de conciliación que supone o permite la financiación pública de la enseñanza privada. Como contraprestación, el Estado se reserva el derecho a ejercitar el control de sus instituciones, lo que ha supuesto que existan numerosos centros educativos privados en Francia.

El control que realiza la administración sobre los centros docentes privados se realiza de forma diferente, teniendo como parámetro para el ejercicio de esta competencia de control, el nivel de financiación pública que recibe el centro educativo privado. El carácter confesional o no confesional del centro no constituye hoy día un criterio a la hora de determinar el tipo de control que se va a realizar. El derecho francés tiene en consideración este hecho a través de la noción de "carácter propio", al cual, el Consejo Constitucional le ha concedido un valor constitucional en su Decisión de 23 de noviembre de 1977.

Si el centro educativo privado no solicita ningún tipo de financiación pública (establecimiento fuera de control) la enseñanza que se va a dispensar en el mismo es libre, y sólo tendrá que respetar los siguientes parámetros: titulación exigida a los profesores, la obligación de escolarización, el respeto al orden público y las buenas costumbres y la prevención sanitaria y social[5].

En realidad, los centros educativos que se han decantado por este sistema son muy pocos. El régimen más común es aquel en el que los centros educativos han firmado acuerdos. La Ley tiene previstos dos tipos de contratos: a) el contrato simple, y, b) el contrato de asociación. En ambos casos, el centro educativo debe preparar a sus alumnos teniendo en consideración los programas de índole nacional y los profesores son reconocidos por el Estado teniendo en consideración los diplomas que ellos ostentan.

a) En el contrato simple: el centro se reserva un cierto grado de autonomía en la organización de la enseñanza, en la distribución de horarios y las materias que se van a impartir. El control del Estado se limita al ámbito pedagógico y financiero[6].

b) En el contrato asociativo: existe la obligación de perfilar la enseñanza que se imparte en estos centros a los de los centros públicos. En compensación, el Estado asegura el funcionamiento del centro en los mismos términos que los centros públicos. Sin embargo, esto no afecta al hecho de que estos centros docentes puedan tener estable-

[5] L- 442-2, du Code de L´Education nationale, art. 2.
[6] L. 442.2, du Códe de L´Education nationale, art. 5.

cido carácter propio, el cual podrá afectar tanto a las actividades exteriores, a las cuestiones pedagógicas, incluso puede llegar a tener carácter confesional.

Los directores de estos centros de enseñanza privada destacan la importancia que tiene para ellos el preservar el carácter propio del centro. Para ellos, dentro del carácter propio del centro educativo existe la posibilidad de manifestar su pertenencia a una confesión religiosa, incluso, dentro del centro escolar.

3.- Particularidades aplicadas en ciertos territorios de la República francesa

Existen determinadas regiones dentro de Francia en la que se ha reconocido la existencia de regímenes peculiares en el ámbito educativo.

Así Alsacia-Moselle, se benefició en el Antiguo régimen de una legislación especial en el ámbito religioso. El culto católico contó con un cierto grado de independencia del poder central. Los Luteranos e Israelitas tenían reconocido un estatuto particular que garantizaba el ejercicio libre del culto propio.

Tras el periodo Revolucionario, hostil a todas las Iglesias, los cultos serán restablecidos en Alsacia. Hasta 1871 Alsacia tendrá el mismo estatus cultural que en el resto de Regiones de Francia.

Tras la aprobación en 1905 de la Ley de Separación Iglesia-Estado, el mantenimiento del régimen precedente está en frontal contradicción con la legislación religiosa aplicable en el resto de Francia.

Será a través de la Circular de 15 de septiembre de 1945 cuando se restablece la legalidad republicana, aunque de forma provisional, de la etapa precedente, concretamente la que hace referencia a la etapa anterior a 1940. Esta legislación será definitivamente instaurada durante los años 50, resolviéndose todas las cuestiones que hacen referencia a los centros privados confesionales, siendo una legislación que afectará a todo el territorio francés.

El régimen de Derecho local estará profundamente enraizada en la sociedad de Alsacia. Por su parte, el régimen que se aplica en los centros

educativos públicos está dominado por el régimen concordatario, concretamente el que hace referencia al Concordato de 1801, el cual, no hace referencia en ningún momento a materias que guardan relación con la educación. Se aplicará durante este periodo el Derecho local, que en realidad es próximo al que se estableció a través de la Ley Falloux de 1850, cuyas peculiaridades desarrollaremos posteriormente.

La enseñanza religiosa será de impartición obligatoria para el centro educativo público en relación con cuatro confesiones (católica, luterana, calvinista e israelita) y el seguimiento de las mismas será obligatoria para los alumnos, a no ser que la misma sea dispensada por parte del director del centro a solicitud de los padres o tutores. En este último caso, es decir, que los alumnos cuenten con la citada dispensa para asistir a las clases de religión, deberá asistir de forma obligatoria a las enseñanzas de moral.

Otros territorios franceses con estatuto particular:

Podemos destacar entre otros, la Guayana, que estuvo excluido en todo el territorio la aplicación de lo establecido en la Ley de 1905 de separación Iglesia-Estado. Se mantuvo el régimen concordatario, confirmándose, al igual que ocurría en Alsacia la enseñanza religiosa en los centros educativos públicos y su financiación por parte del Estado.

En relación al régimen que se aplicó en los territorios de ultramar, Wallis-et-Fortuna, así como, la Polinesia francesa es sui generis, aplicándoseles en base a lo que establecía en base al principio de especialidad legislativa recogida en el art. 74 de la Constitución. En base a este principio, la legislación que se aplicaría en esta zona podía diferir de la normativa que se aplicaba en el resto del territorio francés.

Según se señalaba en la Ley nº 58-959, de 11 de junio de 1985, relativa al estatuto del archipiélago de Saint-Pierre-et-Miquelon, el derecho sería aplicado a todas las colectividades de esta zona en base al principio de asimilación. La normativa en el ámbito educativo se aplicarán de la misma forma que en el resto del territorio francés, en base a las reglas de la laicidad.

Por lo que concierne a la Polinesia francesa se aplicará, en base al principio de laicidad en el ámbito educativo, toda la legislación que se aplica en territorio francés. A pesar de lo cual, se establece en la legislación determinadas especificidades, concretamente se señala que, en la etapa de preescolar y educación elemental, siempre que estemos en centros educativos públicos, la organización del calendario escolar no puede obstaculizar la posibilidad de que los padres que lo deseen tengan un periodo de tiempo suficiente para que sus hijos reciban enseñanza religiosa fuera del centro escolar y del horario escolar.

La misma normativa se aplica en Nueva Caledonia, aunque existen ciertas particularidades que derivan del estatuto especial que corresponde al archipiélago. Teniendo en consideración lo que se establece en la Ley nº99-209, de 19 de marzo, de 1999, la educación primaria pública deja en manos del Congreso territorial la posibilidad de adaptar los programas educativos en relación con las singularidades culturales y lingüísticas que le son propias. La enseñanza primaria en centros privados y públicos de segundo grado son competencia del Estado hasta que se proceda a transferir esta competencia a la Nueva Caledonia durante los años 2004-2009.

En la Polinesia francesa, según se señala en la Ley de 30 de octubre de 1886, la enseñanza primaria es competencia exclusiva del personal laico. Pero este principio no se aplica en realidad, ya que, se entiende que la enseñanza pública fue objeto de una concesión del Estado a la congregación católica de los padres de Saint Marie. Todo ello supone una doble derogación, por una parte, del principio de laicidad en el ámbito educativo, y por otra, el Estado asume el coste de la educación, a pesar de que se imparta siguiendo los criterios y principios religiosos.

II.- La laicidad francesa, un modelo original a confirmar

La originalidad del modelo francés de laicidad tiene por fundamento el absolutismo de su construcción jurídica y la singularidad de su concepción histórica, todo ello le ha concedido un simbolismo evidente y ha llegado a constituirse en algo indisociable de la existencia de la propia República. Por ello, puede afirmarse que la República y la laicidad se integran y que la laicidad ha contribuido a la afirmación de la propia República.

1.- El modelo francés de laicidad. ¿La laicidad francesa: un modelo original?

A pesar de lo que en principio puede parecer, Francia no fue el primer país en el que se desarrolló la laicidad. En Gran Bretaña, la Ley Foster de 1870 introdujo el no sectarismo, acogiendo a alumnos de distintas confesiones. La enseñanza estará dirigida por un profesor independiente de cualquier credo e inspirado en principios morales y religiosos suficientemente generales como para no herir la sensibilidad de los alumnos. En Alemania, a partir de 1871 se inicia un principio de laicización en el ámbito educativo de los centros católicos, reforzándose el control del Estado sobre la jerarquía católica, como consecuencia de la voluntad política de quebrantar la influencia de las corrientes del centro que eran próximas a los católicos.

En Italia, la enseñanza religiosa no se constituye en materia obligatoria en la etapa de primaria en el año 1877, pero esta medida fue aplicada de forma muy dispar en el país.

1.1.- La influencia extranjera

Las grandes leyes del ámbito educativo de la III República son precedidas, en muchos países europeos, de legislaciones que tratan de separar de las escuelas la influencia de la religión. La Ley francesa de 23 de marzo de 1882 sobre enseñanza obligatoria, y la Ley de 30 de octubre de 1886, sobre la enseñanza primaria, son influencia de la Ley Van Humbeck adoptada por parte del Parlamento Belga el año 1879. Esta Ley que trataba de laicizar a los profesores, además de sustituir la enseñanza religiosa por la enseñanza moral y de que la enseñanza del catecismo fuera impartido fuera del horario y de los centros educativos.

La dificultad de aplicar esta normativa supuso que el legislador francés pospusiera hasta 1886 la laicización competa de la enseñanza en los centros educativos públicos, finalmente adoptará una legislación muy próxima a la que se adoptó en Bélgica.

Será el modelo americano que se desarrolla a lo largo de todo el siglo XIX la referencia indispensable que sirve de base a los partisanos franceses para desarrollar la separación entre la Iglesia y el Estado. Así, en la redacción de la Ley de 9 de diciembre de 1905 (art. 4º) se recogerá la

contradicción entre la apropiación por parte del Estado francés de los edificios de la Iglesia, y la libertad de culto, todo ello se inspira en el modelo legislativo americano.

A pesar de ello, la separación Iglesia-Estado en Francia y en Estado Unidos no puede ser entendida de igual forma. La tradición protestante americana ha permitido que se desarrolle un consenso moral y religioso aconfesional, separando a las confesiones religiosas del poder el presidente.

1.2.- Un modelo único en su género: el caso de la enseñanza religiosa

La laicidad en Francia ha seguido un camino singular. Un estudio realizado por parte del Ministerio de Asuntos Exteriores sobre la enseñanza religiosa en los centros educativos de los 15 países de la Unión europea refuerza la idea de la singularidad del modelo francés.

Francia es el país europeo que no incluye la enseñanza religiosa en los centros educativos públicos. La República Checa y Hungría, estados laicos también, que presentan singularidades similares a Francia, permiten que el Ministro de culto intervenga en distintos niveles educativos impartiendo sus propias enseñanzas, siempre que los soliciten los padres de los alumnos. El sistema francés, por lo tanto, no incluye en el cuadro de estudios de los centros educativos públicos al mismo nivel que el resto de materias de estudio, es un modelo único en Europa.

La mayoría de los países europeos imparten enseñanza religiosa no catequista en el horario de cada curso escolar. Estas enseñanzas son impartidas por parte de profesores laicos, en colaboración con los Ministros de culto de las respectivas confesiones religiosas.

En Suecia, Finlandia y Gran Bretaña, la asignatura de religión es obligatoria para los alumnos, y en Gran Bretaña, además, no existe ninguna asignatura sustitutoria cuando el alumno decide no asistir a las enseñanzas religiosas impartidas en el centro educativo. En el resto de países la asignatura de religión es optativa para los alumnos.

La asignatura de religión no catequista puede desarrollarse de distintas formas, teniendo como punto de referencia alguno de las siguientes características:

a) característica cultural: tiene en consideración los aspectos sociológicos y artísticos de las distintas religiones, este modelo se desarrolla en Suecia y Bulgaria.

b) característica étnica: está orientada a las enseñanzas morales de los distintas confesiones, especialmente a materias que conciernen a los debates que se producen en la sociedad. Este modelo se sigue en Italia, Dinamarca, Gran Bretaña y Austria.

c) característica identitaria: este modelo se desarrolla en los países en los que se instauró el modelo de Iglesias del Estado o donde la religión tiene la consideración de pertenencia nacional, modelo desarrollado en Grecia.

La enseñanza de la religión desde una vertiente catequista se ha desarrollado en las escuelas públicas de Luxemburgo. En este país se reconoce la utilidad social y publica del culto católico, judío, ortodoxo y protestante, al igual que ocurre en los países laicos, como Bélgica o Portugal, o se practica la separación Iglesia-Estado como en España o Suecia. Este modelo deriva de la conciencia social que se tiene en la sociedad en relación con el tema religioso. Se general a pesar de todo importantes debates en la sociedad que producen importantes problemas a la administración escolar en relación a los programas que se imparten, la financiación de los cursos y la elección de los profesores que van a impartir estas asignaturas.

Además, consideramos necesario destacar que, algunos países asumen la enseñanza religiosa adaptada especialmente a los alumnos que profesan religiones minoritarias. La legitimidad de estas enseñanzas es discutida por la sociedad, a no ser que estemos en países en los que se han instaurado las Iglesias del Estado. Como caso peculiar consideramos necesario señalar que, en Dinamarca, en los colegios públicos se garantiza la enseñanza de la religión musulmana orientada al estudio del Corán.

Todas estas diferencias que hemos resaltado en relación con la enseñanza de la religión en los centros educativos son el resultado o podemos decir también que, guardan estrecha relación con el tipo de laicidad que adopta cada uno de los Estados.

3.- La laicidad multiforme: los ejemplos extranjeros

Como introducción al desarrollo que se ha producido en relación con la laicidad, consideramos que es importante destacar que la laicidad en sentido estricto, entendido como el respeto por parte del Estado de la libertad religiosa y de los derechos fundamentales de la persona, está ausente en la mayoría de los países del mundo. El principio de laicidad entendido en estos términos es propio de los países en los que se instauran regímenes democráticos.

1.3.1.- La diversidad de modelos europeos

En Europa la postura que ha adoptado cada uno de los países en relación con la laicidad se ha desarrollado siguiendo distintos parámetros. Así François Champion, investigador y miembro del grupo de sociología de las religiones y de la laicidad del Centro Nacional de Investigaciones Científicas ha señalado que existe una doble tipología, la que hace referencia a la laicización y la que se refiere a la secularización.

Por lo que concierne a la laicización, incluye en concurrencia al Estado y a una Iglesia como globalizante. Este modelo es propio de los países católicos. El modelo francés se constituye en arquetipo del modelo de laicización.

En cuanto a la secularización, supone una separación de la sociedad y de la Iglesia, modelo que se desarrolla en los países protestantes.

Consideramos necesario añadir a los dos modelos señalados anteriormente el supuesto de los países multiconfesionales y los países en los que la identidad religiosa es inseparable de la identidad nacional.

El estudio del funcionamiento de cada uno de los países que hemos señalado en las distintas categorías tiene su fuente de inspiración, a la

hora de adoptar una postura en relación con la laicidad, con las condiciones históricas que se han vivido en cada uno de los países.

Así, cinco países europeos han seguido un proceso de laicización similar al de Francia, en todos ellos se ha producido una separación entre la Iglesia y el Estado y la misma se ha producido de forma nítida.

En Bélgica, la Constitución de 3 de noviembre de 1830, que fue el resultado de un compromiso entre los católicos y los liberales, garantiza la libertad religiosa y la libertad de conciencia. Se garantiza, así también, la independencia de cultos. Se ocupa el Estado de las pensiones de los Ministros de culto y de las delegaciones que se ocupan de ofrecer asistencia moral pero desde una vertiente filosófica no confesional. Por ello, podemos considerar que Bélgica puede considerarse como un país adscrito al reconocimiento de cultos. Se reconocen en la actualidad seis cultos: católico, protestante, israelita, anglicano, islámico y ortodoxos. Como la Constitución no contiene ningún criterio, corresponde al Parlamento el reconocimiento de cada uno de los cultos de forma discrecional. De la misma forma, las organizaciones laicas son reconocidas en igualdad de estatus con las organizaciones religiosas.

En España, la Constitución garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades, aunque se señala que, ninguna confesión religiosa tendrá carácter estatal. A pesar de ello, la Iglesia católica se beneficia de una posición privilegiada. Así se señala en el art. 16.3º de la Constitución: "Los poderes públicos mantendrán relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones religiosas". Así también, la Constitución garantiza el derecho que ostentan los padres de elegir la enseñanza religiosa para sus hijos, tanto en los centros educativos públicos como privados.

En Italia la situación es más compleja. Los Acuerdos de Letran de 1929 que fueron firmados por Mussolini y el Papa la religión católica se constituye en la religión del Estado. Como consecuencia de este Acuerdo, la Constitución de 1948 reconoce la libertad religiosa y la independencia del Estado en relación con la Iglesia católica. El año 1971 la Corte Constitucional reconoce que son prioritarias las normas constitucionales en detrimento de las normas concordatarias. A partir del año 1984 la cuestión queda clarificada como consecuencia de la firma de un nuevo

Acuerdo entre el Estado Italiano y el Vaticano. La Constitución señala que, la modificación de los pactos que puedan realizarse entre las dos Instituciones y que son aceptadas por ambas partes no exigen ningún nuevo procedimiento de reforma constitucional. La relación entre el Estado italiano y las confesiones religiosas se fijarán a través de leyes que serán acordadas por los representantes de ambas partes.

En la República de Turquía, tras la salida del sistema comunista, como consecuencia de la Carta de Derechos de Humanos y de las Libertades Fundamentales, que se integra en el bloque de constitucionalidad de su ordenamiento, se llega a garantizar la separación estricta entre el Estado y la Iglesia. A pesar de lo cual, durante los últimos años, el Estado se ha visto obligado a promulgar una Ley que permita la financiación estatal de las 21 iglesias principales que existen en la actualidad en el país.

En Bulgaria el texto constitucional confirma el principio de separación de la Iglesia y el Estado, aunque reconoce al mismo tiempo el valor tradicional del culto ortodoxo. Tanto es así que, la jerarquía ortodoxa toma parte en todos los eventos de índole nacional. Esta ambigüedad es consecuencia del mantenimiento de la Ley de 1949 sobre la libertad de cultos que concede al Consejo de los Ministros de culto la competencia en el ámbito de la dirección de los cultos.

Por lo que concierne a los países protestantes, tanto Gran Bretaña como Dinamarca se incardinan en el modelo de separación.

En Gran Bretaña, la Reina es la máxima autoridad de la Iglesia anglicana y nombra a los miembros más destacados de la misma. La participación de los representantes de la Iglesia en los debates religiosos ha sido una constante. A pesar de ello, la libertad religiosa ha sido reconocida a todas las confesiones desde el siglo XIX y la Ley sobre la blasfemia que tuvo su origen exclusivamente en relación con la Iglesia anglicana se ha extendido al resto de confesiones a excepción del Islán.

En Dinamarca, no existe separación Iglesia-Estado. La Constitución de 1953 señala al efecto que: "La Iglesia evangélica-luterana es la iglesia del Estado danés y tiene como tal la protección del Estado". Como consecuencia de todo ello, se considera que es un servicio público más

del propio Estado. Los miembros del clero tienen el estatuto de funcionarios. Los impuestos religiosos son cobrados por el Estado y los ciudadanos estarán dispensados del pago de los mismos siempre que realicen una declaración de no pertenencia a ninguna confesión. La libertad religiosa es reconocida por el propio texto constitucional. En la actualidad, Dinamarca tiene reconocidos 11 cultos que se benefician de ciertas ventajas fiscales.

El modelo multiconfesional se reconoce en países como Alemania o Países Bajos, en éstos países el pluralismo confesional les ha llevado a adoptar un modelo singular, aunque ninguna confesión religiosa es realmente dominante en relación con las demás.

En los Países Bajos el Calvinismo se constituye en la base de la unidad nacional tras la formación de las Provincias unidad, como reacción a la tutela del catolicismo español. Durante los Siglos XVII y XVIII existen múltiples confesiones religiosas que hacen presumir que existe pluralismo hasta que un siglo después los problemas que se generan en el ámbito escolar reactiva aún más la división. A partir de este momento, los Países Bajos reconocen la libertad religiosa de todas las regiones, constituyéndose en el modelo de organización de su sociedad.

En Alemania, el Preámbulo de la Ley Fundamental hace una referencia expresa a Dios. La Iglesia cuenta con total autonomía a la hora de su organización en base al acuerdo adoptado por cada uno de sus Estado Federales, Länders. Cabe destacar que, las confesiones religiosas se encuentran totalmente integradas en la vida pública y poseen gran influencia.

En Grecia e Irlanda la religión se ha constituido en la base de su identidad nacional, enfrentándose con ello a las pretensiones imperialista del país invasor. Los griegos se unen con la religión ortodoxa como forma de enfrentarse a la Turquía musulmana, y al catolicismo los irlandeses como oposición a la fe protestante que tienen los Británicos.

Así en Grecia la Iglesia ortodoxa se constituye en Iglesia del Estado, a pesar de que el texto constitucional no le reconoce esta posición dominante. Los miembros de la confesión religiosa son funcionarios del

Estado, y los ministros ortodoxos serán miembros obligatorios en determinadas instituciones como en la armada. La Constitución prohíbe el proselitismo. Siguiendo con las ambigüedades del sistema, el texto Constitucional reconoce la libertad religiosa entendida como la posibilidad de practicar el culto que cada uno de los ciudadanos elija libremente, pero la Ley reserva a los clérigos ortodoxos el ejercicio de veto sobre todas las edificaciones de culto.

En Irlanda la Iglesia católica se constituye como guardiana de la fe que profesan la mayoría de los ciudadanos. Por ello, se le concede una posición especial que fue suprimida por la Constitución de 1972. La Iglesia católica es omnipresente en el ámbito de la moral familiar y sexual, es por lo que el divorcio no está permitido hoy día en Irlanda.

Todas estas muestras de las distintas formas de laicidad que hemos desarrollado como integrantes de los distintos países europeos muestran la singularidad del modelo francés que es el único que impone la separación total entre la Iglesia y el Estado.

1.3.2.- La influencia de los modelos europeos en la actitud que adopta cada uno de los Estados ante el problema de los símbolos religiosos en la escuela

En la mayoría de los países europeos se enfrentan al problema de los símbolos religiosos en las aulas de forma distinta. Ello es consecuencia de la diversidad de laicidad que adopta cada uno de estos países, lo que supone que, afrontan el tema de llevar símbolos religiosos por parte de los alumnos en las aulas teniendo en consideración distintas metodologías y fundamentos. Así se ha constatado en un estudio que se realizó a solicitud del Ministerio de Asuntos Exteriores de Francia.

En los países en los que la sociedad está estructurada en el modelo multicultural, a modo de ejemplo podemos citar Gran Bretaña y los Países Bajos, se autoriza llevar símbolos religiosos en las escuelas. Efectivamente, el sistema comunitarista no es considerado como un peligro sino como una forma normal de organización de la sociedad.

En los países que tienen una identidad religiosa fuerte, entendida esta como indisoluble del Estado, como puede ser Grecia, las manifestaciones de pertenencia a una confesión religiosa que no sea la que tiene el Estado es considerado como una expresión de proselitismo.

En Italia y en Austria, países en los que existe un régimen favorable en relación con una determinada religión, la sociedad tolera que se lleven símbolos religiosos de pertenencia a cualquier religión minoritaria, en la medida en la que la sociedad está acostumbrada a enfrentarse a manifestaciones de la fe dominante en el país.

De hecho podemos destacar que, el modelo francés es distinto a todos los países que hemos señalado hasta este momento. Francia es el único país europeo que tiene una normativa propia en relación con llevar símbolos religiosos por parte de los alumnos en las aulas. Este hecho tiene su fundamento en la adopción por parte del Estado, hace muchos años, de la medida que procedía a la separación de la Iglesia y del Estado.

Hoy día podemos destacar que el tema de llevar símbolos religiosos en la aulas es un tema que está siendo debatido en la sociedad, y se han dado determinadas soluciones por parte de la Jurisprudencia con el fin de conciliar la libertad religiosa con la neutralidad de los servicios públicos.

Podemos señalar el caso de Alemania, país multiconfesional, en el que la forma de organización de las relacionan entre el Estado y la Iglesia es interesante. Con el fin de determinar si llevar el velo islámico por parte de una profesora es compatible con la neutralidad del Estado, la Corte Constitucional Federal de Karlsruhe, en su decisión de 24 de septiembre de 2003, considero que este comportamiento estaba prohibido para el Lander de Bade-Wutembert. La decisión fue apelada y el Juez de apelación considero que no debía entrar en el fondo del asunto, como consecuencia de que no existía base legal para pronunciarse. A pesar de ello, la Corte de apelación señalo expresamente que: "los cambios que se están produciendo en la sociedad, acompañadas del pluralismo religioso existente hoy día en nuestro entorno, puede llevar al legislador a redefinir la calificación de expresiones religiosas que pueden ser consideradas como lícitas dentro de los centros educativos".

El panorama que hemos descrito estaría incompleto si no hiciéramos referencia a Turquía. Este país que se manifiesta claramente confesional musulmán, miembro del Consejo de Europa y candidato a la entrada en la Unión Europea, tiene prohibido expresamente a través de la Ley que los alumnos lleven símbolos religiosos a las aulas. La laicidad que rige como principio en este Estado prohíbe llevar velos fuera de los lugares de culto y de las ceremonias religiosas desde que se promulgó la Ley de 13 de diciembre de 1934. Esta decisión tan drástica es, al igual que ocurre en Francia, el resultado de los fuertes debates que han existido en Turquía en relación con la laicidad desde que llegaron los moderados al poder. A pesar de lo que acabamos de señalar, el día 8 de febrero de 2008 el Parlamento ha adoptado la decisión de que las mujeres pueden ir con el velo islámico a las Universidades. Consideramos que en la actualidad tras haber adoptado esta decisión la sociedad está muy dividida. Muestra evidente de ello son las manifestaciones multitudinarias que se han desarrollado en todo el país los últimos días.

2.- El debate en relación con el fenómeno religioso en el Proyecto de la Constitución europea

La multiplicidad de modelos de relación Iglesia-Estado que se producen en los distintos países de la Unión Europea ha evidenciado el problema de la actitud que se ha de adoptar en relación con el fenómeno religioso en el Proyecto de Constitución europea que se está elaborando.

El punto central del debate reside en relación con la cuestión siguiente: ¿El Proyecto de Constitución europea debe hacer referencia expresa al fenómeno religioso? En muchos países, sobre todo aquellos que se encuentran al sur de Europa y los países candidatos a la entrada en la Unión, como por ejemplo Polonia, defiende una posición en la que consideran que en el texto constitucional se debe hacer referencia a los fundamentos cristianos de la civilización occidental, claramente esta posición está en contradicción con la apuesta que realiza Francia que trata de proteger la laicidad que es una de las característica de su sociedad.

Pero hemos de decir que no estamos ante un nuevo debate, ya que, en la Convención anterior en la que se trataba de elaborar una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta que fue proclamada solemnemente en el Consejo Europeo de Niza de 2000, las autoridades francesas presentes en la misma, manifestaron su rechazo a explicitar cualquier manifestación expresa en el texto que hiciera referencia a la herencia religiosa de Europa, consideraban que esta mención era irreconciliable con el principio de laicidad de Francia recogida en el propio texto constitucional francés. Finalmente se llego a un consenso a través del cual se sustituyo el término "herencia religiosa" por el término más neutro de "patrimonio espiritual".

2.1.- Los términos a debate en el seno de la Convención

La polémica surge con mayor virulencia en el seno de la Convención cuando los países de la Unión encomiendan a esta institución la propuesta de una nueva Constitución para la Unión Europea.

Las distintas propuestas que realizan los distintos Estados podemos reagruparlas en tres categorías:

a) la de los defensores de los valores cristianos de Europa.
b) la de los defensores de la herencia religiosa,
c) la de los defensores de un concepto estricto del principio de laicidad.

Rápidamente se llega a un primer consenso, el que hace referencia a que la posición que defiende la herencia religiosa de Europa no puede prosperar. Esta posición defendida principalmente por Polonia y Lituania, ambos candidatos a ingresar en la Unión (año 2001) está muy limitada como consecuencia de la pluralidad de religiones que se practican en los distintos países pertenecientes a la Unión. En este sentido, el Presidente de la Comunidad, Romano Prodi, señala que la Comunidad Europea no tiene vocación de convertirse en una comunidad de creyentes.

La otra propuesta, la que se refiere a los valores cristianos de Europa suscitó vivas polémicas. El Diputado europeo M. Joachim Wuermeling, solicitó que se incluyera una referencia expresa a Dios y a la herencia

religiosa de la Unión en el texto. Además, siguió manteniendo su posición subrayando que la contribución del cristianismo a la historia de Europa ha sido una realidad y no una opinión.

Existieron, también, distintas propuestas que defendían una concepción estricta del principio de laicidad. Tres miembros de la Comisión española plantearon una propuesta el 26 de febrero de 2003, a la que se opusieron 163 miembros del Parlamento europeo. Dicha propuesta contenía la siguiente redacción:

> "Que debía respetarse los principios de libertad religiosa y de laicidad del Estado en la futura Constitución Europea".

En esta propuesta, los firmantes afirmaban que: "Los principios de laicidad del Estado y de la Iglesia, la igualdad y no discriminación de los ciudadanos, y la separación de la Iglesia y el Estado, son la base de la Democracia y del Estado de Derecho, y solicitaban que, no se haga ninguna referencia directa o indirecta a religión o creencia religiosa alguna".

Dos representantes franceses tratan de que prosperen sus posiciones. M. Jacques Floch, Diputado y miembro suplente de la Convención, se opuso a toda referencia expresa al fenómeno religioso y planteaba que en el texto constitucional se reconociera expresamente la laicidad. También M. Hubert Haenel, representante del Senado en la Convención planteó una nueva propuesta consensuada en la que se afirmaba que: "Se admitirá en su pluralismo, la dimensión religiosa como herencia europea que puede constituirse en uno de los aspectos del modelo europeo de laicidad, consecuencia de la separación Iglesia-Estado, garantía de la libertad de conciencia, y que, el reconocimiento del fenómeno religioso puede ser el cauce a través del cual se favorece el diálogo, el respeto mutuo y el esfuerzo por el reconocimiento recíproco".

2.2.- La disposición de compromiso contenido por la Convención

Será finalmente el modelo de compromiso el que prospera y que se contendrá en el Preámbulo de la Constitución por parte de M. Valery Giscard D` Estaing, presidente de la Convención, en la reunión que se celebró en Tesalónica el 20 de junio de 2003.

El texto final hace referencia a la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, se constituyen como valores de la Unión que se consideran patrimonio de la misma, y que ostentan en la sociedad la función fundamental de la persona humana y de sus derechos inviolables e inalterables, así como, el respeto al Derecho.

En un primer momento, el Preámbulo del texto menciona expresamente que las civilizaciones helenísticas y romanas, así como, las corrientes filosóficas del iluminismo, se enorgullecen de la alusión a la religión, y sobre todo a la religión cristiana, son expresión del camino recorrido por Europa. Con la propuesta planteada en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión el texto es integrado en la Constitución.

Afortunadamente el ar. 1-2 en el que se contienen los Valores de la Unión no se hace referencia expresa alguna a la religión. Esta posición tiene su fundamento en el hecho de que los valores religiosos no constituyen un elemento que integra a la mayoría de los países pertenecientes a la Unión, y que, la inclusión de algunos valores que no son compartidos por algunos países podía ser causa suficiente para que se quedara fuera de la Unión.

Por su parte, el art. I-51 que hace referencia al estatuto de las Iglesias y de las organizaciones no confesionales. Señala que la Unión "respetará y no prejuzgara el estatuto beneficioso que puedan tener algunas Iglesias o Confesiones religiosas como consecuencia de que dicho reconocimiento derive de la legislación de alguno de los Estados miembros". Continúa señalando que: "se reconoce la identidad y la contribución específica de estas Iglesias a los Estados y se mantendrá un diálogo abierto con las Iglesias y demás organizaciones".

Finalmente la redacción final se constituyó en una vía intermedia entre todas las propuestas que fueron planteadas por parte de los distintos Estados. A pesar de ello, consideramos necesario señalar que, la reafirmación de la laicidad es necesaria en una etapa en la que bajo ese pretexto, las Iglesias trataban de tener una posición de preeminencia en uno de las Instituciones más importantes del mundo.

3.- El modelo de laicidad en crisis

Podemos destacar que dos elementos han contribuido durante los últimos años a flexibilizar y a hacer comprensible el principio de laicidad. Por una parte, la integración dentro del pacto de laicidad de una religión que no fue inicialmente tenida en consideración, y de la otra, la evolución que ha desarrollado la propia sociedad que modifica el proyecto de laicidad como consecuencia del individualismo y de la reivindicación del derecho a la diferencia.

3.1.- La adhesión del Islam al pacto laico

Hoy en Francia el Islán es la segunda religión, justo detrás de la religión católica. Claramente el Islam, como consecuencia de justificaciones históricas evidentes, no se incluyó en el pacto de laicidad de 1905. Este hecho ha provocado que algunos ciudadanos que profesan la confesión musulmana se sientan excluidos de la República.

La crisis económica y social de los años 80 ha afectado especialmente al colectivo musulmán y ha contribuido a que tengan la idea de que el proyecto republicano de integración es una ficción evidente que no les afecta.

La cuestión que hace referencia a los lugares de culto ha alimentado aún más la incomprensión. En virtud de la Ley de 9 de diciembre de 1905, se ha establecido que el Estado no asume ni el salario de los Ministros confesionales ni subvenciona ningún culto, además, los entes locales han considerado que el mantenimiento de los lugares de culto es una materia que queda en manos de las propias Iglesias. El Islán se ve obligado a contribuir personalmente la construcción de sus mezquitas como consecuencia de su implantación tardía. Este hecho es considerado por parte de los musulmanes como una situación de desigualdad y que no se respeta el principio de igualdad en relación con otras confesiones religiosas.

Todo ello ha supuesto que la unanimidad de los representantes musulmanes hayan declarado su adhesión a los principios de la Ley de 1905 y su voluntad de respetar el elenco de derechos que en ella se contienen.

Se ha constituido recientemente el Consejo Francés de Culto musulmán (CFCM) con el fin de ofrecer un interlocutor privilegiado al Estado. Este hecho se ha considerado que se constituye en un avance en la comprensión mutua entre el Estado y el mundo islámico.

A pesar de todo, los musulmanes entienden que en el ámbito de la laicidad falta entendimiento, sobre todo en el momento en el que consideran que no se respeta la libertad de expresión religiosa en las escuelas como consecuencia de que no se permite llevar símbolos religiosos. Consideran que se sobrepasa la línea entre la licitud e ilicitud en esta materia.

3.2.- El intento de una redefinición de la laicidad a la francesa

La mayoría de los ciudadanos franceses consideran que es posible adherirse a los principios consagrados en la Ley de 1905. A pesar de lo cual, entienden que es necesario proceder a una modificación del contenido del principio de laicidad. Entienden que hoy día no tiene sentido que se mantenga el contenido que tuvo en sus orígenes.

La neutralidad de los servicios públicos que informa esta legislación es criticada por aquellas personas que consideran que no se respeta que puedan llevar determinadas indumentarias a sus puestos de trabajo, o, de aquellos que propugnan que en determinados lugares públicos, como por ejemplo las piscinas públicas, tengan un horario distinto para los hombres y las mujeres.

Se considera que en este momento se ha producido un fenómeno curioso, la religión se ha privatizado y la sociedad se ha separado del Estado. La prioridad ya no se constituye en el ejercicio de los derechos de los ciudadanos para lograr el interés común, así, la garantía de los derechos individuales se corresponde con una tercera fase del principio de laicidad. Estamos en presencia de un individualismo excesivo que hace más difícil todavía la cohesión social.

Por ello, se entiende que se abre una nueva vía que ciertos colectivos denominan "nueva laicidad" en la que el pluralismo tomará la delantera a la neutralidad del Estado. La laicidad en esta etapa no será considerada como un principio emancipador. El derecho a la diferencia ha avanzado

sobre el interés general. La afirmación de una identidad singular se confirma y es parte integrante de la identidad singular de cada ciudadano. Por ello, el ciudadano debe ser admitido en los espacios públicos como representante de su singularidad y no como ciudadano desprovisto de toda seña de identidad.

La situación que se vive hoy día en Francia es más próxima a la secularización de los países protestantes. La laicidad francesa es consecuencia de la aplicación de una regla común, la condición de vivir juntos y de la cohesión de la propia República.

Esta es la consecuencia de la ruptura del equilibrio que se produjo tras la promulgación de la Ley de 1905, esta Ley es fruto del pacto social francés que se ha desarrollado a lo largo de dos siglos.

4.- La reafirmación de la laicidad como ideal de integración

La crisis que atraviesa hoy día la laicidad en Francia no puede debilitar el modelo republicano. La dificultad se encuentra más que en considerar la laicidad como un principio en afirmar como elemento integrante de la República.

De acuerdo a la tradición de Francia, los centros escolares deben ser un lugar privilegiado y de reafirmación de los principios que rigen la sociedad. Es el lugar en el que se desarrolla el aprendizaje de la vida en sociedad. La escuela debe enseñar los valores universales y favorecer el espíritu crítico de los alumnos. Si se favorece la diversidad, esto no debe afectar a la división de la comunidad educativa. No puede convertirse en el lugar en el que se produce un grave enfrentamiento entre los signos de identidad de pertenencia religiosa o política. Esta es la base de la concepción en la que se debe preservar en todo momento el principio de laicidad a la francesa, lo que supone que no debe permitirse que en los centros escolares se sobrepase la barrera de la laicidad permitiendo que los alumnos lleven símbolos religiosos que manifiestan su pertenencia a determinada confesión o colectivo político.

III.- Las manifestaciones de la pertenencia a una confesión religiosa o política traslucen dificultades en la escuela como lugar de integración.

Las manifestaciones de pertenencia a una confesión religiosa o política reflejan en los últimos años grandes dificultades en el ámbito escolar a la hora de definir y adaptar la función de estos centros a las nuevas realidades de alumnos que llegan a las mismas.

En una sociedad como la francesa, caracterizada por una gran diversidad cultural y religiosa, es esencial, con el fin de garantizar la cohesión social, asegurar a cada alumno el derecho a una educación independiente de dogmas e intereses particulares.

El principio de laicidad como elemento fundamental a la hora de preservarse la neutralidad de los centros educativos, constituye el elemento necesario para lograr el objetivo último de la actividad educativa, es decir, la neutralidad de los centros educativos, lo que supone que deben alejarse del mismo todo símbolo de pertenencia política o religiosa dentro del centro. Con ello se logrará que estemos en presencia de una sociedad civil pluralista y diversa, que se constituye en un principio necesario para lograr la unidad de la sociedad.

Por ello, Barbara Lefebre, autora del libro "Les territoires perdus de la République" considera en su obra que debe formularse una nueva definición del término laicidad en el ámbito escolar, ya que entiende que este es el medio más eficaz para lograr que la República se constituya en un espacio neutro es iniciar una redefinición de laicidad relacionada con el ámbito educativo.

Es por tanto la escuela donde se forja la conciencia de pertenencia a la República y a la colectividad nacional. La irrupción de manifestaciones de pertenencia religiosa o política en los centros educativos pone en tela de juicio los valores que durante siglos se han desarrollado en la República. Otra cuestión ligada estrechamente con llevar símbolos religiosos en las escuelas supone que esta es una reivindicación de las identidades propias de determinados alumnos que pone en tela de juicio los principios fundamentales del ordenamiento, concretamente la laicidad y la neutralidad de la República.

1.- La escuela como lugar de aprendizaje de vivir en sociedad y de preservar la identidad de los valores de la República

Como ha manifestado Gérad Aschieri, el problema de la laicidad, hoy, plantea dos problemas que hacen referencia a cuestiones tradicionales y a cuestiones nuevas. Las cuestiones o problemas tradicionales, que resurgieron como consecuencia del debate del proyecto de la Constitución europea que tienden a situar a las religiones y a las Iglesias en la sociedad y en las escuelas. La nueva dimensión de la laicidad supone que se introducen intereses privados en el sistema educativo en aras a lograr la laicidad tanto en la formación del espíritu crítico como en elemento central que preserva la laicidad.

Por su parte, Jean-Louis Biot, Secretario Nacional del sindicato SE-UNAS señala que: "La referencia a la laicidad de la sociedad francesa se difumina, se vuelve más discreta y será ignorada completamente. Inconscientemente, pensamos colectivamente que la laicidad impregna naturalmente a todos los ciudadanos de nuestro país. Este pensamiento es totalmente erróneo en nuestra sociedad actual. La clase política debe adoptar las responsabilidades que le corresponden y comprometerse a reconquistar colectivamente la senda perdida aunque claramente esto le llevará mucho tiempo".

En la historia y en la cultura francesa, el ideal de la laicidad está o ha estado asociado a la escuela pública que ha supuesto y permitido la igualdad del cambio social. La universalidad del conocimiento que se ha transmitido en las escuelas ha permitido que los alumnos hayan logrado una conciencia de pertenencia a la República.

Por ello, necesitamos una nueva apuesta por una escuela entendida como lugar de aprendizaje de los ciudadanos y no sólo como lugar en el que se manifiestan conocimientos que cada alumno adquiere en función de sus aspiraciones personales.

2.- Los nuevos retos que se plantean como consecuencia del respeto de la laicidad en la escuela

La evaluación del nuevo fenómeno que se está produciendo en los centros educativos en Francia supone que es difícil cuantificar el número de alumnos que llevan símbolos religiosos en las aulas.

Pero, cada vez es mayor el número de conflictos que se producen como consecuencia de que en los últimos años se está permitiendo o

tolerando determinadas festividades religiosas de judíos y musulmanes. A pesar de ello, es difícil integrar estas festividades en el calendario escolar, aunque en ocasiones, como consecuencia de determinadas lagunas legislativas se trata de defender su existencia.

Otras cuestiones que se han presentado en los últimos años hacen referencia a reivindicaciones de tipo alimenticio, a comedores escolares separados para alumnos y alumnas musulmanes, la ausencia de los alumnos en las aulas cuando se celebran determinadas festividades religiosas propias, el rechazo a asistir a las piscinas, a la negativa de los alumnos/as musulmanes a examinarse con un profesor de otro sexo, son cuestiones todas ellas que si bien comenzaron a plantearse de forma tímida, poco a poco se plantean de forma más generalizada.

A pesar de que no existe un número exacto del número de alumnos que llevan determinados símbolos religiosos a las aulas, sí se tienen cifras disponibles en relación con el velo islámico, aunque no son muy fiables, ya que no existen criterios generales de evaluación y de normativa común a aplicar.

Señala Daniel Robin que es muy difícil evaluar el número de alumnas que llevan hoy día el veló islámico a las escuelas o los institutos. Además, afirma que en ciertos centros educativos se transige que las alumnas lleven el velo islámico, pero se tiene en consideración el tamaño del mismo, o que el hecho de que se realicen determinadas manifestaciones en relación con este tema conlleva ciertos riesgos y prefieren acallar el tema.

Según se afirma por parte de la administración, a principios del curso de 2003 existían 1256 alumnas que llevaban velo a las aulas. A modo de ejemplo señala Yves Bertrand que el año 1994 el número de alumnas que llevaban el velo era de 1123. Según señala el Ministro del Interior, Nicolas Sarkosy, tres meses después de iniciarse el curso 2003 sólo existían 20 casos de alumnas que llevaban el velo islámico y que no se habían resuelto.

Los responsables de la administración educativa nacional reconocieron que llevar el velo y la relación entre alumnos y alumnas ponían de relieve determinados problemas que afectaban a los centros educativos y

a los responsables de centros, pero el problema estaba localizado y no se agravaba.

Así quedó de manifiesto según señala Hanifa Chérife, mediadora de educación para los problemas que derivaban del velo, quien afirmó que "la situación en los centros educativos se había apaciguado y que en realidad no existían más de 100 o 150 casos. Ella concluye afirmando que el velo está menos presente en las escuelas que en las calles.

La inspectora general de educación nacional, Dominique Borne reconoció que los datos con los que se cuenta en relación con el velo islámico en las aulas no son muy fiables. Muchos directores de centros educativos prefieren no dar los datos reales de la existencia de velo en sus centros. Además, según indican los directores de los centros educativos los dos o tres casos de musulmanas que llevan velo a sus centros no generan un gran problema para ellos. Concluye señalando que, el número de centros en los que se plantean problemas con el velo son ligeramente superior al 5% y siempre inferior al 10%.

También se plantean problemas en los centros confesionales que tienen firmados contratos con el Estado. Estos centros deben aceptar a todo tipo de alumnos sin distinción de origen, opinión o creencias. En opinión de Yvon Robert, jefe del servicio de inspección general de la administración educativa nacional ha señalado que no deben existir crucifijos en las aulas de los centros educativos católicos, pero que en realidad en todos ellos existen estos símbolos en sus aulas. En realidad, los inspectores de estos centros educativos privados confesionales católicos en raras ocasiones realizan inspecciones y en ningún caso han mostrado su disconformidad con los símbolos expuestos en las aulas.

Cuestión aparte merecen los centros privados judíos y católicos que no tienen ningún acuerdo con el Estado, y por lo tanto, no reciben fondos públicos. En estos centros existe un fuerte componente religioso pero al no recibir dinero público su funcionamiento queda al margen de la inspección que se realiza en los centros públicos y los centros privados que reciben fondos públicos.

Mención especial merece el caso que se produjo en Anthony (Hauts-de Seine). Una niña de 8 años y medio cuando se informó por parte de la

familia al centro que a partir de que la niña cumpliera 9 años llevaría el velo a la escuela. Este hecho produjo una gran alarma en la comunidad educativa al considerar que una niña de esa edad estaba siendo fuertemente presionada por su familia para que llevara el velo, hasta el punto de entender que este hecho era constitutivo de proselitismo. El caso se planteó ante el Tribunal Administrativo quien decidió que la posición adoptada por parte del inspector de excluir del centro educativo a la alumna debía ser declarado nulo. Tras esta decisión, el equipo pedagógico del centro decidió no asumir la decisión adoptada por parte el Tribunal y la alumna fue inscrita en otro centro en el que el velo estaba permitido.

Otro hecho significativo en relación con este tema se produjo en Villeneuve d´Ascq al inicio del curso escolar 2002-2003, cuando aumento el número de alumnas que llevaban velo al aula. Si bien durante el curso anterior apenas había llevado velo 20 alumnos, durante el presente inicio de curso se presentaron 55 alumnas con el velo, lo que suponía alrededor del 6% de la matrícula del instituto.

Durante este periodo se plantea un nuevo problema por parte de la Unión de Organizaciones Islámicas de Francia. El tema guarda relación con las piscinas y con el deporte. Los representantes de la Comunidad islámica con el fin de resolver el problema propusieron que ambas materias fueran declaradas optativas para sus alumnas dentro del cuadro de asignaturas que se impartían en el ámbito escolar.

Finalmente, con el fin de concluir con todos estos temas se adoptó la posición de afirmar que la prohibición de llevar símbolos religiosos a las aulas no significaba de ninguna de las maneras una forma de hostilidad a la religión. Por el contrario, suponía facilitar el intercambio y la reflexión sobre el lugar que correspondía a la cultura y a la religión teniendo en consideración la historia y la evolución que había sufrido la religión a lo largo de la historia.

Debemos concluir señalando que, por lo que se refiere la tema del velo, todos los casos están hoy día controlados por parte de la Federación

Nacional de Musulmanes de Francia y de la Unión de Organizaciones Islámicas de Francia.

3.- ¿Pueden el diálogo y la mediación acabar con los equilibrios frágiles que se han logrado en la sociedad?

Se han planteado distintas posiciones favorables y desfavorables a que se proceda a una modificación legislativa con el fin de concluir con el velo en las aulas. En realidad, algunos entienden que la exclusión definitiva e inmediata de velo puede ser una solución que genera mayores conflictos, y que es necesario permitir a los equipos pedagógicos de los centros que busquen nuevas vías, especialmente la vía del diálogo, con el fin de que las alumnas acepten no llevar el velo.

El año 1994 Hanifa Chérifi fue nombrada mediadora en el tema del velo islámico en los centros escolares. Al inicio de ese año el número de velos en las aulas era de alrededor de 2000. Tras la mediación, la situación es hoy día mucho más relajada, gracias a las técnicas empleadas durante este periodo, la mediación, la formación, el conocimiento de los textos jurídicos por parte de los responsables de los establecimientos educativos y la intervención de los mediados con el fin de resolver los problemas planteados por los centros educativos. Pero a pesar de todo ello, el sentimiento que se tiene por parte de todas las personas que intervienen es que las soluciones que se han planteado con insuficientes y han dirigido todos sus esfuerzos a disimular el problema pero no a resolverlo.

Los medios que se han puesto hasta este momento han resultado insuficientes. A pesar de los esfuerzos que se han realizado por parte de los responsables de los centros educativos, informando a los padres y alumnos, así como, las medidas adoptadas por parte de los equipos pedagógicos no han dado los frutos esperados.

Los puntos débiles de las estrategias que se han ido adoptando han sido entre otras, la falta de tiempo de todos los interlocutores que han intervenido en el proceso, la falta de técnicas y formación de los interlocutores para poder resolver los problemas ante los que se enfrentan, y sobre todo, la falta de argumentos jurídicos y pedagógicos.

Se ha planteado el problema de la no asistencia a determinadas materias que son obligatorias para las alumnas musulmanas, a pesar de que la obligatoriedad de asistencia deriva de reglas jurídicas claras. Con el fin de evitar los conflictos y facilitar a los responsables de los centros educativos su función se ha llegado a tolerar la no asistencia de las alumnas musulmanas a ciertas clases los viernes y sábados que son obligatorias o aceptar certificados médicos a través de lo que se dispensa de asistir a la piscina y a educación física.

4.- La posición de algunas asociaciones de alumnas

Se constituyó una comisión con el fin de determinar si era necesario que se procediera a una reforma legislativa con el fin de concretar si era necesario proceder a una intervención legislativa para concluir con el problema de los símbolos religiosos en las aulas. Esta comisión verifico la posición de los distintos colectivos de padres de alumnos llegando, con cierta perplejidad, a la conclusión de que la mayoría de las distintas asociaciones de padres no eran favorables a que se produjera ninguna intervención legislativa nueva, con la única excepción de la unión de padres laicos, quienes sí estaban a favor de que se atajara con el problema a través de la promulgación de una legislación específica al respecto.

La Federación del Consejo de padres de alumnos se posicionó a favor de relativizar el problema de los símbolos religiosos, ya que, era un tema que hacía referencia a un número ínfimo de alumnos los que adoptaban los símbolos religiosos como referencia de identidad del grupo al que pertenecían.

La Federación del Consejo de padres entendió que era preferible que se aplicaran las normas habituales en materia de disciplina con las que ya contaban los centros educativos, sin necesidad de recurrir al procedimiento de emitir nuevas normas al respecto.

El Presidente de la Federación del Consejo de padres manifestó a la comisión que el Principio de laicidad era un tema que hacía referencia al Estado y no a los individuos. La laicidad en los centros educativos abarca, en su opinión, a la indumentaria que llevan los alumnos, a los programas y al personal de educación nacional, éstos últimos se someten

plenamente a las normas de laicidad que informan el ámbito educativo. Los padres y los alumnos no están sometidos a la laicidad, ellos deben acudir a las escuelas públicas con la identidad particular y diversidad que les caracteriza. Consideró que, en principio era preferible que se comenzara a aplicar las normas sobre laicidad existentes en todo el territorio nacional, comenzando por Alsacia. Concluyó su posición afirmando que sería muy difícil sancionar a las alumnas que llevaran velos en las aulas cuando los verdaderos integristas están en otro lugar y es muy difícil dominarlos.

El Presidente del Consejo de padres, Dupon-Lahitte, señaló que era necesario definir, en primer lugar, el tipo de vestimenta que designa una voluntad clara por parte de quien lo lleva de su intención de proselitismo o símbolo religioso. Entendía que era muy difícil encontrar un equilibro en este ámbito en el sistema jurídico actual en este tema ya que la prohibición de llevar determinados símbolos religiosos a las aulas podría resultar peligroso.

La Secretaria General de la Asociación de padres de alumnos de centros docente públicos, Lucile Rabiller, considero que es necesario proceder a la adopción de medidas que clarifiquen la laicidad en relación con la indumentaria religiosa que llevan algunas alumnas a los centros públicos.

Los representantes de la Unión Nacional de Asociaciones de Padres de alumnos de enseñanzas libres entienden que debe prevalecer la defensa de la libertad de expresión religiosa que es una de las manifestaciones de la libertad de conciencia, y por lo tanto, no están a favor de intervenir legislativamente en este tema. La presidente de esta asociación de padre considera que el tema se ha resuelto de forma satisfactoria en los centros educativos privados, centros en los que existe un proyecto educativo propio, a través del diálogo con los padres de los alumnos. Las escuelas privadas católicas escolarizan alrededor del 10% de los niños musulmanes o de origen musulmán y afirma que en 9 de cada 10 casos planteados en estos centros se han resuelto el tema a través de las distintas reuniones que se han mantenido con los padres y se ha procedido a retirar el velo por parte de las alumnas en las aulas.

El presidente de la Unión de familias laicas de Francia es mucho más estricto en sus posiciones. Afirma que la escuela es una institución específica en la que no se deben aplicar las mismas reglas que en los servicios públicos, menos aún en los temas que hacen referencia a la esfera privada del individuo. Considera que la incidencia que se produce en la actualidad sobre los símbolos religiosos en las aulas son muy numerosos y que perturban la evolución normal en muchos centros educativos. Es por ello que, entiende que en los centros públicos todos los alumnos deben someterse a las mismas normas.

En definitiva, la República debe proteger a las jóvenes que no quieren llevar el velo y que como consecuencia de la sumisión a las exigencias de su familia acaba llevándolo. El Presiente de la Unión de familias laicas considera que debe promulgarse una legislación en la que se prohíban expresamente todos los símbolos religiosos en la escuela pública, tanto el velo, como el crucifico, o la kippa.

5.- La escuela debe ser el lugar de aprendizaje de los alumnos

Se ha señalado por parte de Françoise Raffini, miembro de la Oficina Federal de Educación que la única misión esencial de la escuela debe ser: "formar a los alumnos en ciudadanos a lo largo del aprendizaje que se produce en los distintos niveles educativos que cursan". En este aprendizaje es necesario destacar las singularidades de cada uno de los colectivos a los que los alumnos pertenecen. Es necesario que puedan verificar que existen otros modelos de vida o comportamiento distintos al propio. En este sentido, se deberá de enseñar que existen modelos religiosos dispares, pero que es necesario que aprendan a vivir de forma conjunta. Está convencida que es necesario que se proceda al diálogo entre los representantes de las distintas instituciones, los alumnos y sus familias, con el fin de poder adoptar determinadas reglas de comportamiento".

Otro elemento fundamental que debe presidir la enseñanza es el desarrollo del espíritu crítico sin hacer referencia expresa a ninguna creencia religiosa.

La Comisión encargada de realizar el estudio sobre el velo ha concluido que, para muchos sectores implicados en el ámbito educativo, la escuela no debe dejar de lado o alejarse de los valores constitucionales de la República, de la democracia y de la laicidad, así como, de la igualdad de derechos de todos los ciudadanos, todas estas cuestiones deben ser transmitidas y aplicadas a los alumnos. En esta línea, Hubert Duchscher, Secretario Nacional del Sindicato de Profesores ha señalado que es necesario asegurar que la educación se desarrolle dejando fuera los elementos religiosos y los grupos de presión que existen actualmente en nuestra sociedad. Este es un tema que no se detecta en otros países europeos y que desde los mismos se ven con cierta extrañeza y que no entienden el valor que nosotros damos al tema.

La escuela pública es universal, ya que está destinada a todo tipo de alumnos dispensándose a todos ellos una educación similar basada en la razón. En un país como Francia, fuertemente marcada a través de la historia por el fenómeno religioso, el haber adoptado determinadas reglas comunes, de todas las confesiones religiosas, ha permitido acceder al principio fundamental de libertad y de igualdad, sino que ha favorecido el respeto a todas las religiones.

Por ello, el derecho de libertad religiosa y formar la conciencia de los alumnos en el respeto del principio de laicidad se hace hoy día más necesario que nunca. Por ello, es necesario que en las escuelas no existan determinados símbolos religiosos, siendo esta la única forma en la que se puede llegara respetar todas las confesiones religiosas y los derechos específicos de cada una de ellas, eso sí, con el límite de la laicidad del Estado.

Así, la laicidad no se constituye en un modo de regularizar las relaciones entre el Estado y sus instituciones con las distintas confesiones religiosas. La laicidad tiene un valor propio que contribuye a favorecer la democracia. Asocia la libertad como derecho fundamental con la universalidad y el relativismo, llegando a preservar la igualdad de derechos de todos con independencia de sus orígenes o sus convicciones personales.

Es necesario destacar que, el aprendizaje de los valores de la sociedad francesa en la escuela es obligatoria para lograr que se respeten

todas las convicciones y permite que se reafirmen los principios que a lo largo de la historia se han desarrollado en nuestro país. Así pues, es necesario volver a restablecer las reglas tradicionales y restaurar los principios, como por ejemplo, el respeto a la estricta neutralidad religiosa en los centros educativos públicos franceses.

En esta línea se posiciono Hubert Duchscher, Secretario General de la Asociación de profesores, al afirmar que: "es necesario destacar que la escuela es el lugar de emancipación, tolerancia, educación abierta de los estudiantes. En este sentido, si los profesores se ven obligados a proceder a la exclusión de un alumno, esto supondrá que han fracasado en la misión que se les ha encomendado y que su actitud será vista con muy malos ojos. La misión fundamental que corresponde hoy día a los profesores es que a lo largo del curso puedan transmitirles los principios fundamentales y éstos asuman estos principios como algo propio, tratando de evitar en todo momento medidas radicales como la expulsión".

La misión fundamental de los centros educativos es la formación de una conciencia colectiva de los alumnos, que debe favorecer el aprendizaje de vivir juntos en sociedad, aprendiendo las reglas de juego, así como los derechos y deberes que les corresponde como al resto de sujetos integrantes de la comunidad educativa.

Por tanto, la escuela debe alejarse y distanciarse de los conflictos y problemas por los que atraviesa la sociedad, incluso si es difícil proceder a ignorarlos. Los símbolos religiosos de pertenencia a una confesión religiosa ponen en tela de juicio la neutralidad que debe presidir los centros educativos, ya que, en los últimos años estos símbolos se han convertido en foco de discriminación y de conflicto.

La escuela debe garantizar a cada persona a tomar distancia de símbolos religiosos de los demás e incluso de los símbolos propios, este es el método a través del que se logrará garantizar efectivamente la libertad de conciencia de todos y cada uno de ellos. No podemos olvidar que la igualdad entre los niños y niñas se asume como principio fundamental en la propia escuela. El hecho de que algunas alumnas lleven velo en la escuela se constituye en un elemento de discriminación

y diferencia que puede llevar a pensar que el respeto de los niños hacía las niñas derive del hecho de que lleven o no el velo.

6.- Los conflictos y reivindicaciones comunitaristas no pueden producirse dentro de los centros educativos

Las reivindicaciones de determinados derechos que corresponden a personas concretas que se manifiestas en las escuelas y que hacen referencia a que la persona que trata de ejercitarlos quiere mostrar su pertenencia a una confesión religiosa, política o de cualquier otro índole, cuando las mismas se fundamentan en diferenciaciones jurídicas no pueden ser aceptadas.

El principio constitucional de igualdad ante la Ley, sin distinción de ningún tipo de origen, raza, religión o cualquier distinción social se constituye en un principio fundamental del Derecho francés que no puede ser violado. Así pues, toda diferenciación basada en cuestiones religiosas no tienen cabida en el ordenamiento jurídico francés. Su protección violaría frontalmente uno de los principios fundamentales, el principio de igualdad.

Las reivindicaciones que se han producido durante los últimos años en el ámbito escolar con el fin de que se concedan determinados privilegios, en relación con cuestiones religiosas o tradicionales, no sólo son contrarias a los principios fundamentales de la República, sino que tienden a hacer que la escuela se convierta en un lugar en el que se reproducen los enfrentamiento que se producen en la sociedad.

Quienes defienden estas posiciones en base a su derecho a la libertad religiosa o su libertad de expresión ponen en grave peligro la laicidad, sobre todo para quienes mantienen la posición de considerar que los centros escolares deben estar libres de toda presión, puesto que de lo contrario no se cumple con el fin de la formación del alumno. La posición que enfrenta a ambas corrientes supone, si al menos prospera la que considera que todo está permitido en base a la libertad religiosa y de expresión, que la en la escuela reduciría el principio de laicidad a una simple laicidad de acogida.

La igualdad de todos los ciudadanos supone la prohibición de cualquier creencia religiosa o política en las aulas, lo que supone que a través de esta vía es posible lograr y garantizar la libertad de conciencia de todos.

Para todas las religiones, y sobre todo incluimos en el término "todas" al Islán, las prácticas religiosas en los países europeos son de índole individual, y así los creyentes no están organizados a través de colectivos dentro de la sociedad. No se puede perder de vista que, de cara al integrismo religioso, el número de practicantes musulmanes es mínimo, no llegan en Francia al 12% de la comunidad islámica, según señala en el Periódico La Croix en 23 de junio de 2003.

El derecho a la libertad de conciencia entendida como libertad individual es una de las conquistas del pensamiento europeo a favor de la libertad individual y de la formación efectiva de la identidad personal.

Por ello, el tratamiento diferenciado por motivos religiosos, no puede llevar a convertir el ámbito escolar en pequeñas comunidades de intereses y ritmos diferenciados. Autorizar que los alumnos lleven símbolos religiosos en las aulas, es como consecuencia de su fuerte valor simbólico, supone el punto de partida que puede concluir con la pérdida de los principios sociales.

Por lo tanto, debe evitarse que los centros escolares pierdan su identidad principal, que es que, debe ser el lugar en el que los alumnos estudian y experimentan sus aprendizajes. La escuela pública es o debe ser hoy día un lugar de encuentro y no debe ser considerado, como entienden algunas familias, un lugar peligroso en el que se alejan del aprendizaje de los principios de la sociedad.

7.- La escuela como lugar de integración social, sobre todo, de los jóvenes más desfavorecidos

El Consejo de Integración de Francia en su informe sobre el Islán del año 2000 destacó que muchas de las manifestaciones identitarias en la escuela y de hostilidad a la institución escolar, corresponden a situaciones de fracaso y de desamparo social.

Esta situación se constató también en numerosos informes de expertos en los que se trataba de buscar la raíz del problema de la falta de integración de los jóvenes musulmanes en las escuelas públicas francesas.

La discriminación puede conducir a las personas en víctimas y además, los jóvenes que son más sensibles a las injusticias, buscan una integración de sustitución recurriendo a la idea del comunitarismo.

La pertenencia a una comunidad o grupo social, unido a un interés común, puede ser de naturaleza muy distinta (religiosa, cultural, profesional…) es en ocasiones un fenómeno estructural, a la vez que individual y colectivo, a la condición que ellos quieren asociarse en la esfera privada. El comunitarismo trata de modular sus intereses en la esfera pública, como forma de reivindicación de sus derechos específicos.

Una de las características del fracaso escolar es que el mismo incide, sobre todo, en los niños inmigrantes. El desarraigo social del espacio urbano no es un fenómeno nuevo. Hoy día se constituye en un factor que origina profundas desigualdades y discriminaciones que dificulta fuertemente la movilidad social y geográfica. Este es el fenómeno de los guettos que comienza a estar bien determinado en la escuela.

En un reciente informe del Consejo de Análisis Económico se ha señalado que la igualdad de acceso a la educación y a la formación está siendo gravemente obstaculizado como consecuencia del sistema de segregación que se produce en las ciudades. El hecho de que los alumnos se alejen del sistema escolar o que salgan del mismo sin ninguna cualificación profesional tiene su origen en la mayoría de los casos del origen social y nacional de los padres.

Una de las características que se está detectando hoy día en la sociedad francesa es que la discriminación de todo tipo acarrea la pérdida del sentimiento de pertenencia a la República. Se está observando que los jóvenes, sobre todo chicos, cuyas familias son de origen francés se están convirtiendo al Islán. El incremento del número de conversiones al Islán en los últimos años está siendo corroborada por informes de expertos.

Lo que realmente se está detectando es que los jóvenes que no encuentran su arraigo en la sociedad se están alejando de sus familias y se están aproximando al Islán. Son jóvenes que ante el fracaso escolar y la falta de salidas profesionales considera que la nueva confesión a la que se aproximan será la fuente de su salvación.

8.- ¿Podemos considerar que el llevar símbolos religiosos o políticos es una de las manifestaciones del comunitarismo?

Podemos señalar que existen posturas encontradas a la hora de señalar si es necesario o no proceder a promulgar una legislación concreta con el fin de resolver el tema de los símbolos religiosos o políticos en las aulas. Hay quienes se posicionan a favor de que es necesario que se proceda urgentemente a promulgar una legislación que proceda a prohibir el llevar estos símbolos a las aulas. Otros entienden que esta es una medida represiva con la que no están de acuerdo. Pero hay también quienes consideran que la Ley que se promulgue puede ser liberadora, sobre todo para las alumnas musulmanas que no están de acuerdo con llevar el velo al aula ya que, consideran que su pertenencia a la religión musulmana no se circunscribe exclusivamente a llevar este símbolo religioso.

Otro de los argumentos que se utilizan en este ámbito es considerar que la prohibición de llevar símbolos religiosos o políticos en las escuelas públicas supondría la remisión de los alumnos cuyas familias son creyentes a las escuelas confesionales. Se ha constatado que en los centros educativos privados se ha incrementado el número de inscripciones motivadas por las tensiones y los conflictos que se plantean en las escuelas públicas.

Claramente se ha constatado por parte de la Comisión encargada del estudio del tema del velo islámico que, dicho velo puede tener, no sólo, un significado religiosa para quien lo lleva, sino también, puede estar motivado por otras causas, tales como culturales, políticas…

Existen, en opinión de Mme. Françoise Gaspard, encargada de la Comisión de estudio del velo, distintos tipos de velos: el velo del inmigrante, el velo de jóvenes alumnas que lo llevan hasta la entrada del

centro educativo, el velo reivindicativo, hay velos que van y vienen y que se corresponden con periodos de tensión política, nacional o internacional y velos que llevan las mujeres en el Ramadán y en otros periodos del año.

El director del observatorio religioso de Aix-en-Provence, ha declarado que el llevar el velo islámico es negociable, dependiendo del tamaño del mismo, ya que se constituye en ocasiones en un elemento de identidad de quien lo lleva. A través del mismo se pretende el reconocimiento de la pertenencia a un colectivo concreto.

Llevar el velo revela, en ocasiones, una estrategia hostil a la integración, y las jóvenes de familias magrebíes consiguen ser aceptadas por sus familias y que asistan a los centros escolares, lo que supone que, finalmente logran la integración en la sociedad francesa gracias a llevar el velo a la escuela.

a) Llevar el velo y la búsqueda de la identidad:

El llevar el velo no supone lo mismo cuando la joven tiene 10, 13, 16 o 20 años. Esto es lo que se deduce de los distintos testimonios que se obtienen a la hora de preguntar sobre el tema, lo que supone que, en realidad estamos ante un fenómeno polisémico.

El problema se plantea en relación con la búsqueda de identidad y de la valoración de la imagen que si mismos tienen los jóvenes chicos y chicas supone que, a pesar de que más del 95% de los mismos son franceses y asisten a escuelas públicas desde su más tierna infancia, no dan la impresión de que estos jóvenes vivan en Francia.

El sentimiento de pertenencia de estos jóvenes a la verdadera cultura musulmana se corresponde con la búsqueda de valores de identidad de su origen, que además, entendemos que está mitificado. La posición de los responsables islámicos tratan de no valorar las prácticas religiosas discretas y modernas y los padres denuncian estas posiciones como analfabetismo e ignorancia. El fenómeno de destrucción de la identidad de los jóvenes deriva de la falta de cualificación profesional de los padres que tratan de proteger las corrientes islamistas más integristas.

Las reivindicaciones de las jóvenes que llevan velo supone un símbolo de identidad, más que religioso. Los representantes religiosos musulmanes no consideran que llevar el velo por parte de las mujeres sea una obligación religiosa imprescindible. Como ha señalado Mme Chérifi, el velo no es un símbolo religioso, no es un signo religioso para el Islán.

Quienes se han ocupado del tema del velo ha concluido señalando que el llevar el velo islámico supone una muestra de las jóvenes musulmanas de su profunda ignorancia de los fundamentos de su religión. Además, las musulmanas muestran su deseo de ser reconocidas por la sociedad francesa por su religión que es invisible.

Para concluir podemos destacar que, el llevar símbolos religiosos en las escuelas supone hoy día en la sociedad francesa un atentado a la laicidad.

b) <u>El llevar el velo, los ghettos y el incremento de la violencia</u>

Los inspectores del Servicio General de la Administración Educativa Nacional francesa han tratado de reflexionar sobre la idea de la República, la laicidad y el comunitarismo.

En sus conclusiones han señalado que el llevar velos islámicos por parte de las jóvenes musulmanas en los centros escolares les deja a éstas en un lugar especial, concretamente en algo similar a los ghettos, apartadas del resto de la sociedad en la que viven.

Se ha detectado, además, que se ha producido un incremento de la violencia en la zona en la que viven estas jóvenes y que ellas consideran que el llevas el velo supone una protección para ellas de los comportamiento agresivos y sexistas de los jóvenes en algunos barrios. Así pues, el velo les sirve de elemento de protección.

La autora del Libro "*Les foulards de la Rèpublique*" ha constatado y abordado otro aspecto concreto del fenómeno de los ghettos. Ha observado que los problemas se incrementan en los centros y barrios socialmente difíciles.

Los movimientos integristas contribuyen hoy día a que las jóvenes lleven los velos en las ciudades. Este hecho no es exigido por los propios padres de las alumnas pero sí por los abuelos, quienes, a partir de los

años 90 han pasado a sustituir a los padres y tratan de imponer su autoridad. Los ghettos de los distintos barrios se han convertido y se constituyen en una forma de integrismo que refuerza el sentimiento de injusticia y de exclusión de la mujer.

Con el fin de mostrar que las jóvenes son realmente mujeres musulmanas se ven obligadas a llevar el velo. Efectivamente, para el buen nombre del hombre musulmán, las verdaderas mujeres musulmanas deben llevar el velo. Para ellos, en base a su civilización y su cultura, las mujeres deben llevar el velo siempre que salgan de sus casas.

c) Llevar el velo y el estatuto de la mujer en la sociedad

Algunas jóvenes musulmanas afirman que el llevar el velo supone para ellas una forma de emancipación de su familia y de libertad. Por ello, algunas de las mujeres que integran la Comisión que se ocupa del tema del velo afirman que la condición social de las mujeres y su estatuto de inferioridad dentro de la familia musulmana en relación con los hombres es fruto de la exigencia de que se les imponga el llevar el velo que está siendo exigido por algunos dirigentes religiosos musulmanes.

La directora de la Unión Nacional de Educación considera que la educación de los centros escolares debe ser neutra y laica, por ello, las manifestaciones de las convicciones religiosas pueden ser aceptadas atendiendo a los derechos y libertades de los demás. Así pues, algunas jóvenes manifiestan que no pueden soportar el hecho de que se lleve el velo en las aulas. Todo ello supone que, la libertad de unas no puede menoscabar la libertad de los demás.

Las mujeres que siguen persistiendo en su idea de llevar el velo al aula y que se les prohíbe supone que se les está impidiendo toda posibilidad de acceder a desempeñar puestos en la administración. Todo ello acarrea que se sigue manteniendo la idea de la inferioridad de la mujer y que todas estas posiciones no permiten que la mujer pueda acceder a otro estatus, por lo tanto, se sigue manteniendo el rol de la inferioridad de la mujer en la sociedad.

Esta claro que para los fundamentalistas, la sociedad tiene que generar espacios en los que se separa a los hombres y a las mujeres. Con

ello se trata de preservar el pudor de las mujeres. Así pues, el velo es una forma de negación del mestizaje de la sociedad.

La presidenta de la Liga Internacional de los Derechos de las mujeres entiende que el llevar el velo es un signo religioso y un signo de segregación de la mujer. Para los fundamentalistas, la mujer es, por su sexualidad origen de desordenes sociales. Si ella sale de su casa, debe estar cubierta. Se considera que en los países en los que es obligatorio llevar el velo, algunas mujeres no participan en los juegos olímpicos. Lo mismo sucede cuando no se permite o se excluye de las piscinas y campos de deportes a las mujeres.

El periodista y autor de "*Le voile et la bannière*" ha denunciado el significado alienante del velo, que es expresión de la inferioridad jurídica de la mujer y que se contienen en los textos Coránicos como el Talmud.

d) Otros símbolos de pertenencia religiosa suponen un símbolo de identidad

Llevar la Kippa en los centros escolares es más aceptado que el velo islámico, sobre todo porque es mucho menos habitual en los centros educativos públicos ya que existe un número mínimo de alumnos judíos que acuden a escuelas que están en el régimen de contrato. A pesar de lo que acabamos de señalar, tenemos que destacar que, la Kippa como símbolo de identidad religiosa acarrea los mismos problemas en relación con el respeto al principio de laicidad.

El director del instituto Bergson de Paris ha abordado el tema de la Kippa y ha confirmado que lleva este símbolo religioso no acarrea conflictos salvo en un periodo muy concreto, en los exámenes. En ese periodo, un alumno de un centro educativo privado israelita intentó imponer a un profesor que le iba a examinar que llevara la Kippa.

En relación con el crucifijo católico en las escuelas, la abogada de la Liga internacional de los derechos de las mujeres concluyo señalando que los crucifijos estarían igualmente prohibidos cuando fueran ostensibles. La abogada concluyo señalando que, el velo, el foulard, el gorro, la barba musulmana o los rizos de los judíos ortodoxos suponen un símbolo de

pertenencia religiosa y que todos ellos deben ser eliminados de los centros educativos.

9.- El fundamentalismo religioso como telón de fondo

El velo en Arabia Saudí, en Irán o en cualquiera de los países de Europa supone una referencia exclusiva a las corrientes fundamentalistas que se están produciendo hoy día, concretamente, hacen referencia a la versión más fundamentalista del Corán.

Esta misma posición se mantiene por parte de la Inspectora General de Educación Nacional de Francia, señala en sus afirmaciones que, el hecho de que se haya incrementado el llevar el velo islámico va en el mismo sentido que la crisis internacional que está pasando el Islán. Así también, Mme. Bétoule miembro del Comité de Conservación del Patrimonio Cultural, ha señalado que, el velo es un símbolo de una determinada etapa que esta pasando el Islán. Considera que la autenticidad del Islán no reside en llevar el velo, simplemente se trata de llevar este símbolo alegando cuestiones de pureza del Islán.

Así también, M. Abdelwahab Meddeb, profesor de universidad y autor del libro "*Les maladies de l'Islan*" señala que estamos en un momento en el que se está emergiendo un nuevo conflicto, el que hace referencia al velo ideológico. Entiende que el velo hoy día se ha constituido en un signo ideológico de propaganda política.

Finalmente Mme Fadela Amara, ha destacado que hoy día en nuestras ciudades se pretenden instalar estados islámicos. Para ello, hay personas concretas que entran en contacto con nuestros jóvenes, y así, las jóvenes que llevan velo, en realidad, tienen voluntad de llevarlo como elemento político que trata de llegar a una nueva sociedad que nada tiene que ver con la República.

a) Las asociaciones integristas tratan de ocupar el espacio que se ha dejado libre en las ciudades

Con el integrismo se pretende hoy día instrumentalizar la religión con el fin de constituir un nuevo orden político. Señala Mme Hanifa

Chérifi que el fenómeno del velo no es otra cosa que la consecuencia del trabajo de proselitismo de los islamistas en los distintos barrios que se desarrolla en un contexto social muy desfavorable. El velo no es un símbolo de pertenencia religiosa musulmana. Es un signo de pertenencia al Islán fundamentalista. El llevar el velo o el Hidjab puede está siendo asumido voluntariamente por la mujer. Si las jóvenes o mujeres musulmanas llevan el velo voluntariamente estamos ante un acto de total libertad. Pero en realidad, el ambiente que se ha generado en algunos barrios supone la vuelta a normas islámicas. En este contexto, se está volviendo a retomar las normas del Islán fundamentalista que prima e impone las mismas, no dejando ningún margen de libertad a las mujeres, y que además, estos comportamientos suponen un verdadero control del comportamiento de las mujeres a nivel social, este control se ejerce de forma férrea hacia las mujeres.

Se considera que este problema hoy día ha rebasado el ámbito escolar y se ha extendido a los distintos barrios más desfavorecidos como consecuencia de la influencia del islamismo fundamentalista.

b) La lucha de las mujeres musulmanas por la emancipación en Francia y la oposición al velo islámico

Mme Chahdortt Djavann, en su libre "*Bas les voiles*" señala que la revolución islámica en Irán ha impuesto el llevar el velo a todas las mujeres, en todos los países, en todas las escuelas, afirma que, "es el velo o la muerte". Menciona en su obra que las mujeres son maltratadas si se niegan a llevar el velo.

Consideramos necesario recordar que la Convención sobre la eliminación de cualquier forma de discriminación hacia la mujer, firmado en Nueva Cork el 1 de marzo de 1980, entró en vigor en Francia el 13 de enero de 1984 y que requiere a los Estados a modificar los modelos de comportamiento socio-cultural de los hombres y las mujeres con el fin de eliminar cualquier comportamiento que permita o fomente la idea de la inferioridad de la mujer.

Señala Mme. Chérifi, que el velo islámico en ningún caso es un símbolo emancipador. El mundo musulmán es numéricamente grande y tratan de preservar sus tradiciones locales y las tradiciones de su país de

origen. El velo en Arabia Saudí, en Irán, o, en cualquier país europeo supone una referencia exclusiva al fundamentalismo. Estamos en presencia de un símbolo que supone la versión fundamentalista del Corán.

Según se señala por parte de los fundamentalistas, el cuerpo de la mujer perturba gravemente y es necesaria su reclusión, es por ello que, debe estar cubierto enteramente si sale de su domicilio. Esto es lo que ocurre en ciertos países como Arabia Saudí o Afganistán.

La especialista en el Maghreb, Mme. Camilla Lacoste-Dujardin ha señalado que el velo es un uniforme político-religioso que se está extendiendo hoy día en las sociedades. Se exige a las mujeres que se adhieran a los valores islámicos. El velo es pues, en su opinión, un signo de adhesión a los valores político-religiosos del Islán.

En numerosos países musulmanes el velo es un símbolo entre el modernismo y las posturas más conservadoras.

La psicoanalista Mme Elisabeth Roudinesco señala que la prohibición de llevar el velo en las escuelas favorece la lucha de la mujer musulmana a favor de la laicidad en los países islámicos. Estamos a favor de la exclusión de la práctica de la poligamia y la hemos prohibido en nuestro país. Tenemos que adoptar las medidas necesarias que permitan que se logre la emancipación de la mujer.

c) Los conflictos internacionales y la exacerbación de la violencia sobre las jóvenes

Un elemento importante del problema de las manifestaciones comunitarista en los centros educativos podemos situarlo en la situación internacional, y sobre todo, en el conflicto palestino-israelí. Muchos profesores han percibido que existe una coincidencia entre la irrupción del velo, la Kippa con la Entifada de 2001. La dramática mezcolanza cultural, política y religiosa ha llevado a los jóvenes a identificar sus males con cuestiones indefendibles y a recuperar los valores religiosos. La primera guerra del Golfo, los atentados del 11 de septiembre de 2001 y las reciente guerra de Irak coinciden con el recrudecimiento de incidentes en las escuelas.

Todos los expertos han coindicado en invocar la laicidad como elemento de cohesión y protección de la República con el fin de erradicar de los centros educativos en particular y de la sociedad francesa en general todos estos conflictos que se están produciendo en los últimos años.

IV.- Conclusiones

El principio de laicidad se ha constituido en uno de los principios básicos del ordenamiento jurídico francés. Este principio se contiene en el artículo primero de la Constitución en el que se contienen los valores de respeto, tolerancia y diálogo, siendo el centro de la identidad de la República francesa.

Es a partir del año 1791 cuando se consigue la laicización del Estado civil y el matrimonio en Francia, a partir de este momento, la moral religiosa no será por más tiempo la guía oficial de la acción pública, aunque estará fuertemente impregnada por ella.

La laicización llegará, también, al ámbito educativo a partir de la Ley de 28 de junio de 1833. Pero será a partir de la III República cuando se comienza a ver la necesidad de separar del ámbito educativo la influencia de la religión.

Con la Ley de 9 de diciembre de 1905 se procede a la separación de la Iglesia y del Estado. Esta Ley de 1905 es considerada por parte de los historiadores de ese periodo como el "pacto laico" que es el que se aplica todavía en Francia. Este pacto fue impuesto por parte de los poderes públicos y supone el establecimiento de un modelo de equilibrio permanente entre las religiones y el poder político.

El período calificado como "segundo umbral de laicidad" está caracterizado por: a) una disociación institucional, la religión se equipara a una asociación y su influencia en la sociedad no sobrepasa el rol de intervención permitida por parte de sus propias estructuras. b) la libertad de conciencia y de culto: ambas libertades integran el ámbito de las libertades públicas, sin ningún tipo de distinción, existiendo libertad de

manifestar cualquier tipo de culto, sin que exista preeminencia de culto alguno.

A partir de este momento, la laicidad se instaura en la sociedad francesa, conteniéndose la laicidad como principio en los textos constitucionales. En el Preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946 se establece: "La organización de la enseñanza pública, gratuita y laica en todos los niveles educativos es un deber del Estado", y, esta misma redacción se contiene en el artículo 1º de la Constitución de 1958, en los siguientes términos: "Francia es una República indivisible, laica, democrática y social".

Pero, la laicidad cuenta con determinadas especificidades en los centros docentes, ya que, no puede extenderse de la misma forma en todos los centros educativos. Como consecuencia de esta especificación, el problema que se genera como consecuencia de que los alumnos lleven determinados símbolos religiosos a las aulas no puede ser resuelto de la misma forma.

Así, en los colegios privados que se rigen a través de la Ley nº 59/1557, de 31 de diciembre de 1959, estarán regulados también por las normas que se contienen en los Códigos de educación de Francia. Eso sí, se tendrá en consideración en todo momento el carácter propio del centro a la hora de resolver los problemas que se plantean en los mismos. Además, el control de la administración educativa será mayor o menor dependiendo de las ayudas económicas que reciban del Estado.

Cabe destacar que, existen determinados territorios de la República francesa en los que se reconocen regimenes jurídicos diferenciados, es decir, son territorios en los que se aplica un estatuto particular.

A pesar de que Francia no fue el primer país en el que se aplica el Principio de laicidad, podemos señalar que en realidad el modelo francés de laicidad es un modelo original.

Teniendo en consideración que la sociedad francesa entiende que desde hace algún tiempo el principio de laicidad está en crisis, se ha

realizado un gran esfuerzo con el fin de proceder a su redefinición y reafirmación.

Durante los últimos años se ha considerado por parte de la sociedad francesa que las manifestaciones de pertenencia a una confesión religiosa en las aulas de los centros docentes públicos cuestionan los principios fundamentales de la República, sobre todo el principio de laicidad.

Con el fin de preservar la neutralidad de los centros educativos públicos se ha considerado que era necesario reforzar el principio de laicidad. Sólo a través de este principio se ha considerado que se podrá lograr preservar la neutralidad de los centros educativos públicos. Por ello, se ha considerado necesario alejar de los centros educativos todos los símbolos religiosos. Con ello se logrará que la sociedad civil sea pluralista y diversa, siendo el principio de laicidad el que logre la necesaria unidad de la sociedad francesa.

La sociedad francesa entiende que es la escuela el lugar en el que se forja la conciencia de pertenencia a la República de los alumnos. Por ello, la irrupción de manifestaciones de pertenencia religiosa en los centros educativos pone en tela de juicio los principios fundamentales del ordenamiento, concretamente la laicidad y la neutralidad de la República.

Finalmente, se ha procedido a prohibir el llevar símbolos religiosos ostensibles en los centros educativos públicos franceses a través de la promulgación de la Ley que se ha incluido en el artículo L. 141-5-1 del Código de Educación. El contenido de dicho precepto señala: "Se prohíbe lleva símbolos religiosos que manifiestan ostensiblemente la pertenencia de los alumnos a una religión en los colegios, institutos y centros educativos públicos".