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

2008/25

Director
Dr. Armando Serrano Carrión

Revista # 25
Carrera de Derecho
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil
www.ucsg.edu.ec
www.revistajuridicaonlime.com

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 CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y
CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

MIEMBROS DE CONSEJO DIRECTIVO

Dr. Iván Castro Patiño
Decano

Ab. José Miguel García Baquerizo
Director Carrera de Derecho

Lcda. Sandra Mendoza
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 Derecho

UNIVERSIDAD CATÓLICA
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 TERÁN — ECUATORIANO
- DR. XAVIER ZAVALA EGAS — ECUATORIANO
- DR. ROBERTO GÓMEZ-LINCE ORDEÑANA — ECUATORIANO

NOTA DEL DECANO

Sale nuevamente a la luz pública nuestra "Revista Jurídica" y cumpliendo con nuestro compromiso, aparece la segunda edición del año 2008.

Esta edición, ya la número 25, al igual que las anteriores, se caracteriza por proporcionar artículos de calidad académica y de actualidad.

Lo peculiar de ella es la considerable presencia de profesores extranjeros; no es para menos, la globalización de las comunicaciones y la fama alcanzada a través de nuestra página web www.revistajuridicaonline.com es impresionante, y para muestra un botón: a la fecha más de dos millones doscientos cincuenta mil visitas ha recibido nuestro sitio, principalmente de toda Iberoamérica y parte de Europa.

Les ofrecemos esta vez trabajos sobre Derecho Procesal Constitucional, Sucesiones, Derecho Penal, Criminología, Derecho Tributario, Derecho Laboral, Propiedad Intelectual y otras áreas del saber jurídico, los mismos que son analizados por profesores extranjeros y nacionales con la profundidad propia de los expertos, lo cual nos permite cumplir con nuestro eterno compromiso: repensar y recrear el derecho, suscitar inquietudes y críticas a las instituciones jurídicas, adaptándonos a los cambios sociales pero respetando siempre los valores sociales.

Cumplido aquel norte editorial, la Revista Jurídica sigue siendo un instrumento de consulta obligatoria para estudiantes, profesionales y profesores, ya no solo de Guayaquil ni del Ecuador, sino de todo el mundo.

DR. IVAN CASTRO PATIÑO
Decano

NOTA DEL DIRECTOR

La Revista Jurídica No. 24, número anterior, tuvo la maravillosa oportunidad de haberse publicado antes de la aprobación de la Constitución Política vigente, que permitió un enorme abanico de opiniones y una inagotable avalancha de estudios y análisis, muchos de los cuales fueron recogidos en la referida edición. Nuestro profundo agradecimiento a quienes participaron en dicho proceso.

Con posterioridad, al entrar en vigencia de la Constitución, la República se ha agitado con una inusitada actividad legislativa, por la que se ha efectuado una enorme cantidad de reformas de ordenamientos con jerarquía de Ley y que han despertado, igualmente, una ola de opiniones y criterios a favor y en contra de cada uno de estos, algunos de los cuales igualmente, serán recogidos en esta nueva edición No. 25. A pesar de que el ordenamiento constitucional invita a un análisis más detenido y profundo, los comentarios que en ésta ocasión se formulan sobre los ordenamientos legales, no dejan de tener el suficiente análisis y profundidad, como para concitar la atención del estudioso de temas jurídicos.

El ambiente que hemos vivido en los últimos años, ha sido de una abierta invitación hacia el análisis jurídico, que en su oferta ha sido enormemente generoso, puesto que, se han tratado normas además de las ya mencionadas, de una gama que va desde temas laborales, penales, tributarios y hasta petroleros, con lo cual los distintos profesionales de las diversas áreas de Derecho, han tenido la oportunidad de encontrar las áreas propias de personal experticia, para elaborar los criterios indispensables para la profundización de las figuras jurídicas nacientes.

Esta Revista Jurídica, al igual que las anteriores, pretende convertirse en el espacio para recoger estas valiosas opiniones jurídicas respecto de los ordenamientos jurídicos venideros, e inclusive de los pasados, a efectos de orientar su aplicación, interpretación, y adecuado alcance; y, por supuesto, en el instrumento de consultas de los estudiantes y estudiosos ávidos del conocimiento jurídico y de su adecuado manejo. Esperamos que esta nueva edición se acerque a la pretensión de nuestra querida Revista Jurídica.

Saludos cordiales,

Dr. Armando Serrano Carrión

ÍNDICE GENERAL

Nota del DECANO …….. 11

Nota del Director …….. 13

DERECHO ARBITRAL

Acción de Nulidad de Laudos Arbitrales en el Derecho Procesal Ecuatoriano.
Dr. Andrés ORTIZ HERBENER …….. 19

DERECHO CONSTITUCIONAL

Reflexiones sobre la Imprevisión Constitucional
Néstor Pedro SAGÜÉS …….. 41

Gobierno Electrónico: Una Política de Estado necesaria.
Deyanira CAMACHO TORAL ……..…. 57

Ficción Democrática y Real Corrupción.
Dr. Luis A. HERRERÍA BONNET …….. 85

DERECHO EMPRESARIAL

Aspectos Jurídicos de la Sucesión en la Empresa Familiar
Dr. Javier NANCLARES VALLE ……..…. 107

DERECHO LABORAL

Alegato
Ab. Fabrizio PERALTA DÍAZ …….. 131

DERECHO PENAL

Evolución Dogmática de las Teorías del Concepto Jurídico Penal de Acción.
Karl Andrei BORJAS CALDERÓN …….. 149

Sobre la Pretendida Realidad del Derecho Penal del Enemigo, como Medio de Aseguramiento de "Espacios de Verdadera Libertad"
Dr. Juan Carlos MANRIQUEZ R. …….. 193

El Impulso Delictivo u Homicida en la Epilepsia
Dra. Ma. Laura QUIÑONES URQUIZA 205

A Economía Globalizada e a Criminalidade
Dr. Renato RIBEIRO VELLOSO 211

Lesiones y Violencia Intrafamiliar
Alex VAN WEEZEL 219

DERECHO PENAL MILITAR

La Argentina avanza en Materia de Justicia Militar
Matías BAILONE 271

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El Conflicto entre Órganos Jurisdiccionales –Referencia al caso colombiano-
Hernán Alejandro OLANO GARCÍA 281

La Determinación de los Efectos Temporales en la Sentencia de Inconstitucionalidad: Un Problema de Razonabilidad Jurídica.
Jorge BAQUERIZO MINUCHE 319

El Control Constitucional de las Leyes Tributarias.
Dr. José OSVALDO CASÁS 355

Acción Extraordinaria de Protección.
Dr. Ciro Camilo MORÁN MARIDUEÑA 423

DERECHO TRIBUTARIO

Tratados Internacionales para evitar la Doble Imposición Internacional.
Rodney MACIEL GUERRERO 443

DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Valoración de las Marcas Farmacéuticas.
Bioq. Ketty VÉLIZ 513

Instrucciones para la presentación de los artículos 533

Derecho Arbitral

ACCIÓN DE NULIDAD DE LAUDOS ARBITRALES EN EL DERECHO PROCESAL ECUATORIANO

Dr. Andrés Ortiz Herbener

RESUMEN:

Entre los pilares fundamentales sobre los cuales se asienta el Estado de Derecho[1], se encuentran -entre otros derechos civiles garantizados por la Constitución- el de seguridad jurídica y el del debido proceso y a una justicia sin dilaciones.

No es materia de este ensayo entrar a estudiar exhaustivamente el alcance de ambos derechos, no obstante, para el caso que nos vamos permitir desarrollar posteriormente, sí será necesario repasar cuando menos sus definiciones brevemente, a efectos de dimensionar las consecuencias que acarrean en un sistema jurídico que los derechos civiles de los administrados, puedan ser obviados o en su caso, conculcados, por funcionarios públicos y lo que sería más grave aún, por quienes están encargados de administrar justicia en el país.

El presente ensayo jurídico busca demostrar que la resolución de mayoría dictada el 20 de agosto de 2007, por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, contrarió el ordenamiento jurídico ecuatoriano y la Jurisprudencia nacional, habida cuenta que a la Corte Suprema de Justicia -como Corte de Casación- no le está permitido entrar a conocer y resolver sobre recursos de casación o de hecho que se hayan presentado dentro de las acciones de nulidad de laudo arbitral iniciadas ante uno cualquiera de los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia del Ecuador.

[1] El presente artículo fue elaborado estando vigente la Constitución de 1998 y en tal virtud, no es nuestra intención alterar su contenido con vista a la nueva Constitución. Sin embargo, salvo en casos estrictamente necesarios, haremos referencia a la Constitución del 2008. En este sentido conviene precisar que el actual Art. 1, establece que: "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia…".

PALABRAS CLAVE:

DEBIDO PROCESO- SEGURIDAD – TUTELA JUDICIAL- CASACIÓN- ARBITRAJE- LAUDO- NULIDAD-

I.- INTRODUCCIÓN.-

Tenemos que dejar en claro algo. Es posible que el fallo de mayoría dictado por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia dentro del caso: "NEDETEL", haya servido para poner en el debate jurídico nacional y por ende para comenzar a discutir seriamente, el procedimiento que debe tener la "acción" de nulidad de un laudo arbitral en el Derecho ecuatoriano, discusión que en el caso de España por ejemplo ha sido recientemente superado con la expedición de la Ley de Arbitraje 60/2003: *"Con el nuevo marco legal, contra un laudo definitivo se puede ejercitar la acción de anulación (artículo 40 de la Ley de Arbitraje), que debe interponerse ante la Audiencia Provincial del lugar donde aquél se hubiere dictado (Art. 8 L.A.), dentro del plazo de dos meses siguientes a su notificación, aclaración o complemento (Art. 41 L.A.) y que deberá sustanciarse, ante la Sala de la Audiencia, por cauces del juicio verbal con las salvedades previstas en el artículo 42 L.A."*[2]

En este sentido, hemos considerado importante entrar a estudiar si la actuación de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema, fue ajustada a Derecho. Al efecto, tendremos que necesariamente indagar lo que al respecto establecen, en su orden: la Constitución de la Política, la Ley de Casación, y el resto de la normativa jurídica aplicable, y además repasar, aunque sea brevemente, la Jurisprudencia y la doctrina.

Con estos antecedentes, trataremos de demostrar que pese a lo loable del fallo, lamentablemente no le estaba permitido a la Corte Suprema de Justicia[3] entrar a conocer el recurso de hecho interpuesto por

---

[2] Vademécum de principios inspiradores del Arbitraje y de práctica arbitral de Tribunales Arbitrales según la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2005, p.198.

[3] Al tenor del Art. 178 de la Constitución vigente: "Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en al Constitución, son los

Pacifictel y menos aún, dictar la nulidad de lo actuado por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil dentro de la acción de nulidad de laudo arbitral presentada, ya que insisto, no tenía facultad para ello[4].

Sin embargo, y antes de entrar al análisis correspondiente, no quisiera dejar de manifestar mi absoluta coincidencia con el profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla, D. Juan Burgos Ladrón de Guevara cuando en su artículo: "La intervención jurisdiccional en el arbitraje", nos reseña que la acción de nulidad del laudo arbitral, no es otra cosa que el: *"…desembarco jurisdiccional en el arbitraje, de la garantía irrenunciable de la tutela judicial efectiva, garantía jurisdiccional de que el Estado no puede desatenderse totalmente del arbitraje, ya que debe ejercer un cierto control del laudo arbitral, funcionando así, como termómetro necesario en la búsqueda de un equilibrio entre la flexibilidad que rige en el arbitraje y las garantías exigibles en el proceso civil"*[5].

II.- LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL EN EL DERECHO ECUATORIANO.-

Según lo que dispone el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM):

---

encargados de administrar justicia, y serán los siguientes: 1.- La Corte Nacional de Justicia…"

[4] En un interesante artículo publicado por la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo CLD en septiembre de 1997 denominada: "Resolución alternativa de conflictos", Eduardo Carmigniani Valencia manifiesta lo siguiente: *"…he sostenido y sostengo que es inconveniente que el laudo arbitral pueda ser impugnado -a través de cualquier tipo de recurso- ante órganos de la función judicial, pues en esa forma se distorsionaría su verdadera naturaleza jurídica y se desestimularía su acceso a él, pues es conocido que la gran mayoría de quienes pactan arbitrajes lo hacen para no tener que acudir a la Función Judicial, incentivo que ser vería inmensamente diezmado si fuera posible impugnar la decisión de los árbitros ante cualquier órgano de dicha Función del Estado…"*. No obstante, este mismo autor parecería haber dejado esta posición, ya que ha manifestado en un artículo periodístico publicado en el Diario Expreso titulado: "Nulidad de laudos", lo siguiente: *"Pues bien, la Primer Sala de lo Civil de la Corte Suprema, en el caso del muy publicitado laudo por el conflicto entre Nedetel y Pacifictel, puso las cosas en orden: cuando se pide la nulidad de un laudo debe tramitarse un proceso (demanda, contestación, prueba, alegatos) y solo después de ello el Presidente de la Corte Superior puede resolver si declara o no la nulidad…"*. Es de aclarar que ninguna de estas posiciones son compartidas por el autor de este ensayo, conforme se dejará precisado posteriormente.

[5] Vademécum de principios inspiradores del arbitraje y de práctica arbitral…, p. 72.

Art. 31.- Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando:

a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;

b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte;

c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;

d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,

e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.

Del laudo arbitral podrá interponerse ante el árbitro o tribunal arbitral, acción de nulidad para ante el respectivo presidente de la corte superior de justicia, en el término de diez días contado desde la fecha que éste se ejecutorió. Presentada la acción de nulidad, el árbitro o tribunal arbitral dentro del término de tres días, remitirán el proceso al presidente de la corte superior de justicia, quien resolverá la acción de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa. La acción de nulidad presentada fuera del término señalado, se tendrá por no interpuesta y no se la aceptará a trámite…". (Las cursivas y el resaltado son míos).

Como se puede apreciar la simple lectura de este artículo, existen varios hechos que en principio aparecen como indubitados, a saber:

a) Que estamos en presencia no de un recurso sino de una "acción" de nulidad;

b) Que la "acción" se presenta para ante el Presidente de la respectiva Corte Superior; y,

c) Que el Presidente tiene el término de treinta días desde la fecha que avocó conocimiento para resolver la "acción", esto es, que sí señala un procedimiento, por lo menos en cuánto a la persona que debe resolver y al término que tiene esta para su resolución, lo que sin lugar a dudas es incompatible, por una parte, con los términos que se establecen en una acción ordinaria en el Ecuador; y, por otra, con la práctica forense, en dónde como todos conocemos esta clase de juicios pueden demorarse hasta su resolución, entre uno y tres años.

Ahora bien, frente a la aparente contundencia en la redacción del Art. 31 de la Ley de Arbitraje, debemos sostener en cambio que existen hechos que no están lo suficientemente aclarados y que son los que según mi criterio, han permitido –equivocadamente- a la Corte Suprema de Justicia dictar el fallo materia de estudio en el presente ensayo. Lo primero que debemos destacar es que si bien se precisa en la LAM que estamos en presencia de una "acción", la redacción del artículo se ajusta más a la sustanciación de un recurso, ya que por ejemplo se le impone un término de 30 días para resolver al Presidente de la Corte Superior. Al efecto, y como lo sabemos todos, en el juicio ordinario –el Código de Procedimiento Civil en particular- no le señala plazos o términos a los jueces para que resuelven, sino que establece los términos que las partes tienen para hace valer sus derechos en cada una de las etapas del juicio, como por ejemplo 15 días para contestar la demanda; 15 días para contestar la reconvención si la hubiera, 10 días de prueba, etc.

Es extraño en consecuencia que el legislador no haya dispuesto que esta "acción" se tramite como un juicio contencioso, ya que de haberlo querido, así lo hubiera establecido expresamente. Es bastante forzado, por decir lo menos, que toda vez que no está supuestamente determinado un procedimiento en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje para sustanciar la "acción de nulidad", se tenga que acudir cual "cajón de sastre", al Art. 59 del Código de Procedimiento Civil que dice: "Toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario".

A lo dicho se suma que en este artículo 31 se establece la posibilidad de caucionar el laudo arbitral: *"Quien interponga la acción de nulidad podrá solicitar al árbitro o tribunal arbitral que se suspenda la ejecución del laudo, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte. El árbitro o tribunal arbitral, en el término de tres días, deberán fijar el monto de la caución, disponiendo la suspensión de la ejecución del laudo".* Dicha posibilidad de solicitar la suspensión de la ejecución de un fallo, en este caso, de un laudo, rindiendo caución suficiente, es también más propia de la sustanciación de un recurso que de una acción, sino resta mirar la redacción del Art. 11 de la Ley de Casación que señala: *Art. 11.- Caución.- Salvo las excepciones contenidas en el artículo anterior, quien haya interpuesto recurso de casación podrá solicitar que se suspenda la ejecución de la sentencia o auto recurrido rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la sentencia o auto pueda causar a la contraparte*. (¿Nota el lector algún parecido en estas dos redacciones?)

Creemos en consecuencia que la redacción de este artículo es *poco feliz*, porque no establece suficientemente la forma de sustanciar la acción de nulidad, y digo no suficientemente, porque sí se establece en este artículo que la "acción" se tramitará por el Presidente la Corte Superior (no dice que sea una de las Salas las que deben resolver previo sorteo) y que además, tiene 30 días para hacerlo. Sostener en consecuencia que no existe un trámite establecido para la tramitación de la "acción" de nulidad es contrario a derecho, ya que repito, sí existe el mismo, si bien, deficientemente redactado. De ahí que en mi concepto, mal hizo la Corte Suprema en acudir al auxilio del Art. 59 del CPC.

III.- DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, DE LA SEGURIDAD JURÍDICA, DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y DEL DEBIDO PROCESO.-

3.1- DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.-

El Art. 119 de la Constitución Política anterior preceptuaba que: "Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley, y tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común". Como nos dice

Zavala Egas, este principio es el que: *"fundamenta el Estado de Derecho y es de mayúscula trascendencia para el Derecho público…pues se traduce en el sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico. Esto es, toda actuación de la Administración pública debe estar justificada por norma jurídica previa".*[6]

Al efecto se torna necesario buscar en nuestra ordenamiento jurídico, si existe alguna norma que permite o faculte a la Corte Suprema de Justicia –Corte casacional- entrar a conocer y mucho más, sustanciar recursos de casación y/o recurso de hecho interpuestos en acciones de nulidad de laudos arbitrales conocidos y tramitados por Presidente de Cortes Superiores.

En primer lugar debemos señalar que el Art. 200 de la Constitución anterior establecía que la Corte Suprema de Justicia: "…tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede en Quito. Actuará como corte de casación, a través de salas especializadas, y ejercerá, además, todas las atribuciones que le señalen la Constitución y las leyes"[7]. Es evidente entonces que en la anterior Constitución no se establecía la posibilidad que la Corte Suprema actúe, conozca y resuelva recursos de casación o de hecho interpuestos dentro de acciones de nulidad de laudo arbitrales.

En segundo término debemos indicar que nuestra Ley de Arbitraje y Mediación no establece la posibilidad que la Corte Suprema conozca de recursos de casación o de hecho. Las únicas vías o remedios de impugnación vertical que establece esta ley son la acción de nulidad y el recurso de aclaración o ampliación, ningún otro.

A su vez, la Ley de Casación establece en su artículo segundo que procede interponer el recurso de casación *contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo*. ¿Es la "acción" de nulidad establecida en el Art. 31 de la LAM, un proceso de

---

[6] Jorge Zavala Egas, Introducción al Derecho Administrativo, Editorial Edino, 2003, p.271.

[7] El Art. 177 de la actual Constitución mantiene un texto parecido cuando preceptúa: "Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley…".

conocimiento? De la lectura de dicho artículo hemos concluido que no. Se trata ciertamente más que de una "acción" de un verdadero recurso de tramitación sumaria, en el que sin entrar a la contradicción entre las partes, el Presidente de la correspondiente Corte Superior tiene el término de 30 días para resolver en mérito de los autos. En consecuencia, al no haberse establecido la contradicción, esto es, el hecho que esta "acción" se tramite sin oposición de las partes, el legislador lo que realmente estableció fue un recurso y por lo tanto, la resolución que dicte el Presidente en el mismo, no es de aquellas *sentencias y autos que pongan a fin a los procesos de conocimiento*. A mayor abundamiento y para que no quede dudas al respecto, reproduzco la introducción incluida en la Codificación en la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el R.O. No. 417 del 14 de diciembre de 2006, en la parte que hace referencia a la reforma justamente del Art. 31: *"…se sustituyen los incisos segundo y séptimo por un solo inciso relacionado a la interposición del recuro de nulidad respecto del laudo arbitral y su procedimiento…"*. Huelgan más comentarios.

No obstante, este razonamiento es desestimado por la Corte Suprema bajo el *argumento* que se ha producido una grave indefensión al no haberse dado término para contestar la demanda, ni para que las partes puedan actuar prueba, etc. Es decir, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, desconoció lo que preceptúa la regla primera del Art. 18 del Código Civil cuando no enseña: *"Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu…"*. ¿No está claro en la LAM que la "acción" de nulidad se tramitará ante el Presidente de la Corte Superior y que este tiene el término de 30 días para resolverla? ¿No es forzado el razonamiento de la Corte Suprema cuando dice: *"En consecuencia, al no establecerse en la ley el procedimiento a seguirse frente a tales acciones, lo que corresponde por el mismo mandato de la ley, es su sustanciación en juicio ordinaria, sin que pueda considerarse acertada, la interpretación aquella por la cual, al señalarse un término de 30 días para que el Presidente de la Corte Superior de Justicia dicte la resolución correspondiente dicha acción de nulidad merezca un trámite especial o sumarísimo como podría pensarse, pues si esa hubiera sido la intención del legislador, expresamente lo habría hecho constar en la disposición legal comentada de la Ley de Arbitraje y Mediación"?*

En mi criterio, es mucho más forzado entender que el legislador quiso darle a esta acción la calidad de una acción ordinaria, con dos instancias, contestación a la demanda, reconvención, pruebas, alegatos y sentencias, que interpretar que estamos en presencia de un claro recurso, en el que no debe haber una contradicción y que debe resolverse en mérito de los autos. ¿No es más genuina, más auténtica, *más razonable* como nos enseña Recasens Siches, esta última interpretación? Para muestra de lo dicho, queda clara la intención del codificador cuando señala claramente que estamos en presencia de un recurso y que además, existe un procedimiento para tramitar el recurso mal llamado "acción".

Para finalizar este análisis, ¿es la resolución que dictó el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil el 15 de enero de 2007, una *sentencia o auto que pongan fin a un proceso de conocimiento, dictado por una Corte Superior* como lo exige el Art. 2 de la Ley de Casación? Respecto de esta inquietud, el voto salvado dictado en este importante caso expresa al final del considerando primero, que en los casos de acciones de nulidad de laudo arbitrales, el Presidente de la Corte Superior actúa como Juez de primera instancia, siendo sus autos susceptibles de apelación. En tal virtud, no se está en presencia de un auto o sentencia que ponga fin a un proceso de conocimiento, como sí lo sería el caso de una sentencia o auto dictado por una de las Salas de la correspondiente Corte Superior.

La parte pertinente de dicho voto salvado expresa lo siguiente:

"Es necesario hace relación a la frase "cortes superiores" utilizada por la ley al otorgarse competencia para conocer el recurso de casación y entender el sentido de la norma y para tal finalidad se debe recurrir a la Ley Orgánica de la Función Judicial, la misma que en su artículo 24 expresa: En las Cortes superiores integradas por dos o más salas, cada una de ellas ejercerá, en los asuntos que les haya correspondido en suerte, las atribuciones expresadas en los ordinales 2, 3 y 6 del artículo anterior, las atribuciones de los ordinales 1, 2, 4 y 7 de la misma disposición y las demás corresponden a todo el tribunal.- Cuando la primera instancia corresponda al Presidente de la Corte Superior, la segunda instancia será de competencia de la Sala a la que no pertenece el Presidente o a la que corresponda por sorteo, si existieren más de dos salas. De las expresiones de la ley aparece con claridad que cuando la ley indica que el recurso de casación procede solamente de los autos o de la sentencia que pone fin a un proceso de conocimiento se refiere a las decisiones de segunda y definitiva instancia dictadas

por la Salas de la Corte Superior que produzcan el efecto de cosa juzgada formal y sustancial, es decir, final y definitiva de tal manera que no puede renovarse la contienda con las mismas partes, sobre las mismas cosas, cantidad o hecho, más no de sentencias o autos dictados por el Presidente de la Corte Superior, como juez de primera instancia, puesto que esta decisión es susceptible de apelación…". (Las cursivas son mías).

No obstante de estar de acuerdo con el fondo de este razonamiento, debo dejar en claro que no es correcto manifestar que el Presidente de la Corte Superior actúa en las acciones de nulidad de laudo arbitral como Juez de primera instancia. Según el Art. 31 el Presidente de la Corte Superior tramitará en una sola u única instancia, en el término máximo de 30 días, esta sui géneris "acción". Entender que el Presidente estaría actuando como Juez de primera instancia, significaría entonces que también prosperaría la apelación de la decisión del Presidente de la Corte Superior para ante una de las Salas, lo que no se puede compartir ya que la Ley de Arbitraje y Mediación ha sido muy clara al manifestar, por una parte, que sólo existen dos vías o recursos que pueden interponerse contra el laudo arbitral: el recurso de aclaración o ampliación y la "acción" (recurso) de nulidad; y, por otra, que no cabe presentar más recursos sobre el laudo que los contemplados en la LAM. Es más, no está contemplado bajo ningún aspecto que del auto resolutivo del Presidente de la Corte, se puede apelar ante una de las Salas[8].

[8] En contra de este criterio, el Dr. Santiago Andrade cuando expresa en la Revista MASC-Ecuador edición No. 1, citada en el voto salvado del Dr. Viterbo Zevallos Alcívar, lo siguiente: "… sin han pasado los 30 días ¿pierde competencia el Presidente de la Corte Superior? ¿Deberá pasar el proceso al subrogante? Una vez expedida la sentencia se podrá interponer el recurso de apelación, ya que el mismo no está denegado y es conocido que, cuando la ley no deniega expresamente un recurso se lo entiende concedido (Art. 321 del CPC), el cual será conocido y resuelto por una de las salas de lo civil y mercantil de la misma Corte Superior (Art. 24 de la Ley Orgánica de la Función Judicial) radicándose la competencia por sorteo. Una vez dictada la sentencia por la Sala de la Corte Superior, cabe preguntar si procede o no el recurso de casación…". Este mismo autor en su obra la: Casación Civil en el Ecuador, Andrade & Asociados fondo editorial, 2005, p. 106 cita una fallo dictado por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil en la que él era Ministro. En su explicación deja entrever que sí procedería apelar del fallo que dicta el Presidente de la Corte Superior para ante una de las Salas, ya que en el caso IMPAC Vs. GRUPOCON, juicio No. 78-2002, se resolvió que la Corte Suprema no era competente para conocer de un recurso de apelación interpuesto ante un fallo dictado por el Presidente de una Corte Superior.

3.2. DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIA EFECTIVA. –

Como nos dice Miguel Hernández Terán: *"El derecho a la tutela judicial efectiva consiste en la posibilidad jurídica que tiene un sujeto de Derecho de acceder, en condiciones de igualdad con otro sujeto de similares caracteres-ticas, a la administración de justicia o a órganos relacionados en forma directa con ella, y a conseguir de dicha administración en tiempo razonable y en el marco de un debido proceso, una resolución motivada y justa que debe cumplirse en forma integral y real en forma inmediata, salvo que por la materia de la decisión o por otra circunstancia su ejecución exija un tiempo posterior".* Hecha esta definición cabe preguntarse si todas aquellas personas que han accedido a la Corte Suprema a través de recursos de casación o de hecho, presentados dentro de "acciones" de nulidad de laudo arbitrales, han merecido una resolución motivada[9], justa y básicamente en *"condiciones de igualdad".*

Respecto de este fundamental tema, esto es, con relación a actuarionnes anteriores de la Corte Suprema respecto de recurso de casación o de hecho presentados en acciones de nulidad de laudos arbitrales, son importantes destacar los siguientes tres fallos:

I

2-X-2003 (Res. 207-2003, R.O. 259, 26-I-2004)

"VISTOS (03-2003) Una vez tramitada la causa, el Tribunal de Arbitraje dictó el laudo el 12 de octubre del 2000 (fs. 2134 a 2138), con un voto salvado (fs. 2139 a 2143). El 14 de noviembre del 2000 (fs. 2144 a 2149), el señor Gerente y representante legal de la Autoridad Portuaria de Guayaquil interpuso recurso de nulidad contra el mencionado laudo. Correspondió conocer de ese recurso de nulidad a la Sexta Sala de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil, la cual el 7 de junio del 2001 (fs. 18 del cuaderno de segunda instancia) resolvió rechazar el recurso de nulidad interpuesto por el representante de Autoridad

[9] Para Miguel Hernández Terán, la motivación jurídica es: "*la exposición ordenada, razonada, coherente e interrelacionada en sus elementos constitutivos fundamentales, por medio de la cual la autoridad pública justifica racional y jurídicamente la resolución que toma en el caso específico sometido a su conocimiento y definición, facilitando la defensa del administrado en caso de inconformidad con su contenido de fondo y sus fiscalización".* La Seguridad Jurídica. Análisis, doctrina y Jurisprudencia. Edino, 2004, p. 65.

Portuaria de Guayaquil. Contra esa resolución, el señor Gerente de Autoridad Portuaria de Guayaquil interpuso recurso de casación (fs. 23 a 37), y denegado éste, interpuso recurso de hecho el cual ha sido enviado a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia. Por el sorteo de ley (fs. 1 del cuaderno de casación), correspondió conocer este recurso a la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, la cual con los antecedentes expuestos, considera: PRIMERO.- Esta Sala está de acuerdo con el criterio emitido por la Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil de 21 de enero del 2002, en el sentido de que la acción de nulidad del laudo arbitral se constituye en un recurso incidental respecto del arbitraje al que se sometieron las partes (conforme consta de la cláusula cuadragésima primera del contrato de concesión de ocupación y uso de bienes públicos, del dominio público para la prestación de servicios portuarios con inversión en nuevas infraestructuras y equipamiento del terminal granelero y multipropósito), razón por la cual rechazó el recurso de casación por falta de procedencia (fs. 38 del cuaderno de segunda instancia). SEGUNDO.- Respecto de la procedencia del recurso de casación propuesto sobre un auto que resuelve la solicitud de nulidad de un laudo arbitral, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, dentro del expediente No. 217-2001 que siguió La Ganga RCA Cía. Ltda., contra Colonial de Seguros y Reaseguros S.A., entre otros criterios sostiene que: "...la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, no tiene competencia para conocer vía casación la acción de nulidad de un laudo arbitral, acción de nulidad que tiene como antecedente la vigencia de un laudo arbitral acordado por las partes...". "...En consecuencia, sería ilógico creer que las partes habiéndose sometido voluntariamente a una decisión arbitral, excluyendo por sí la vía jurisdiccional, ahora se quieran someter a esta vía para anular precisamente una secuela de un acto voluntario que no admite recurso alguno, cuya efectividad de dicho laudo proviene del compromiso de las partes de acatarlo, que no es un proceso o juicio al tenor del Art. 61 (57) del Código de Procedimiento Civil, por tanto la decisión carece de las características propias de una sentencia judicial, que es al que alude el Art. 2 (r) de la Ley de Casación (R.O. No. 192: 18.05.93 y No. 08.04.97)...". En consecuencia de lo expuesto, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, declara inadmisible el recurso de hecho y por ende el de casación interpuesto por Autoridad Portuaria de Guayaquil."[10]

[10] FIEL MAGISTER, mayo de 2008.

II

Sentencia de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial, Serie XVII, No. 7, páginas 1909 (La Ganga-Colonial Seguros y Reaseguros) del 10 de octubre de 2001:

"Sería ilógico creer que las partes, habiéndose sometido voluntariamente a una decisión arbitral, ahora se quieran someter a esta vía para anular precisamente una secuela de un acto voluntario que no admite recurso alguno, cuya efectividad de dicho laudo proviene del compromiso de las partes de acatarlo, que no es un proceso o juicio al tenor del Art. 61 del Código de Procedimiento Civil, por tanto la decisión carece de las características propias de una sentencia judicial, que es al que alude el Artículo 2 de la Ley de Casación… Y siendo la acción de nulidad de un laudo arbitral, un recurso incidente, respecto del arbitraje al que se han sometido las partes y respecto del cual el Tribunal inferior, no es admisible el recurso propuesto, tanto más que la decisión objetada no resuelve sobre lo principal de la materia del arbitraje en derecho, sino que se pronuncia sobre nulidades del laudo arbitral, del que la posterior Ley de Arbitraje y Mediación, no contempla el recurso extraordinario de casación…".

III

Sentencia de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, del 10 de febrero de 2005:

"...QUINTO: ...Por ello la casación no tiene la competencia para conocer la acción de nulidad de una Laudo Arbitral...Se rechaza el recurso de hecho por falta de requisito de procedencia para el Recurso de Casación, manteniendo el criterio expuesto en la providencia del 10 de octubre de 2001, en el expediente No. 401-2001, la Ganga RCA Cía. Ltda., contra Colonial Seguros y Reaseguros...".[11]

En definitiva, en lo que tiene relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y una justicia sin dilaciones, podemos ver como el fallo

[11] Esta Jurisprudencia consta reproducida en un escrito presentado por Nedetel, que fuera facilitado por el Centro de Mediación y Arbitraje de Guayaquil para la realización de este ensayo.

materia de estudio en el presente ensayo no es acorde, por decir lo menos, con lo que la Corte Suprema ha venido diciendo desde el año 2001 por lo menos en 3 ocasiones. Esto no quiere decir que la Corte Suprema de Justicia no pueda cambiar de criterio, más aún cuando no quedaría clara la triple reiteración en el presente caso[12]. Soy un convencido que sí lo puede hacer, pero claro está, con el respectivo razonamiento y con un íter argumentativo que nos lleve sin lugar a dudas a una conclusión racional y lógica. No obstante, el fallo al que hemos hecho referencia, si de algo adolece es de su indebida motivación frente a un tema tan importante y que ha despertado tanta polémica en el Ecuador.[13]

3.3.- DE LA SEGURIDAD JURÍDICA.-

Para LINARES QUINTANA, en su Tratado de la Ciencias del Derecho Constitucional: "…*Llámase seguridad jurídica al conjunto de las condiciones que posibilitan la inviolabilidad del ser humano y la que –al decir de*

---

[12] Al tenor del Art. 185 de la Constitución vigente: *"Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o sí ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria…"*

[13] Santiago Andrade, en la obra: La Casación Civil en el Ecuador, llega a proponer una reforma al Art. 2 de la Ley de Casación y por ende al Art. 31 de la LAM en el sentido de admitir la casación contra laudo arbitrales fundados en derecho dictados por los tribunales de arbitraje, en cuyo caso, dice él, por tratarse de medios de impugnación excluyentes, el recurrente no podrá proponer la acción de nulidad prevista en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Si bien me parece una propuesta interesante considero que lo que debe prosperar y de manera urgente es una reforma al Art. 31 de la LAM, en el sentido que se deje finalmente aclarado que lo establecido en el Art. 31 es una acción que debe tramitarse por una de las salas de la Corte Superior previo sorteo, que la misma de tramitarse por el cauce del juicio oral, y que no cabe interponer ningún otro recurso luego de dictado el fallo por la Sala, esto es, excluir la casación del arbitraje comercial ecuatoriano, ya que en mi concepto el control de la legalidad sí se cumple cuando avoca conociendo de la nulidad del laudo una de las Salas de la Corte Superior correspondiente. Quizás, en último término y esto pudiera debatirse con mayor amplitud por lo reciente de la cuestión, cabe preguntarse si sería factible presentar una acción extraordinaria de protección al amparo del Art. 94 de la Constitución vigente, contra un laudo arbitral que haya violado por acción u omisión derechos reconocidos por la Constitución. Sin pronunciarme aún sobre este tema de manera definitiva, considero a priori que no sería necesario agotar la acción de nulidad como requisito previo para la presentación de este Recurso. Se torna en consecuencia y con vista a la nueva Constitución y al último fallo de la Corte Suprema, una reforma urgente a la LAM, tanto para definir la sustanciación de la acción de nulidad y finalmente para determinar si procede interponer recursos de casación y extraordinario de protección respectivamente en el arbitraje ecuatoriano.

SÁNCHEZ AGESTA– presupone la eliminación de toda arbitrariedad y violación en la realización y cumplimiento del derecho por la definición y sanción eficaz de sus determinaciones, creando un ámbito de vida jurídica en la que el hombre pueda desenvolver su existencia con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos, y por consiguiente, con verdadera libertad y responsabilidad. La seguridad jurídica es, así, el ambiente sin cuya existencia resulta imposible la manifestación y el cabal desarrollo del individuo, a fin de que –según la acertada expresión de JAURÉS– 'ninguna persona humana, en ningún movimiento del tiempo, pueda ser apartada de la esfera del derecho'. Sin seguridad no puede haber libertad, del mismo modo que sin oxígeno es imposible la vida. Solamente la seguridad avienta del alma humana el temor, o sea, el recelo de un daño futuro, provenga éste de otros individuos o del Estado. La seguridad jurídica equivale así, a la libertad del hombre frente al temor…".[14]

Como nos explica Linares Quintana, la Seguridad Jurídica comporta o presupone la eliminación de toda arbitrariedad en la realización y cumplimiento del derecho. En mi concepto el fallo de mayoría de la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, no sólo violentó el derecho a la Seguridad Jurídica en los términos expuestos, sino también al debido proceso y al de la tutela judicial y efectiva, además del principio de legalidad. Se trató en definitiva de una actuación inmotivada frente a la trascendencia de lo que se estaba resolviendo y además contrariando importantes precedentes jurisprudenciales y normas legales.

IV.- CONCLUSIONES.-

Sin haber pretendido agotar el tema, considero haber expuesto mi posición jurídica frente al fallo de mayoría dictado por la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia. No cabe duda que el tema es ciertamente polémico y sobre el cual aún falta mucho por discutir y escribir. No obstante, espero haber contribuido en algo a dilucidar este acuciante problema en el arbitraje ecuatoriano, producido a raíz de la poca o ninguna habilidad del legislador al momento de redactar el Art. 31 de la LAM.

Quisiera en consecuencia, al finalizar este ensayo, dejar establecidas las siguientes conclusiones:

[14] www.seguridadjurídica.com.ar.

1.- El Arbitraje como procedimiento alternativo de resolución de conflictos reconocido por la Constitución, debe en última instancia estar sometido al control de legalidad, que se solo lo pueden ejercer las Cortes de Justicia.

2.- En nuestro país, a diferencia de otros como España, la "acción" de nulidad no es en realidad, sino un recurso incidental, que se tramita a través del Presidente de la Corte Superior que tiene un término de 30 días, en mérito a los autos y sin contradicción, para resolverlo.

3.- El fallo de mayoría dictado por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en mi concepto fracciona los siguientes derechos civiles garantizados por la Constitución: el de Seguridad Jurídica, el del debido proceso y una justicia sin dilaciones y por supuesto al principio de legalidad.

4.- La interpretación que hace esta Sala es bastante forzada y sui géneris. Desconoce el principio establecido en la regla primera del Art. 18 del Código Civil. Si hay algo que queda clarísimo en el Art. 31 de la LAM es que la "acción" de nulidad se sustancia ante el Presidente de la Corte Superior y que éste tiene a su vez 30 días para resolver. Por lo tanto sí hay un procedimiento aunque redactado en forma diminuta y poco jurídica.

5.- Los fallos jurisprudenciales que se han venido dictando sobre este tema- con la excepción del caso IMPAC Vs. GRUPOCON que si bien rechaza la casación habilitaría presentar apelación ante una de las salas del fallo que dictara el Presidente de una Corte Superior- han venido rechazando los recursos de casación o de hecho que se habían venido presentando dentro de acciones de nulidad de laudo arbitrales, por lo que el fallo materia de análisis incluso desconoce también importantes antecedentes jurisprudenciales.

6.- Como dice Álvarez Alarcón: *"Mientras…el recurso a la vía judicial no sirve para entrar a conocer y resolver sobre el fondo del litigio, sino para controlar la legalidad y licitud…del convenio arbitral y del desarrollo del arbitraje, no podrá decirse que la intervención jurisdiccional en el mismo sea excesiva ni perjudicial…".*[15]

[15] La Ley de Arbitraje de 1988: Intervención y control Jurisdiccional, en Revista Universitaria de Derecho Procesal 1.991, No. 5. p. 215, citado en: Vademécum de principios inspiradores…p.73.

7.- Debemos necesaria y urgentemente acudir a una reforma del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación. En dicha reforma debe quedar plenamente aclarada que la acción de nulidad debe proponerse ante una de las Salas de la Corte Superior no ante el Presidente. Que dicha acción debe tener un trámite más expedito que una simple acción ordinaria, por lo tanto debe buscarse un mecanismo parecido a los juicios laborales, que son orales; y, que de dicha sentencia no cabe interponer recurso alguno y que por tanto no procede presentar recurso de casación.

Quizás dos propuestas a ser consideradas para esta futura reforma, serían por un parte la normativa que se establece en la Ley española de Arbitraje 60/2003; y, por otra, el Decreto Legislativo 1071 que norma el Arbitraje en Perú y que es encuentra en vigencia des del 1 de septiembre del 2008, que en mi concepto recogen las dos posiciones que se han discutido en el presente ensayo. En este sentido me permitiría formular las siguientes propuestas, con base a lo establecido en ambas legislaciones:

PROPUESTA No. 1

Artículo… La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los quince días siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado la aclaración o ampliación del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla.

Artículo ...- Procedimiento.

1. La acción de nulidad se sustanciará por los cauces del juicio oral ante una cualquiera de las Salas de la Corte Provincial de Justicia que asumirá la competencia previo sorteo. La demanda deberá presentarse conforme a lo establecido en el artículo 67 del Código de Procedimiento Civil, acompañada de los documentos justificativos del convenio arbitral y del laudo, y, en su caso, contendrá la proposición de los medios de prueba cuya práctica interese el actor que solo podrá ser documental. La sala tendrá el plazo de 10 días para admitir a trámite la acción. De la demanda se dará traslado al demandado, para que conteste en el plazo de 15 días. En la contestación deberá el demandado proponer los medios

documentales de prueba de que intente valerse. No cabe la reconvención. Contestada la demanda o transcurrido el correspondiente plazo, se citará a las partes a la vista, en la que el actor podrá proponer la práctica de prueba en relación con lo alegado por el demandado en su contestación. La Sala tendrá el plazo de 20 días luego de la vista para dictar la sentencia correspondiente.

2. Frente a la sentencia que se dicte no se podrá interponer recurso de casación ni de hecho, solo el de aclaración o de ampliación, dentro de los tres días de notificado. El Tribunal tendrá el plazo de 10 días para resolver sobre la aclaración o ampliación solicitada.

3.- Podrá proponerse la Acción Extraordinaria de Protección, contra el laudo ejecutoriado, en el plazo de 15 días de notificado o resuelta la respectiva aclaración o ampliación. La interposición de esta acción extraordinaria excluye la posibilidad de presentar la acción de nulidad. Sin embargo, la presentación de la acción de nulidad dentro de los plazos establecidos en el artículo anterior no impide que posteriormente y de ser el caso se presente la acción Extraordinaria de Protección ante la Corte Constitucional en el plazo de 10 días luego de notificada sentencia de la Sala que conoció de la acción de nulidad o de resuelta la respectiva aclaración o ampliación.

5.- De considerarlo pertinente la Sala podrá solicitar al Tribunal Arbitral correspondiente, en cualquier momento, pero antes de dictar sentencia, que presenten un informe en derecho sobre la petición de nulidad que estuviere en su conocimiento. Al efecto los notificará con una copia de la demanda y el auto de calificación en ella recaído, concediéndoles un plazo de 5 días para que lo presenten. Esta notificación no convierte Tribunal Arbitral en parte procesal ni confiere ningún derecho procesal sobre esta causa.

PROPUESTA No. 2

Artículo…- Recurso de anulación.

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo…

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Artículo 64º.- Trámite del recurso.

1. El recurso de anulación se interpone ante la Corte Provincial competente dentro de los veinte (15) días siguientes a la notificación del laudo. Cuando se hubiere solicitado la rectificación, aclaración o ampliación, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los veinte (15) días de notificada la última decisión sobre estas cuestiones o de transcurrido el plazo para resolverlos, sin que el tribunal arbitral se haya pronunciado.

2. El recurso de anulación debe contener la indicación precisa de la causal o de las causales de anulación debidamente fundamentadas y acreditadas con los medios probatorios correspondientes. Sólo pueden ofrecerse pruebas documentales. Las partes podrán presentar las copias pretiñentes de las actuaciones arbitrales que tengan en su poder.

Excepcionalmente y por motivos atendibles, las partes o la Corte podrán solicitar que el tribunal arbitral remita las copias pertinentes de dichas actuaciones, no siendo necesario el envío de la documentación original. Asimismo el recurso de anulación debe contener cualquier otro requisito que haya sido pactado por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo.

3. La Corte Provincial competente resolverá de plano sobre la admisión a trámite del recurso dentro de los diez (10) días siguientes. Una vez admitido a trámite el recurso de anulación, se dará traslado a la otra parte por el plazo de veinte (20) días para que exponga lo que estime conveniente y ofrezca los medios probatorios correspondientes. Sólo pueden ofrecerse pruebas documentales.

4. Vencido el plazo para absolver el traslado, se señalará fecha para la vista de la causa dentro de los veinte (20) días siguientes. En la vista de la causa, la Corte Provincial competente podrá suspender las actuaciones judiciales por un plazo no mayor a seis (3) meses a fin de dar al tribunal

arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que, a criterio de los árbitros elimine las causales alegadas para el recurso de anulación. En caso contrario, resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.

5. Contra lo resuelto por la Corte Provincial sólo procede recurso de casación ante la Salas Civil de la Corte Nacional de Justicia, en el caso que el laudo hubiera sido anulado en forma total o parcial.

Derecho Constitucional

REFLEXIONES SOBRE LA IMPREVISIÓN CONSTITUCIONAL

Néstor Pedro Sagüés (*)

RESUMEN:

La investigación desarrolla la institución de la imprevisión constitucional, como vicio de la Constitución y de su autor: el constituyente. Analiza los tipos de impresión constitucional existentes y las consecuencias que se derivarían de la misma, indicándonos quien debe enfrentarla y como solucionarla.

PALABRAS CLAVE:

IMPREVISIÓN
INTERPRETACIÓN
INTEGRACIÓN.

Sumario: 1. Introducción. Pecados y virtudes de la imprevisión constitucional. 2. Tipos de imprevisión constitucional. 3. Consecuencias de la imprevisión. 4. Cobertura de la imprevisión: el "quién". 5. Cobertura de la imprevisión: el "cómo". 6. Cobertura de la imprevisión: el "qué". 7. Recapitulación.

1. Introducción. Pecados y virtudes de la imprevisión constitucional.

La imprevisión del constituyente no es un asunto fácil de abordar para los constitucionalistas. En una primera aproximación, en efecto, parecería que detrás de ella existe un vicio del constituyente y de su obra, la Constitución, un documento generalmente entrevisto como

* El presente trabajo se inserta en el marco del programa de investigaciones del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional, de la Facultad de derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

supremo y, por qué no, perfecto., que no tiene palabras superfluas o carentes de sentido.(1)

Pese a ello, cabe reconocer que la Constitución, como obra humana que es, no resulta perfecta ni completa: "Algunos sectores –escribe Konrad Hesse- incluso los de la vida estatal en sentido estricto, únicamente están ordenados mediante disposiciones de mayor o menor amplitud e indeterminación, y algunos ni siquiera han sido ordenados. La Constitución no es un sistema cerrado ni omnicomprensivo".(2)

Más todavía: toda constitución es, necesariamente, y de algún modo, "imprevisora". Si es un documento destinado a sobrevivir durante generaciones –y en ciertos casos, durante siglos- (alguna vez se sostuvo, en palabras del *Chief Justice* John Marshall, que "está encaminada a alcanzar la inmortalidad tanto como las instituciones humanas pueden alcanzarla"),(3) parece natural concluir que "las palabras de la Constitución... dieron vida a un ser cuyo destino no pudo ser previsto completamente ni aun por sus creadores mejor dotados".(4) En ese contexto, no es anómalo que ciertas situaciones importantes no hayan sido comprendidas y ni siquiera sospechadas cuando la Constitución se dictó.(5) En *Martin vs. Hunter*, el recordado *Justice* Story vuelve a señalar que "el instrumento (constitucional) no fue destinado a responder meramente a las exigencias de unos pocos años, sino a perdurar a través de un largo período de años, cuyos eventos estaban sujetos a los designios inescrutables de la providencia. No podría prever qué nuevos cambios y

(1) En tal sentido, Corte Suprema de los Estados Unidos, en *Knowlton vs. Moore,* Varios, *La Constitución de los Estados Unidos de América,* trad. Por Segundo V. Linares Quintana y Mario Amadeo (Buenos Aires, 1949), ed. Kraft, t. I pág. 69.

(2) Hesse, Conrado, *Constitución y derecho constitucional,* en Varios, *Manual de Derecho Constitucional,* trad. Por Antonio López Pina (Madrid, 1996) ed. Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, pág. 6.

(3) *Cohen vs. Virginia,* cit. por Linares Quintana Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional* (Buenos Aires, l996), ed. Abeledo-Perrot, págs. 457/8.

(4) Son palabras de la Corte Suprema de los Estados Unidos (252, U.S. 416, 433), en *Missouri vs. Holland,* citados por lo demás por el juez Fayt, de la Corte Suprema Argentina, en el caso "Inés Repetto", Jurisprudencia Argentina, 1988-IV-646 y sigts.; y antes, por la Corte Suprema argentina, en "Merck Argentina", *Fallos,* 247:654. Cfr. Linares Quintana Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional,* ob. cit., pág. 482.

(5) Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, "Merck Argentina", *Fallos* 247:654.

modificaciones de poderes podrían ser indispensables para realizar los objetos generales de la Carta..."[6]

La inescindible conexión entre *futuridad* constitucional e *imprevisión* constitucional es quizá un lugar común en la praxis y en la literatura constitucionalista. Ya en su discurso de asunción presidencial Abraham Lincoln advirtió que "ninguna ley orgánica puede jamás idearse como una disposición aplicable específicamente a todas las situaciones que pueden presentarse", mientras que el jurista argentino Juan B. Alberdi, ideólogo y autor intelectual de la constitución de 1853, apuntaba por su lado "no se ha de aspirar a que las constituciones expresen las necesidades de todos los tiempos".[7]

La idea de la "imprevisión feliz", como secuela o corolario obligado de la vocación de futuridad de la Constitución se refuerza, en algunos autores, con la condena paralela a lo que podríamos llamar "manía de previsibilidad" que contaminaría a otros textos constitucionales. Veamos la tesis en Bernard Schwartz: "Los hombres que escriben constituciones, todos ellos demasiado a menudo, tratan de proporcionar disposiciones expresas para todas las contingencias previsibles. Afortunadamente eso no ocurrió con los autores de la constitución federal (norteamericana)".[8]

Desde esta perspectiva, una constitución *demasiado* previsora, y por ende, detallista, minuciosa, casuística, puntillosa y con vocación de ser "dueña del azar", resultaría a la postre una suerte de constitución-cárcel, un instrumento nocivo que so pretexto de regular todo el porvenir, de hecho lo reglamentaría mal, ya que pretender disciplinar útilmente hoy a la integralidad de los acontecimientos del futuro puede significar tanto una misión utópica (frente a una realidad altamente cambiante y volátil, en grandes tramos impredecible), como también axiológicamente discutible, en cuanto que aherrojar aquel porvenir con las pautas culturales del presente importa una empresa que puede contar con escasa legitimación. La actual generación, en efecto, no parece contar con muchos títulos para obligar a las que vengan en las décadas venideras acerca de cómo enfrentar los nuevos desafíos que ellas tendrán que resolver.

---

[6] Cfr. Linares Quintana Segundo V., *Tratado de interpretación...* ob. cit., pág. 479.

[7] *Ibídem,* págs. 459; Schwartz Bernard, *Los poderes del Gobierno,* trad. por José J. Olloque Labastida (México, 1966), ed. UNAM, , t. I pág. 10.

[8] Schwartz Bernard, *Los poderes del gobierno,* ob. cit., t. I pág. 18.

En síntesis: resulta curioso observar cómo un presunto déficit de una Constitución –la imprevisión de ciertos acontecimientos- podría eventualmente resultar, a la postre, algo positivo, al permitir un interesante margen de maniobra de los operadores posteriores de la misma Constitución (vale decir, los poderes constituidos).

En rigor de verdad, puede quizá hablarse de dos tipos de imprevisión constitucional: la "buena" y la "mala". La imprevisión "buena" parte del supuesto de asumir los límites del constituyente: puede disciplinar el futuro, pero no todo el futuro. Tampoco está autorizado éticamente para reglamentar la totalidad de ese porvenir. Ni está obligado ni tiene a derecho a conjeturar todos los acontecimientos que puedan presentarse en el paisaje constitucional, para darle respuestas normativas precisas. Cierta dosis de imprevisión es, igualmente, connatural a la condición humana: el constituyente no puede imaginar todo lo que pueda pasar en el escenario jurídico-político, ni en el económico y social.

Pero también puede pensarse en una imprevisión "mala". Ella ocurre cuando por falta de pericia, o por cobardía, o por malicia, guarda silencio sobre algo en lo que debió pronunciarse. Veremos poco después esas alternativas ilegítimas de imprevisión constitucional, que aluden a situaciones que demandaban una respuesta constitucional (en puntos concernientes a algo fundamental para el Estado), y esa respuesta no se dio.

En definitiva, esta introducción tiene por objeto demostrar que la imprevisión constitucional tiene aristas muy diversas, según como se la quiera constatar y evaluar. Ninguna constitución escapa a ella: es algo que pasa "en las mejores familias". Aún el venerable texto norteamericano de 1787 (de quien se dijo en *Elkinson vs. Deliesseline,* ya en 1823, y no sin cierta inmodestia, que era "el instrumento más maravilloso jamás creado por la mano del hombre"),[9] incurrió en imprevisiones importantes, algunas de ellas causa de tragedias nacionales. Por ejemplo, no contempló un régimen de control de constitucionalidad (vacío purgado dieciséis años después de la constitución, por el caso *Marbury vs.*

[9] Voto del *Justice* Johnson. Cfr. Corwin Edward S., *La constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, edición revisada por Harold W. Chase y Craig R. Ducat (Buenos Aires, 1987), trad. por Aníbal Leal, ed. Fraterna, pág. 13.

Madison). No dispuso nada sobre la reelección presidencial, cosa que obligó, casi doscientos años después, a establecer una enmienda permisiva de una sola posibilidad de repetición en el mando; y no se refirió al difícil problema del derecho de los Estados a separarse de la Unión, silencio que justificó en buena medida el apartamiento de varios de ellos y la "solución" del tema en las batallas finales de una guerra de secesión que devoró en el siglo XIX a centenares de miles de víctimas fatales.

2. Tipos de imprevisión constitucional.

Aparte de la ya esbozada distinción entre la "imprevisión buena" y la "mala", una tentativa de clasificación de las clases de imprevisión constitucional puede distinguir la voluntaria de la involuntaria, y dentro de esta última, la culposa y la forzosa. Veamos estas alternativas.

a) imprevisión voluntaria. En tal supuesto, el constituyente asume que hay un tema en el que debe pronunciarse, y no lo hace. La abstención puede motivarse por prudencia, si estima que es preferible el silencio a un pronunciamiento constitucional conflictivo y quizá dañoso, o todavía no madurado, en cuyo caso relega al legislador ordinario la solución del problema, con lo que éste viene a ejercer, en tal caso, una suerte de poder constituyente delegado. Lo puede hacer por dolo, si al estilo de Poncio Pilatos prefiere transferir la responsabilidad política de ciertas decisiones –por ejemplo- al poder legislativo común, o a los tribunales.

b) imprevisión involuntaria. En esta alternativa, el constituyente ha callado en resolver un tema de rango constitucional sin que exista en esa actitud conciencia de la omisión.

- *hechos nuevos.* Una primera posibilidad se da cuando el constituyente no ha previsto hechos materialmente imprevisibles, producto de nuevas situaciones fácticas. Es el caso de las "lagunas históricas" de la Constitución[(10)]. Por ejemplo, la de los Estados Unidos no contempla el transporte aéreo ni la titularidad de las fuerzas aéreas (cosa que sí hace respecto de la marina y del Ejército de la Nación, en el art. II sección 2). En l787, en efecto, no había aviones.

[(10)] La expresión es de Werner Goldschmidt (cfr. su *Introducción filosófica al derecho,* 4ª. ed., Buenos Aires 1974, ed. Depalma, pág. 291)

- *falta de consenso.* En esta variable el constituyente quiere, pero no puede, resolver un problema de categoría constitucional. Así, v. gr., el constituyente de Venezuela de 1961 no pudo decidir con precisión la integración del Consejo de la Magistratura. Lo mismo ocurrió con el constituyente argentino en 1994, quien tampoco logró acuerdo para disponer la conformación del mismo Consejo y para resolver el destino final de los decretos de necesidad y urgencia (en ambos casos, transfirió esa responsabilidad al Congreso, mediante el dictado de leyes especiales por parte de éste).(11)

- *impericia.* Aquí el constituyente, por error o culpa, de vez en cuando por olvido, omite un pronunciamiento sobre algo en lo que pudo expedirse. Un caso paradigmático es el del art. 98 de la constitución de la Provincia de Santa Fe (Argentina). Indica que están sometidos al juicio político (equivalente al *impeachment* norteamericano), el Gobernador "y sus substitutos legales en ejercicio del Poder Ejecutivo" (art. 98), pero no habla del Vicegobernador que no desempeñe el Poder Ejecutivo, y que actúe, por ejemplo, como presidente del Senado, tenor del art. 39 de la misma Constitución. Una inaceptable interpretación restrictiva, de tipo literal, podría llevar a sostener que ese Vicegobernador no puede ser removido, concluyendo entonces irresponsable.

3. Consecuencias de la imprevisión.

Hay dos formas básicas de entender a la imprevisión constitucional.

a) la imprevisión como prohibición. En esta variable, el intérprete piensa que si la Constitución nada dice sobre un punto, ello significa, como regla, que ello está prohibido. Por ejemplo, cuando el proceso de integración regional cobró auge en Latinoamérica y muchas de las constituciones del subcontinente no contemplaban la transferencia de competencias legislativas o judiciales hacia los órganos del sistema de integración, muchos juristas concluían que tal delegación estaba consti-tucionalmente interdicta, y que solamente era viable mediando una previa reforma constitucional que explícitamente la autorizase.

b) la imprevisión como silencio. Desde este ángulo, se piensa que el no tratamiento de un tema por el constituyente solamente significa eso, esto

(11) Así, los arts. 99 inc. 3 y 114 del texto constitucional argentino sancionado en 1994.

es, una laguna constitucional, que puede y debe ser rellenada por el operador de la Constitución (el Congreso, el Poder Ejecutivo, los jueces). A éste le tocaría, pues, cubrir el vacío lagunoso por alguno de los métodos de *integración constitucional* (más que de "interpretación" constitucional, puesto que poco habría que interpretar en un hueco normativo de la Constitución). De seguirse esta ruta, la respuesta jurídica ante la imprevisión podría tranquilamente no ser "prohibitiva" o "negativa", sino francamente permisiva de una competencia o de un derecho.

De estas dos posturas, la segunda es mucho más atractiva. Permite construir respuestas jurídicas provechosas, positivas, funcionales para el sistema constitucional, en vez de negaciones rígidamente bloqueadoras para este régimen. Volviendo al ejemplo de la integración regional, una visión integrativa de la norma constitucional faltante podría llevar a decir, por ejemplo, que en aras del bien común internacional y de un despliegue actualizado del derecho de gentes., el operador de la constitución estaría autorizado a realizar las transferencias de competencias domésticas a órganos supranacionales, atendiendo así a ese hecho históricamente no previsto por la Constitución.

4. Cobertura de la imprevisión. El "quién".

El primer punto a definir en este tema es el sujeto de la cobertura. Obviamente, lo ideal sería que el propio constituyente rellenase la laguna o imprevisión constitucional. Eso puede ser relativamente simple en constituciones "flexibles" o "semiflexibles", cuando el mismo poder legislativo ordinario opera como poder constituyente, aunque con algunos recaudos de mayor severidad para adoptar las decisiones de orden constitucional.

Sin embargo, la actuación del poder constituyente no siempre es fácil de lograr, y menos con premura. En constituciones rígidas o semipétreas la aparición del poder constituyente en el escenario político y jurídico no es muy frecuente. Por ende, la cobertura de la imprevisión correrá, a menudo, a cargo de los poderes constituidos, máxime ante emergencias públicas o cuando surja un impostergable "estado de necesidad" que demande respuestas inmediatas. Por lo demás, si se trata de una imprevisión sometida a la decisión de un Tribunal, éste no está autorizado para omitir su pronunciamiento, y deberá fallar, por más que

las normas constitucionales del caso sean insuficientes o simplemente no contemplen el problema a resolver.

La imprevisión constitucional, resumiendo, muchas veces obliga a los poderes constituidos a comportarse como poderes constituyentes. Es un acto de transformismo jurídico-político para el que tal vez no están suficientemente entrenados, pero para el caso de los tribunales concluye como un trabajo forzoso del que no pueden escapar.

5. Cobertura de la imprevisión. El "cómo"

Entramos aquí en el espinoso asunto del método o técnica de cegado de la imprevisión constitucional.

a) la ruta de la interpretación dinámica de la Constitución. Esta ancha avenida del derecho constitucional contiene muchos carriles para contemplar y resolver la imprevisión del constituyente.

- Para muchos, ciertas imprevisiones constitucionales pueden resolverse mediante una exégesis evolutiva y progresista de la Constitución, dándole a sus vocablos, por ejemplo, no el sentido histórico que tuvieron cuando se sancionó la ley suprema, sino el que poseen hoy. Ello permitiría tanto *aggiornar* a la Constitución, como expandir sus cláusulas, otorgándoles un radio de cobertura mucho más amplio que el que inicialmente tuvieron. Ese alongamiento o estiramiento de la Constitución autorizaría entonces que ella capte muchos más fenómenos que los abarcados por la misma Constitución al momento en que se dictó.

- Se vincula con esto la conocida distinción de Ronald Dworkin entre "conceptos" y "concepciones", diferenciación que pretende vencer la tesis conservadora de entender las palabras de la Constitución exclusivamente según el significado que tuvo de ellas el constituyente histórico.(12) Conforme al autor que mencionamos, los primeros serían vocablos que la constitución utiliza como ideas jurídicas indeterminadas, cuyo relleno el

(12) En el sentido que "La Constitución es un documento escrito. Como tal, su sentido no cambia. Lo mismo que significó cuando fue adoptada, significa ahora", cfr. Corte Suprema de Estados Unidos, *North Carolina v. United States,* en Varios, *La Constitución de los Estados Unidos de América,* ob. cit., pág. 66.

mismo constituyente deja en manos de los futuros operadores de la Constitución (así, palabras como "justicia", "dignidad humana", "igualdad", etc.). Las "concepciones", en cambio, resultarían ideas concretadas por el constituyente de modo más preciso. Por ejemplo, el art. 18 de la constitución argentina prohibe "toda clase de tormento y los azotes". La expresión "toda clase de tormento" es vaga, y deja al operador un buen y elástico margen para describir las distintas variables de tormento, e incluso incluir en esa noción, hoy, algo que no se visualizaba como "tormento" hace un siglo y medio, cuando se juró la Constitución. Sería un típico caso de "concepto". En cambio, la prohibición de "azotes" es francamente precisa, y su determinación ya la hizo el mismo constituyente.(13)

Transportando ese esquema a temas de actualidad, la cuestión de la tutela de los embriones y óvulos fecundados, por ejemplo, puede entreverse, en muchos textos constitucionales, como algo no previsto por el constituyente. Sin embargo, si la Constitución ampara a la "vida", o al "niño", o al ser humano desde su concepción o desde el embarazo, estas palabras son perfectamente entendibles como tuitivas, también, de los referidos embriones.

Yendo a una cuestión todavía más polémica, como es si una pareja de homosexuales puede o no entenderse como "familia", el asunto podría adquirir distintas consecuencias según si el texto constitucional ha manejado un "concepto" o una "concepción" en cuanto los términos "familia" o "matrimonio". En el caso de Ecuador, v. gr., donde el constituyente entiende por unión de hecho protegible al igual que la familia matrimonial, a la "unión estable y monogámica de un hombre y una mujer" (art. 38), difícilmente aquella pareja gay o lésbica podría aspirar a lograr un status matrimonial o similar al mismo. En un país que manejase solamente el "concepto" (y no una "concepción") de "familia", la respuesta quizá podría ser diferente, en el sentido de que el constituyente histórico habría dejado la precisión del concepto "familia" a los operadores posteriores de la Constitución.(14)

---

(13) Dworkin Ronald, *Los derechos en serio,* trad. por Marta Guastavino (Barcelona, 1984), ed. Ariel, pág. 213 y sigts.

(14) En estos casos debe hacerse la salvedad de que, aunque el texto de la constitución emplee un "concepto", si el constituyente histórico efectivamente manejó una

- Otro campo propicio para la interpretación dinámica y evolutiva de la Constitución se da por medio de las "cláusulas abiertas" de la Constitución. Un caso típico son las reglas constitucionales de los "derechos no enumerados", o "derechos implícitos", que afirman, por ejemplo, que los derechos enumerados por la Constitución no implican la negación de otros retenidos por el pueblo (enmienda IX, Constitución de EEUU), o que derivan de la dignidad humana, o que son inherentes a la persona, o a la forma republicana de gobierno, etc. En tales supuestos, es evidente que son los operadores posteriores de la Constitución los que darán rango constitucional a derechos no imaginados como constitucionales por los constituyentes históricos, y ello implica un importante conducto para resolver imprevisiones constitucionales, o atender temas que el constituyente no abordó incluso por razones cronológicas. En tal sentido, v. gr., puede reputarse que en las constituciones donde el honor o la tutela de la propia imagen no tienen rango constitucional expreso, al no mediar previsión constitucional sobre el punto, los operadores judiciales de la Constitución están habilitados para conferirle esa protección constitucional si se deciden a hacerlo, merced a una exégesis elástica de la cláusula de los derechos no enumerados. Así se hizo en Argentina, por ejemplo, en materia de acción de amparo: algo no contemplado inicialmente por el constituyente, pero declarado con rango e inserción constitucional por la Corte Suprema, en el referido precepto de los derechos implícitos (en el caso, art. 33 de la constitución nacional).(15)

- La doctrina de la "constitución en el tiempo" aporta otra visión evolutiva de la constitución. La misma, de buen predicamento en el pensamiento alemán, alerta que el cambio histórico afecta a cualquier constitución: "si cambia la realidad, cambia con ella el sentido de la norma". En rigor de verdad, la persistencia de la constitución correría pareja con su aptitud para adaptarse a las nuevas circunstancias: "su continuidad puede llegar a depender de la forma en que se aborde el cambio" (Conrado Hesse). Practicando aquí una suerte de gatopardismo

---

"concepción" (y ello surgiera claramente de los proyectos y debates de una convención constituyente, por ejemplo), habría en principio que respetarla. La "concepción" específica puede surgir, también, de los principios y valoraciones sociales y morales imperantes en una comunidad concreta, al momento en que se pretende interpretar a la Constitución.

(15) Cfr. Sagüés Néstor Pedro, *Los derechos no enumerados en la Constitución Nacional,* en "Enciclopedia Jurídica Omeba", Apéndice V, pág. 33 y sigts.; *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo* (Buenos Aires, 4ª. Ed., 1995), ed. Astrea, pág.. 9 y sigts.

sui generis, podría inferirse que el secreto de la supervivencia de la Constitución estriaría en su habilidad para mutar, en consonancia con los nuevos requerimientos socioeconómicos y culturales. La tesis recepciona las ideas de Easton en torno a los sistemas políticos: el cambio no es opuesto a la persistencia, sino todo lo contrario.(16)

- Finalmente, y sin pretender agotar el catálogo de las posiciones reparadoras de la imprevisión dentro de una concepción evolutiva de la Constitución, no puede ignorarse, desde luego, a la doctrina de la Constitución como *un instrumento constante de gobierno,* expuesta, entre otros casos, por el *Chief Justice* Stone en "United States v. Classic.(17). Tal postura insiste en que una Constitución no es una ley común, ni debe leerse como a ésta. En definitiva, la Constitución es, básicamente, una suerte de " revelación de los grandes propósitos". Esta concepción de la Constitución como "sistema de principios" fue explicada por el Presidente Woodrow Wilson en el sentido que de por sí era un documento incompleto: "si hubiera ido más allá de las disposiciones elementales, habría perdido su elasticidad y adaptabilidad. El desarrollo de la Nación y el desenvolvimiento consiguiente del sistema gubernativo habría hecho pedazos a una Constitución que no tuviese en sí cómo adaptarse a las nuevas condiciones de una sociedad que progresa".(18)

Si se quiere una muestra simple y práctica en el derecho estadounidense acerca de cómo una interpretación evolutiva de la Constitución puede resolver una imprevisión constitucional de tipo histórico, como fue la obvia omisión, en la Constitución de 1787, de la autoridad competente para regular el tráfico aéreo. Para atender tal laguna, el Gobierno federal hizo uso de la "commerce clause" de la Constitución (art. II, sección 8), que permite al Capitolio reglar el comercio con las naciones

(16) Hesse, Conrado, *Constitución y derecho constitucional,* ob. cit., pág. 9. Sobre la tesis de Easton, en el sentido que "De un sistema puede afirmarse que subsiste aunque cambie. El cambio es a todas luces compatible con la continuidad. Parece posible y necesario decir que un sistema dura si, al mismo tiempo, sufre alteraciones sustanciales y significativas", cfr. Easton, David, *Esquema para el análisis político,* trad. por A. C. Leal (Buenos Aires, 1973), ed. Amorrortu, pág. 120, y Sagués Nëstor Pedro, *Teoría de la Constitución* (Buenos Aires, 2001), ed. Astrea, pág. 104 y sigts.

(17) Cfr. Corwin Edward S., ob. cit., pág. 14.

(18) Wilson Woodrow, *El gobierno del Congreso,* trad. por Julio Carrié (Buenos Aires, 1902), pág. 8/9, cit. por Linares Quintana Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional,* ob. cit., pág. 443.

extranjeras y entre los Estados de la Unión. Pues bien: dado que la actividad aérea era básicamente un emprendimiento mercantil, se entendió que la vieja "commerce clause" resultaba idónea y suficiente para que el Congreso dictara la "Air Commerce Act" de 1926.(19)

Otro caso de interés pudo ser el de Argentina, que en su texto de 1853/60 declaró que todo habitante tiene el derecho "...de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa". Por supuesto, al redactarse la cláusula citada, no había televisión, y mediaba entonces una "laguna histórica" en el asunto. El debate acerca de si los canales de televisión estaban o no incluidos en el concepto de "prensa" motivó una definición judicial de la Corte Suprema de tipo semielástica: consideró, al atender la imprevisión constitucional, que la palabra "prensa" involucraba a la televisión , pero no de la misma manera que a la prensa escrita, sino en un sentido más restringido, motivo por el cual podría haber respecto de la TV restricciones que no serían constitucionales en cuanto, por ejemplo, los diarios.(20) La solución es discutible, pero muestra un caso de despliegue constitucional de un vocablo a situaciones inimaginadas por el constituyente que lo empleó.

b) las posiciones hiperevolutivas (interpretación mutativa, no interpretativismo). Estas corrientes autorizan plenamente atender las imprevisiones constitucionales, sea a través del agregado de *algo* al texto constitucional sobre lo que el mismo nada dice (interpretación mutativa "por adición"), o rellenando la laguna según las creencias y valoraciones inmersas en la sociedad ("no interpretativismo", y doctrina de la "constitución viviente", o *living constitution*). En otros supuestos, el intérprete-operador estará autorizado para *quitarle* algo a la Constitución (interpretación mutativa "por sustracción") para tornarla todavía útil. En ambos casos la solución de la imprevisión es fácil, ya que se parte del supuesto de que el intérprete no va a encontrar soluciones en algo ya hecho por el constituyente, sino que él mismo va a elaborar las respuestas constitucionales que la sociedad necesita. En conclusión, estas doctrinas están hechas a medida

(19) Raitzin Mario, *El derecho de la aeronavegación. Teoría y práctica en los EEUU* (Buenos Aires, 1945), ed. Valeriano Abeledo, pág. 48.

(20) Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Fallos,* 315:1943. Nos hemos referido con mayor amplitud al tema en Sagüés Néstor Pedro, *La censura judicial a la prensa en Argentina,* en Fundación Konrad Adenauer, "Anuario de derecho constitucional latinoamericano" (Buenos Aires, 1998), pág. 395.

para resolver las imprevisiones y vacíos de la Constitución.[21] Puesto que justifican con amplitud que el intérprete-operador se separe de la voluntad del constituyente histórico para elaborar sus recetas jurídicas, con mayor razón admiten que aquél construya las mismas si el constituyente no legisló sobre un determinado tema.

c) el recurso al derecho internacional. Otro dispositivo para atender útilmente a la imprevisión constitucional es el llamado al derecho internacional. Un punto no tratado por el constituyente, en efecto, puede haber sido ya cubierto por documentos internacionales, vigentes en un Estado

La cobertura de la previsión constitucional es sencilla si el documento internacional tiene para el país del caso, rango constitucional, o si la constitución declara, como lo hace la de Guatemala (art. 46), que los tratados en materia de derechos humanos prevalecen sobre el derecho interno. De todos modos, aunque la regla internacional no cuente en un determinado país con categoría constitucional, la actual fuerte presión del derecho internacional sobre el local (incluso el constitucional), atento las reglas de *jus cogens* del "pacta sunt servanda" y de la "bona fide", retratadas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, hacen que la norma internacional adquiera vigencia cada vez más consolidada en el interior de un país.

El caso de "Productos Avón S.A.", sentenciado por la Corte Suprema de la República Dominicana, en el sentido de cubrir la imprevisión constitucional de la acción de amparo, con reglas emergentes del Pacto de San José de Costa Rica, es una significativa muestra de lo que estamos comentando.[22]

d) el camino de la integración. Para esta posición, un asunto, situación o problema de naturaleza constitucional no previsto por el constituyente es básicamente una *laguna* constitucional, y como tal, no debe resolverse

---

[21] Sobre la interpretación constitucional mutativa y el no interpretativismo derivamos al lector a nuestro libro *La interpretación judicial de la constitución* (Buenos Aires, 1998), ed. Depalma, págs. 51 y sigts., 100 y sigts.

[22] Sobre el caso "Productos Avón S.A.", cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Iudicium et Vita,* Diciembre 2000, nº 7, pág. 329 y sigts., con nota de Allan Brewer Carias.

por vía de "interpretación" (ya que no habría dispositivo normativo que interpretar), sino por "integración" (o si se prefiere, "construcción") de la norma faltante.

Los métodos de integración son básicamente dos: la *autointegración,* que recurre al mercado jurídico interno (analogía, principios generales del derecho doméstico, valores y creencias del medio local) y la *heterointegración* (valores, principios generales del derecho, derecho extranjero valioso).[23]

A todas luces, en estos casos el "integrador" cuenta con un margen de acción más amplio que un "intérprete", ya que éste se encuentra ceñido en su libertad de actuar por la presencia de una norma, mientras que el integrador no tiene norma que lo enclaustre, sino *norma ausente*. De todos modos, la "integración" no significa que el operador pueda integrar como le guste: deberá respetar el techo ideológico y el plexo axiológico de la constitución, las demás cláusulas de esta última (con la excusa de integrar, no podrá derogar otros preceptos constitucionales), las reglas de derecho internacional que vinculan al Estado en cuestión, los principios jurídicos vigentes, la conciencia constitucional imperante, etc.

6. Cobertura de la imprevisión. El "qué".

A menudo, la atención y el despacho de la imprevisión constitucional terminan en la elaboración de una regla (consuetudinaria) de derecho constitucional. Las sentencias de un tribunal constitucional supremo que concentre el control de constitucionalidad configuran, con frecuencia, directrices con efectos *erga omnes* que prácticamente valen como el mismo texto constitucional.

En los países con control difuso, con fallos que se ciñen a casos concretos, la solución de la imprevisión puede tener efectos más tenues, ya que allí las sentencias del tribunal supremo pueden cambiar de caso a caso. No obstante, y por diversas vías, los fallos de ese órgano máximo de control de constitucionalidad adquieren a menudo vigor expansivo, acercándose bastante (aunque no del todo) a las de una corte constitu-

[23] Sobre la integración constitucional, nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución,* ob. cit., pág. 161 y sigts.

cional concentrada. La doctrina norteamericana del *stare decisis* y la argentina de los efectos vinculantes, aunque condicionados, de los veredictos de sus cortes supremas, es un indicador de ello.(24)

Desde luego, la solidez de una doctrina judicial que resuelva una imprevisión constitucional no depende solamente de la categoría del tribunal que lo haga, sino del acierto intrínseco de la solución adoptada. A mayor dosis de prudencia, de tino y de justicia en la atención de la imprevisión, mayores posibilidades de supervivencia de lo decidido. Naturalmente, juega aquí también la voluntad de los operadores constitucionales posteriores al sujeto que cubrió la imprevisión, en el sentido de repetir o no la receta que el mismo elaboró.

Es importante reiterar aquí que el "qué" diseñado por el agente que estudió y resolvió la imprevisión constitucional tiene *materialmente* naturaleza constitucional (desde el momento en que ha "construido" una respuesta constitucional no incluida en la Constitución inicial imprevisora), por más que el referido sujeto sea un poder constituido.

7. Recapitulación.

Generalmente se visualiza la imprevisión constitucional como un fenómeno negativo. Y puede serlo así, cuando el constituyente ha guardado silencio en temas que debió tratar. Las fuentes de esa omisión son diversas: impericia, falta de consenso para expedirse, ausencia de coraje, o también hedonismo constituyente.

A esa imprevisión "mala" cabe sumar otra "buena": no es aconsejable que la Constitución prevea todo. Su vocación de futuridad hace que ciertos temas sean enunciados únicamente de modo general, dejando a los operadores futuros su despliegue y explicitación posterior. Al respecto, la Constitución no debe ser una cárcel, sino una pista de despegue. Del mismo modo, el transcurso del tiempo presentará problemas y situaciones novedosas que los constituyentes, por más que lo hubieran querido, no habrían podido prever.

(24) *Ibidem,* pág. 222 y sigts.

La imprevisión constitucional, por todo ello, es un fenómeno harto importante y a la vez frecuente y casi connatural a la misma Constitución. Por ello, la empresa de cobertura de la imprevisión no debe llamar a asombro, aunque pone a prueba la idoneidad de los operadores del sistema constitucional, que van a trabajar como constituyentes subrogantes, y en particular, de los jueces de la Constitución, que son quienes tienen la última palabra en el problema, como intérpretes supremos de la Constitución.

La imprevisión constitucional presenta tres niveles de interrogación: *quién* debe atenderla, *cómo* tiene que operar, y *qué* debe hacerse, vale decir, en qué consiste el producto final que cubre la imprevisión.

Normalmente la primera pregunta se responde recurriendo a los poderes constituidos, que de alguna manera se convierten, ante la imprevisión, en poderes constituyente suplentes. La segunda encuentra soluciones en un conjunto de recetas que circulan en el derecho constitucional comparado: doctrinas de la interpretación evolutiva, del recurso al derecho internacional, de la híper flexibilización constitucional (no interpretativismo, mutativismo), o de la integración de la norma constitucional incompleta o faltante. El tercer interrogante conduce a observar que a menudo, las soluciones integradoras o reparadoras de la imprevisión generan reglas de derecho constitucional consuetudinario que se adosan a la constitución formal inicialmente imprevisora. Pero esto depende de la sagacidad y del acierto con que ha operado el sujeto que atendió y respondió a la imprevisión, así como de la aceptación que su fórmula de cobertura tuvo en los operadores posteriores de la constitución.

GOBIERNO ELECTRÓNICO: UNA POLÍTICA DE ESTADO NECESARIA

Deyanira Camacho Toral
Abogada dedicada a la Propiedad Intelectual y los Derechos del Consumidor. Catedrática de Derecho Constitucional y de Propiedad Intelectual. Autora de algunas publicaciones.
deyanira.camacho@gmail.com

RESUMEN:

El gobierno electrónico es una herramienta de primer orden para el mejoramiento de las empresas, de la calidad de vida de la gente, del servicio público, del desarrollo cultural y, en general, del saneamiento de las democracias. Pero existen diferencias significativas entre los beneficios que los países obtienen de ello, haciendo necesarias políticas públicas armónicas en las que participen el Estado y la sociedad para alcanzar un equilibrio.

PALABRAS CLAVE:

internet, gobierno electrónico, sociedad de la información, brecha digital, desarrollo tecnológico.

INTRODUCCIÓN

En el año 1996 la Unión Europea en su Libro Verde sobre la Sociedad de la Información ya se pronunciaba respecto de la necesidad de implementar políticas que amplíen los beneficios de la sociedad del conocimiento.

Somos privilegiados de vivir en esta época de cambios tecnológicos vertiginosos que brindan una gran oportunidad para crear riquezas, mejorar los servicios y elevar el nivel de vida. Las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs) integran nuestra cotidianidad, pero existe una diferencia muy grande entre países, sectores, y empresas. El acceso y los beneficios son desiguales, lo que produce una nueva forma de desequilibrio en el mundo, conocido como la brecha digital.

Se constituye en tarea de todos los actores sociales y del Estado trabajar coordinadamente para superar esta marginación informática.

Por lo expuesto, requerimos de políticas públicas de largo plazo diseñadas para aprovechar el progreso tecnológico y así garantizar una equitativa y sustentable distribución de la prosperidad. Le debemos a las futuras generaciones reconocernos inmersos en este mundo globalizado, y sentar las bases de una construcción social digna.

1. SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

1.1. Aspectos generales

El mundo actual ha permitido que el ser humano amplíe su mirada desde las compras en la tienda de la esquina hasta aquellas por internet sin fronteras. Desde todos los rincones los medios de comunicación nos ofrecen tal cantidad de información que resulta imposible procesarla. Lo cual nos lleva a cuestionarnos sobre los límites de este nuevo orden y si en efecto puede producir cambios en nuestra vida.

Se podría decir que la sociedad de la información, también conocida como la sociedad del conocimiento, sociedad postindustrial, o sociedad postmoderna, es aquella en la que la creación, distribución y manipulación de los datos es parte trascendental en la vida cotidiana y abarca todas las esferas del quehacer social, cultural, político y económico.

El primer esbozo del concepto lo hizo el economista vienés nacido a principios del siglo XX, Fritz Machlup, al señalar en su publicación *La producción y distribución del conocimiento en los Estados Unidos* (1962), que la cantidad de espacios laborales basados en el manejo de información es mayor que aquel producido con esfuerzo físico[1]. Posteriormente, Yoneji Masuda, sociólogo japonés en sus variadas investigaciones trató el modelo de la sociedad tecnológica y en 1984 editó su libro *La sociedad informatizada como una sociedad postindustrial,* cuyo título se explica por sí solo[2].

[1] http://www.infoamerica.org/teoria/machlup1.htm
[2] http://www.infoamerica.org/teoria/masuda1.htm

El investigador mexicano de la UNAM, Raúl Trejo[3], señala diez características de la sociedad de la información, a saber:

(i) Velocidad: De no existir fallas técnicas, la comunicación bidireccional es inmediata.
(ii) Omnipresencia: Los datos públicos y privados están por todas partes. Internet ha generado un lugar de encuentro social, que permite entender mejor al mundo, y provocar procesos de aculturación; pero también posibilita colocar información para manipular.
(iii) Exuberante: Por la cantidad inmensa y diversa de información.
(iv) Ciudadanía pasiva: Desde el punto de vista que muchos de los grandes intereses de los ofertantes en internet van exclusivamente al consumo y no a construir un espacio de formación, reflexión y creatividad. Anotación que no comparto del todo.
(v) Irradiación: La distancia física es relativa por la dispersión de las barreras geográficas.
(vi) Interactividad / unilateralidad: Los medios de comunicación han sido unidireccionales, con usuarios pasivos limitados a recibir datos; mientras que en internet la comunicación es multidireccional, síncrona y asíncrona.
(vii) Multilateralidad / centralidad: Este paradigma se ha mantenido. Los Estados Unidos han sido los mayores productores y exportadores de la información introducida al mundo, en especial por la cinematografía y la televisión. Actualmente son ellos mismos quienes aportan la mayor cantidad de información, usuarios, y acceso.
(viii) Desorientación: La gran cantidad de información puede ser una oportunidad para el crecimiento personal y social, pero si no sabemos discriminar podríamos estar gastando el tiempo en datos inútiles.
(ix) Desigualdad: Es potencialmente cierto que los medios de comunicación reducen las desigualdades sociales gracias a programas de teleducación, telemedicina, gobierno electrónico, etc.; pero también se han repetido algunas diferencias, por ejemplo, los países industrializados tienen cada vez más acceso a internet, mientras

[3] TREJO, Raúl. (2001). Vivir en la Sociedad de la información: Orden gloal y dimensiones locales en el universo digital. Revista iberoamericana de ciencia, tecnología, sociedad e información. http://www.oei.es/revistactsi/numero1/trejo.htm

otros ni siquiera cuentan con la infraestructura necesaria para implementar la red de redes. Ni qué decir de la capacitación.

(x) Heterogeneidad: Internet tiene toda clase de información religiosa, política, sexual, etc. siendo un espacio para conocer el mundo y, cesar o respaldar discriminaciones.

Es indiscutible que cada vez tenemos mayor acceso a datos, y que no necesariamente por eso nos entendemos mejor a nosotros mismos, a nuestro entorno o a las realidades un poco más distantes, esto se debe a la cantidad de información poco clara y en muchos casos equivocada que recibimos, influyendo en las opiniones y decisiones que podemos asumir respecto de alguna situación.

Todo lo antes expuesto nos evidencia que la manera en la que nos comunicamos cambió. Los medios masivos de comunicación como la imprenta, la radio y la televisión permitieron comunicar los diferentes eventos, generalmente de forma asíncrona, a grandes grupos humanos. Hoy, gracias a la red de redes, los procesos de comunicación son rápidos, interculturales, masivos, y sincrónicos. Entonces es responsabilidad de todos, y en especial de los gobiernos, diseñar las políticas necesarias para aprovechar esta herramienta como un factor de desarrollo para los pueblos.

1.1. La brecha digital

Vivimos la era de la sociedad de la información, sin embargo existe una diferencia sustancial en el acceso que las sociedades tienen a los medios de comunicación, en especial al internet, lo cual provoca un claro distanciamiento del conocimiento -considerado hoy como el mayor capital-, es la brecha digital.

Las comparaciones no siempre son cómodas, pero en esos términos, no es cierto que todos los países tengamos el mismo nivel de incidencia ni de recepción ni de participación en la sociedad de la información, de hecho, cifras de las Naciones Unidas[4] señalan que para el año 1999 el

[4] TREJO, Raúl. (2001). Vivir en la Sociedad de la información: Orden gloal y dimensiones locales en el universo digital. Revista iberoamericana de ciencia, tecnología, sociedad e información. http://www.oei.es/revistactsi/numero1/trejo.htm

promedio de llamadas telefónicas internacionales por persona era de 247 minutos en Suiza, 100 en Canadá, 60 en los Estados Unidos, y 3 en Colombia. Estas cifras guardan relación con la cantidad de aparatos telefónicos que existen por persona, así por ejemplo, el mismo estudio reveló que en Mónaco tenían 99 teléfonos por cada 100 personas, en Estados Unidos 70, en Argentina 18, en Uganda 0,2. Un estudio en el año 2000 de World Resources Institute estima que casi el 80% de la población mundial para ese entonces nunca había realizado una llamada telefónica.

Para el año 2000 la NUA Internet[5] estimó que el número de millones de usuarios de internet en Europa era de 113, en Estados Unidos y Canadá de 167 y en América Latina de 16. Según el Internet World Stats[6], las estadísticas de uso de internet respecto de la población mundial en el 2007, es la siguiente:

Continente	Población (2007)	Población mundial %	Uso de internet	Penetración (internet) %	uso internet % mundo	Crecimiento 2000-2007
África	933.448.292	14,2%	33.545.600	3,6%	2,9%	643,1%
Asia	3.712.527.624	56,5%	418.007.015	11,3%	36,2%	265,7%
Europa	809.624.686	12,3%	321.853.477	39,8%	27,9%	206,2%
Oriente Medio	193.452.727	2,9%	19.539.300	10,1%	1,7%	494.8%
Norteamérica	334.538.018	5,1%	232.655.287	69,5%	20,2%	115%
Latinoamérica	556.606.627	8,5%	109.961.609	19,8%	9,5%	508,6%
Oceanía	34.468.443	0,5%	18.796.490	54,5%	1,6%	146,7%
Total Mundial	6.574.666.417	100%	1.154.358.778	17,6%	100%	219,8%

En Ecuador las cifras de la Superintendencia de Telecomunicaciones[7] indican que de enero a septiembre del 2007 los usuarios totales de internet promediaron 850.000 entre las cuentas y usuarios conmutados y dedicados, esto representa alrededor de un 7% de la población nacional.

[5] http://www.nua.ie/surveys/how_many_online/index.html
[6] http://www.tufuncion.com/internet-estadisticas
[7] www.suptel.gov.ec

Lo anterior evidencia que mientras unos tienen acceso a la mejor tecnología e información, lo cual les da poder; otros aún no gozan ni siquiera de líneas telefónicas, carecen de tecnología perdiendo las oportunidades laborales, educativas, comerciales y de entretenimiento que ofrece esta nueva economía basada en la información. Esta brecha está acentuando las desigualdades en el mundo.

1.1. La aculturación

La cantidad de información que los medios nos proporcionan es de tal magnitud que se están experimentando señales de aculturación, entendida ésta como el resultado del proceso de un individuo o una sociedad por el cual aprehenden algunos aspectos o asumen otra cultura, incluso sacrificando la propia.

Hay países que para contrarrestar la importación masiva de culturas y proteger la propia, han creado fondos de desarrollo cultural nacional, por ejemplo, el caso de FONDART en Chile que lo otorga el Consejo Nacional de Cultura y que persigue apoyar el desarrollo de las artes y la difusión de la cultura, contribuir a conservar, incrementar y poner al alcance de las personas el patrimonio cultural de la Nación y promover la participación de éstas en la vida cultural del país. Otras naciones como las europeas usan su solidez cultural histórica como barrera niveladora de esta comunicación intercultural. Cabe preguntarse qué está haciendo Ecuador para salvaguardar su identidad frente a los procesos de intercambio cultural, en especial de sociedades con las que no existe una coherencia sustancial.

Según cifras de la UNESCO[8], para 1996 Ecuador importaba del cine estadounidense el 94% de sus películas, mientras que en México era de un 59%, y en Francia del 57% la extranjera en general. Tres años más tarde el porcentaje en nuestro país creció al 99,5%[9]. Estas cifras ratifican no solo que Estados Unidos es el principal exportador de cine, sino que hay países con mayor capacidad para diversificar el origen de los insumos fílmicos que importan.

---

[8] http://stats.uis.unesco.org/unesco/TableViewer/tableView.aspx?ReportId=204

[9] TREJO, Raúl. (2001). Vivir en la Sociedad de la información: Orden gloal y dimensiones locales en el universo digital. Revista iberoamericana de ciencia, tecnología, sociedad e información. http://www.oei.es/revistactsi/numero1/trejo.htm

Gracias a estos medios han surgido formas solidarias masivas como la coordinación de protestas o adhesión a variadas causas, recordemos el caso venezolano en el último referéndum; pero las personas han encontrado también nuevas maneras de aislarse.

Debido a la inserción de los medios de comunicación masivos, hemos cambiado las formas en las que entendemos la realidad local y la externa, sin que necesariamente esa realidad haya cambiado. La rapidez e impacto que generan los procesos mediáticos en las distintas sociedades, permiten romper las fronteras tradicionales y esquemas mentales respecto de otras culturas; sin embargo, debemos procurarnos políticas que velen por nuestra propia identidad, aun más si consideramos que estos mismos procesos integradores, sirven para remarcar más la diferencia económica y de desarrollo de los pueblos.

2. GOBIERNO ELECTRÓNICO

2.1. Un primer acercamiento

Podríamos definir al gobierno electrónico como una estrategia tecnológica de desarrollo social que establece nuevas formas de relación entre los administrados y el Estado para mejorar la calidad de vida de la gente mediante la participación ciudadana, la transparencia y control en la gestión pública. En el egoverment se transfieren a redes telemáticas la información, los procesos, trámites, transacciones y servicios de la administración pública que se han venido llevando en papel.

Según las prioridades, recursos y capacidades de cada administración, tal proceso se lo puede dividir en cinco etapas simultáneas o sucesivas que deben procurar la mayor inclusión social posible en la sociedad del conocimiento.

1. *Etapa de información*: De una forma no interactiva, el gobierno ofrece información general por medio de páginas web.
2. *Etapa de interacción*: Las webs gubernamentales permiten buscar documentos, bajar formularios. El usuario aun debe acudir a las dependencias de gobierno para terminar el trámite.
3. *Etapa transaccional*: Comienza la interactividad. Se pueden completar trámites en línea, como por ejemplo, hacer pagos, renovar permisos

4. *Etapa de transformación:* Se da un uso profundo y amplio de las TICs. Se automatizan los recursos y clientes mejorando las relaciones con ciudadanos, empresas y otros gobiernos.
5. *Etapa de participación ciudadana:* las TICs posibilitan y promueven la participación ciudadana en la construcción de las políticas públicas nacionales, regionales y seccionales.

El gobierno electrónico se construye aplicando los mismos principios rectores de la administración pública, señalados a continuación:

Principio de legalidad: El uso de las TICs para impulsar una estrategia de egobierno debe enmarcarse en las funciones, obligaciones y responsabilidades que tienen las autoridades nacionales, municipales definidas expresamente en la ley.

Principio de igualdad: El principio constitucional de igualdad en el gobierno electrónico permite el acceso a la red pública de internet desde cualquier región de un país, en análogas condiciones, inclusivas y no discriminatorias del estado económico-social de los ciudadanos. No se requiere que el usuario tenga su propia computadora sino que el gobierno debería establecer sitios de acceso público situados en bibliotecas públicas, centros de comercio, además de crear fórmulas que permitan la compra de aparatos a bajo costo. Este principio debe considerar que el llegar a múltiples tipos de personas requiere de webs fáciles y amigables.

Principio de transparencia: La credibilidad del gobierno se ve fortalecida por el uso de las TICs, ya que al no limitar el acceso permiten conocer y discutir las actuaciones públicas disminuyendo las coimas y otros actos de corrupción.

Principio de economía: El gobierno electrónico ayuda a reducir el tiempo y dinero destinados para cada transacción. El Estado puede minimizar los procesos internos de sus entidades, reduciendo burocracia, gastando menos en papel, lo cual contribuye a la construcción de empresas Estatales Socialmente Responsables.

Principio de celeridad: El gobierno electrónico significa menos trámites, procesos, burocracia, por ejemplo, los formularios en línea, buzones electrónicos de notificación de decisiones judiciales y administrativas, ventanillas únicas.

Principio de imparcialidad: Gracias al egobierno se impide que los juegos de intereses particulares se superpongan a los verdaderos y legítimos intereses del Estado o de otros particulares. Por ejemplo, con las páginas de las compras públicas.

Principio de publicidad: Es el principio rector del egoverment. A través del correo electrónico se pueden comunicar decisiones administrativas, notificarlas a través de carteleras digitales ubicadas en sitios web oficiales y publicar todo tipo de información de interés para los ciudadanos.

Emprender en egoverment conlleva a: (i) La aportación de canales de comunicación complementarios a los tradicionales entre la administración y el administrado; (ii) La optimización de recursos estatales; (iii) El acceso de los ciudadanos a la información, pudiendo reclamar o tomar mejores decisiones; (iv) El incremento del tiempo de atención para algunos trámites a las 24 horas los 365 días del año.

Para que el egoverment perdure, una vez conocidas las TICs por las autoridades, éstas deben construir normas que soporten su gestión, otorgando seguridad jurídica a la modalidad, para lo cual deberán estudiar el marco social en el cual se van a aplicar, con ello se medirá la preparación de la ciudadanía para requerir servicios tecnológicos.

En cualquier caso, hay que diseñar e implementar las estrategias considerando los objetivos que se deben cumplir y los que se quieren cumplir, los mismos que requerirán de determinadas prácticas, algunas de las cuales las podemos encontrar en la Guía para el desarrollo de sitios web del gobierno de Chile[10], entre las que se encuentran:

- *Liderazgo de la estrategia*: el egoverment supone el cambio en la forma de operar del Estado. No es algo coyuntural ni de ideologías, debería ser una política de Estado. Se deben definir los aspectos claves de la estrategia con sus indicadores de medición, roles, tiempos, etc. El equipo a cargo debe tener el apoyo de las instancias políticas pertinentes.

[10] Gobierno de Chile. (2004). Guía para el desarrollo de sitios web. www.guiaweb.gob.cl

- *Dirección de la estrategia*: la estrategia debe contar con un Director que sea una persona técnica más que política, capaz de estimular el trabajo interinstitucional.

- *Recursos de la estrategia*: debe concebirse como una política pública de largo plazo, que depende en gran medida del plan de gobierno, por tanto, hay que pensar en los mecanismos para la obtención de los recursos, los mismos que deben ser estimados desde un inicio y estar acordes con las necesidades ciudadanas y del Estado, además de ser flexibles por al avance tecnológico. Y por supuesto prever que en los primeros años los resultados no serán tan evidentes porque se requiere un cambio de mentalidad que es progresivo.

- *Gerencia del recurso humano*: el personal debe estar capacitado según las etapas de diseño, desarrollo, seguimiento y evaluación. Se deben definir perfiles y además dotarlos de autoridad para que puedan materializar los proyectos, caso contrario estarán sujetos siempre al voluntarismo de unos y a las decisiones meramente políticas de otros. Adicionalmente es importante capacitar a los funcionarios públicos, también ellos necesitan cambiar de mentalidad, y otorgar-les las competencias para manejar las herramientas del egoverment, e incluso compartir personal con otras instituciones con fines de ser agentes de repetición de la experiencia.

- *Gestión de la tecnología*: hay que considerar que la adquisición de la misma sea óptima y pertinente con el fin de no comprar elementos inútiles. Debe ser tecnología compatible entre las Instituciones estatales. Por otro lado, los procesos a implementar deben surgir de la casuística, acompañada con las posibles soluciones a darse por la vía del egoverment, y no solicitar a los usuarios requerimientos complejos de software o hardware para el uso de los beneficios.

En cuanto a los organismos más relevantes involucrados en materia de gobierno electrónico está la entidad que regula los nombres de dominio y su asignación: ICANN, Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y números; apropósito de lo cual existen proyectos que buscan ampliar tanto la capacidad de equipos conectados a la red, cuanto la capacidad de direcciones y números de internet.

2.2. Gobernanza de internet en Ecuador

2.2.1. Perfil del país

Como se anotó en la parte inicial del presente trabajo, dentro de la escala mundial, Latinoamérica apenas cuenta con el 9,5% de acceso a internet, lo alentador es que se ubica en el segundo puesto de crecimiento con 508,6%. En ese contexto está Ecuador con sus casi trece millones de habitantes y que, según la Superintendencia de Telecomunicaciones, en cifras ya revisadas en páginas anteriores, en el 2007 apenas el 7% de la población nacional accedió a internet.

Pacifictel[11] señala que el proyecto "Anillos SDH de la ciudad de Guayaquil" por donde pasarán los cables de fibra óptica a cargo de la compañía Huawei Technologies está adelantado en un 75%, y es posible que para este año esté concluido. Respecto de los sistemas tradicionales, los enlaces con fibra óptica brindan cerca de 1.000 veces más capacidad de ancho de banda sobre distancias aproximadamente 100 veces mayores. Hay algunos proyectos ya en funcionamiento, por ejemplo el nodo de Machala.

La historia del gobierno electrónico en Ecuador no es de mucha data, se inicia en el 2002 con la aprobación de la Agenda de conectividad de las Américas. Sin embargo, la inestabilidad política que hemos vivido durante estos últimos años ha sido un elemento adverso y de gran incidencia para el estancamiento de cualquier tipo de iniciativa a largo plazo y con visión país en la materia.

Este resultado negativo está en directa relación con la falta de tecnología e infraestructura en el país todo lo cual guarda relación con la carencia de políticas públicas, y, adicionalmente, con el desconocimiento de las autoridades que detentan el poder sobre la importancia del egoverment en el desarrollo de la sociedad actual, en especial si consideramos el importante número de emigrantes quienes podrían ser inmensamente beneficiados con una modalidad de gobierno digital.

[11] www.pacifictel.net

Lo antes señalado se vuelve particularmente complejo si comparamos nuestra realidad con la de los países de la región, quienes están asumiendo el reto de la gobernanza en internet de forma sistémica y sistemática. Nosotros nos mantenemos con estrategias aisladas que no coinciden ni hacen sinergia, no responden a políticas de Estado.

2.2.2. Estrategias del egoverment

No es fácil encontrar información de gobierno electrónico en Ecuador, precisamente porque no es un tema socializado ni desarrollado. José Pilleggi[12], ex candidato a asambleísta señaló que es necesaria la implementación de un gobierno electrónico para destrabar y agilizar los procesos y trámites públicos, creando un Estado más eficiente y transparente, lo que se constituye en el mejor tratamiento anticorrupción.

José Luis Barzallo[13] apunta, entre otros, a los siguientes proyectos como los necesarios para impulsar el gobierno electrónico en el país: (i) Tarifa plana: Acuerdo con los operadores de telefonía para beneficiar a los usuarios brindándoles conexión ilimitada a internet en horarios determinados con costos accesibles; (ii) Norma técnica de internet: Regula el acceso a internet fijando los parámetros del servicio de los proveedores de internet; (iii) Acceso a Internet: Implementación de políticas que permitan la masificación del servicio y acceso de los usuarios, lo que involucra la regulación de las nuevas tecnologías; (iv) V o IP: Regula las comunicaciones de voz, es decir, la telefonía que hoy se da por internet; (v) Fondo de Desarrollo de las telecomunicaciones FODETEL: Recaudar efectivamente el 1% de los operadores de telefonía convencional que le corresponde a esta Unidad para que los proyectos destinados a las áreas rurales y urbano marginales puedan ser implementados. Es importante conseguir que las empresas de telefonía móvil también aporten, lo cual hoy no sucede por no estar consideradas en la Ley de creación de FODETEL; (vi) Ley de Comercio Electrónico y Reglamento: se necesita mejorar la norma vigente, pero especialmente difundirla; (vii) Comercio electrónico, telesalud, teleducación: de las tres áreas el comercio electrónico es la que más se ha desarrollado, sin

[12] Entrevista en CRE satelital, septiembre 2007

[13] Barzallo, José Luis. (2006). El gobierno electrónico en el Ecuador. Revista de Derecho Informático, No. 095. www.alfa-redi.org

embargo no supera el 1% de usuarios, esto por la desconfianza de las transacciones en línea. En teleducación existen algunas iniciativas en las Universidades aún no totalmente explotadas. La telemedicina no ha mostrado avances; (viii) Convergencia tecnológica: implica la integración de los medios de telecomunicación bajo parámetros de competencia leal e igualdad de condiciones entre los operadores vigilados por el CONATEL.

Si bien es cierto que las estrategias deben tomar en consideración a la sociedad en la cual se aplicarán, es importante dar una mirada comparativa a otras realidades para una mejor aplicación de las mismas, y en tal sentido, quisiera comenzar invitando a que se visiten algunos sitios web que corresponden a diversas ciudades del orbe y que son un buen ejemplo de egoverment:
www.cityofdunedin.com, www.curitiba.pr.gov.br, www.tameside.gov.uk, www.medellin.gov.co, www.portoalegre.rs.gov.br

Centraré el objeto de mi comparación en el caso chileno por algunas razones, la primera por mi positiva y personal experiencia con el gobierno electrónico en ese país; y, porque es el primer país de América Latina que mejor implementa las políticas de egoverment, logrando alcanzar en su mejor momento el puesto 22 en el mundo; y para ello, comienzo por presentar un extracto de la entrevista personal realizada al Cónsul General de Chile en Guayaquil, Ministro Consejero, Rodrigo Pérez Manríquez, del 1 de octubre de 2008:

"*Construyendo el marco histórico referencial contemporáneo, Chile inicia su apertura al mundo durante el período militar. En él se sentaron las bases macro del país que hoy conocemos. Esta salida al mundo implicó un cambio en el paradigma de la forma en cómo los chilenos veían su propia vida como sociedad.*

En la década de los ochenta el gobierno inició un gran movimiento de privatizaciones, donde algunas empresas de países desarrollados ingresaron al mercado chileno obligándolo a insertarse internacionalmente, para lo cual Chile debió introducir tecnología y capacitarse. Los negocios ya no se daban necesariamente puerta a puerta. El Estado y los empresarios salieron al mundo para ofrecer su país, sus servicios y sus productos.

En los noventa, el gobierno de Patricio Aylwin asumió la implementación del egoverment, lo cual involucró un cambio de mentalidad, el chileno comenzó a percibir que las instituciones funcionaban lo cual consiguió dar un sentido de valor y orgullo nacional, porque experimentaron más seguridad, participación, transparencia, ahorro de tiempo y dinero, acceso a la información, cercanía con la administración pública, y en general, una mejora sustancial en la calidad y cantidad de servicios prestados a la ciudadanía por esta modalidad.

La gobernanza en internet empezó en una primera instancia con instituciones que llegaban transversalmente a los ciudadanos y generaban un gran impacto, por ejemplo el Servicio de Impuestos Internos, Aduanas, Registro Civil; siempre involucrando a los sectores privados.

El Estado también reparó en que no se trata de un mero voluntarismo, sino de hacer las cosas con seriedad y con conocimiento técnico del tema; por ello, elaboraron normativa coherente con la realidad nacional, invirtieron en infraestructura tecnológica, capacitaron a los funcionarios, socializaron los beneficios, e implementaron mecanismos de control adecuados.

Las fronteras del Estado tienen múltiples alcances, y el gobierno chileno se ha preocupado porque sus políticas lleguen a sus representaciones en otros países, así, el Consulado de Chile en Guayaquil tiene conexión directa con el Registro Civil de su país, gracias a la cual pueden hacer consultas. Próximamente se incluirá una máquina capturadora de datos que permitirá emitir pasaportes electrónicos, reduciendo su tiempo de entrega de tres meses a uno. Este servicio recién se va a poder implementar porque antes no existía en Ecuador el ancho de banda necesario.

Otra de las experiencias que se está estudiando es la televisión digital. Hacia allá va el mundo. Aún no se decide si se aplicará la norma europea o japonesa; y aunque la televisión digital ofrece múltiples ventajas, el gobierno de forma responsable se está preparando porque eso afecta la vida de la gente.

La votación electrónica será un próximo paso. En una primera etapa aún existirán juntas receptoras del voto, para posteriormente llegar al sistema que funciona en países como Suiza, en el cual los ciudadanos votan desde su casa.

Los funcionarios públicos deben convertirse en agentes de un cambio social y cultural acorde a la globalización. La egovernanza solo rinde frutos si junto con la inversión tecnológica se dan cambios culturales, estructurales y de prácticas.

Una de las consecuencias positivas del egoverment es que la gente se vuelve más exigente, pidiendo mejores servicios y por tanto eleva la calidad de vida de todos, permite a los usuarios el bienestar para gestionar sus propias necesidades con seguridad".

Cuando en Chile se habla de gobierno electrónico, se hace referencia a algo más que la incorporación de las TICs a la Administración, es un esfuerzo de gestión para aportar al desarrollo competitivo del país y para mejorar la calidad de vida de la sociedad. En el mandato de Ricardo Lagos se fijó como objetivo del Proyecto de Reforma y Modernización del Estado, el crecimiento del gobierno electrónico, considerado hoy una herramienta fundamental para la modernización del Estado y el desarrollo de la democracia. Hoy cuentan con 300 sitios web y cerca de 400 trámites en línea[14].

Puerto Montt, ubicada a 1.100 kilómetros al sur de la capital chilena, pasó a ser la primera ciudad digital de Latinoamérica[15] que ofrece acceso gratuito a internet desde cualquier punto de la misma, beneficiando a 175.000 personas más una población flotante de 100.000. Esta iniciativa social es posible gracias a un esfuerzo conjunto entre la Municipalidad y el sector privado.

La egovernanza debe incluir a todas las áreas del Estado: a la Administración Pública nacional y local para ofrecer una mejor gestión; al Poder Legislativo para volver más transparentes los procesos de discusión de las leyes; y al sector judicial para que comunique sus resoluciones y estados de las causas. Todo lo cual llevará a conseguir el llamado "one-stop-goverment" que es el gobierno que brinda sus servicios unificadamente.

Chile cuenta con algunos portales emblemáticos como lo son chilecompra.cl, tramitefacil.cl, registrocivil.cl, tesorería.cl, inp.cl, sii.cl. Este último de gran ayuda para el comercio electrónico, corresponde al

---

[14] Chiletech.com. Gigli Juan (2008). Estrategia Digital presentó La guía web 2.0 y el indicador de trámites públicos en línea.

[15] VILLARROEL Gilberto. (2005) Puerto Montt ciudad digital. http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/specials/2005/tunez/newsid_4435000/4435398.stm

del Servicio de Impuestos Internos y ofrece múltiples beneficios, desde declaraciones en línea realizadas por el propio Estado (significa un servicio fantástico, ya que exime al ciudadano de la contratación de un contador para el elaboración de las declaraciones), se puede hacer inicio de actividades, obtener boletas de honorarios electrónicas, facturas electrónicas cuya misión es implementar un modelo que dé validez legal y tributaria a los documentos generados, soportados y transmitidos vía electrónica, avalando su uso en las operaciones comerciales entre contribuyentes, y generando, por consiguiente, mayor presencia en el comercio electrónico, además de facilitar el cumplimiento tributario. Ayudaría mucho si el Estado ecuatoriano promoviera y usara los documentos y firma electrónica.

En cuanto a la Agenda Nacional de Conectividad en Ecuador está soportada en algunos pilares, entre ellos teleducación, telemedicina, comercio electrónico y gobierno en línea. Sin embargo, no ha conseguido desarrollarse, como las circunstancias globales lo ameritan, realidad que es una tarea pendiente para el presente y futuros gobiernos que debieran comenzar a establecer políticas públicas claras, inversión en el sector y diseño de procesos de capacitación y socialización a todos los actores sociales.

Cuando se habla de estrategias éstas deben ser coordinadas e inclusivas de los sectores público y privado. En otros países esto ha causado grandes beneficios en materias aduaneras, tributarias y laborales como por ejemplo, con el teletrabajo, a propósito de lo cual el día 3 de octubre de 2008 el gobierno nacional presentó a la sociedad su iniciativa camellotel que es un programa que vincula las vacantes de empleo con buscadores de los mismos, otra versión del mismo servicio es camellonet que utilizará a la internet como su herramienta de conexión. Un programa recientemente presentado es el portal www.compraspublicas.gov.ec, del Ministerio de Industrias y Competitividad, sitio que pretende poner en conocimiento de la gente todas las adquisiciones que realiza el sector público, fomentando la transparencia en las transacciones y contrataciones, que al mismo tiempo brinda una interesante oportunidad para las empresas nacionales por la universalidad, igualdad, y gratuidad que rigen en el modelo.

Sin duda, uno de los mayores ejemplos nacionales de gobernanza en internet es la Corporación Registro Civil del Municipio de Guayaquil, incluso, la misma actual Comisión de Tránsito del Guayas es una muestra de lo que se puede hacer en favor del desarrollo de un pueblo utilizando las TICs.

La teleducación debería constituirse en una de las estrategias prioritarias para el desarrollo del país ya que las ventajas que ofrece sobre la educación tradicional son múltiples, especialmente en el mundo de hoy. Entre ellas me permitiré mencionar las siguientes:

(i) Trasciende las barreras geográficas: lo que permite llegar con educación de calidad a la mayor cantidad de lugares del país e incluso fuera de él. Basta con imaginar proyectos que servirían para las personas que están en las cárceles y que para su rehabilitación y reinserción requieren de procesos formativos. O la capacitación técnica y profesional que se podría dar a los migrantes ecuatorianos en otros países, en especial con aquellos suscriptores del Convenio Andrés Bello que permite la convalidación de títulos Universitarios.

(ii) Reducción de costos: la educación a distancia por su propia naturaleza abarata los costos respecto de los requeridos en la formación presencial. Además de la posibilidad de maximizar los recursos en la misma modalidad a distancia, como por ejemplo con el uso de software libres.

(iii) Democratiza la educación: por las dos razones antes expuestas, permite llegar a un amplio espectro de personas que, de otra forma, no podrían acceder a educarse, y por consiguiente, tener una mejor calidad de vida.

Para la teleenseñanza la Comisión Europea implementó el programa @lis[16] el mismo que intenta demostrar cómo las TICs serían una gran herramienta para mejorar la educación en América Latina, y poder disminuir la brecha digital.

[16] Chiletech.com. (2006). Gigli Juan. E-lane: La teleenseñanza en Latinoamérica

Vale citar la experiencia que la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil ha tenido al respecto. En el año 2003 la institución decidió iniciar su modalidad de estudio a distancia para lo cual creó el SED (Sistema de Educación a distancia). Mientras la Carrera de Derecho en la modalidad presencial cuenta con alrededor de 1.000 alumnos, en cuatro años la misma Carrera en su versión a distancia tiene cerca de 500 usuarios de muchos puntos del país incluido Galápagos y el Oriente, e incluso del exterior. En el 2008 la Universidad inauguró su propio canal de televisión y estación de radio. Todas estas herramientas en su conjunto están haciendo convergencia tecnológica ya que existen programas integrados entre la televisión y el SED. La oferta tiene costos significativamente menores que los de la modalidad presencial, lo que es un ejemplo de democratización de la educación.

Con la teleducación se persigue acercar la educación a la sociedad. Es una eficiente combinación entre vinculación con la colectividad e innovación tecnológica.

En el caso de la telemedicina, nuestro país no ha avanzado. Bien podrían implementarse, desde el Ministerio de Salud, y siempre de forma coordinada, programas destinados a mejorar la administración interna, y por tanto, elevar la calidad de servicio a los usuarios. La experiencia en otros países los ha llevado a formar la Red Digital para el sector Salud, creada para contratar los servicios de una red comunicacional para el área. Además, de la Agenda Médica Electrónica que permita recopilar y enlistar los recursos médicos, de laboratorios y radiológicos. Se pueden también hacer trámites por internet, por ejemplo, la solicitud y otorgamiento de las licencias médicas.

En cuanto al gobierno electrónico, propiamente tal, el Estado es el encargado de diseñar las políticas públicas y estrategias a corto, mediano y largo plazo para implementarlo y que conduzcan al progreso. Me permito indicar algunas:

- Establecer políticas de reducción de costos e impuestos para algunos productos y servicios del sector.
- Diseñar parámetros para uso de software propietario o software libre. Siempre pensando en los intereses del Estado a largo plazo. Ambos tienen potencialidades, el primero en cuanto a la seguridad,

garantía y permanencia; y el segundo especialmente sobre el costo, aunque en algunos casos podría resultar contraproducente.

- Potenciar el desarrollo del egoverment local ya que es precisamente la administración municipal más cercana a la gente y la que más usa el ciudadano, y además podrían integrar nuestras propias particularidades culturales.
- Apoyar facilitar iniciativas que permitan la venta de computadoras a precios módicos. En Chile hubo una experiencia denominada "mi primer PC"[17] surgida de una alianza tripartita entre Gobierno-Intel-Microsoft.
- Promover la integración y sinergia de las iniciativas particulares, para que todas vayan en un mismo sentido de desarrollo país.
- Crear organismos pertinentes y técnicamente capacitados y con poder de decisión para que sirvan como diseñadores, asesores, ejecutores y observadores del proceso de inserción de Ecuador en la Sociedad de la Información.
- Apoyar al establecimiento de cibercafés en la medida que el fenómeno de emigración lo requiere. Actualmente existen 316 locales a nivel nacional autorizados por la Superintendencia de Telecomunicaciones[18].
- Determinar instituciones que realicen actividades de alto impacto social para que sean las iniciadoras de las políticas electrónicas, por ejemplo, el SRI, Aduanas, Registro Civil.
- Habilitar una comunidad informática que reúna a los centros informáticos de las diferentes entidades públicas para que promuevan intercambio de conocimientos y experiencias.
- Tramitar recursos para la implementación del egoverment. (En el 2004 el BID le prestó a Chile casi 14 millones de dólares para la primera etapa de una estrategia digital).
- Construir normativa legal aplicable a nuestro país que sirva como marco regulatorio, lo que será abordado en el tema siguiente.
- Generar portales de servicios y trámites fáciles, como por ejemplo un sitio de pagos electrónicos al Estado en coordinación con diversos medios (tarjetas de crédito, banca, y otras formas posibles). A manera de ilustración, en el 2003 en Chile se recaudaron por esta vía MM$152.000, en el 2004 MM$298.000, y en el 2005 MM$450.000,

[17] www.lanacion.cl / prontus_noticias / site / artic / 20050808 / pags / 20050808215327.html
[18] www.supertel.gov.ec. Cifras de julio de 2008.

demostrando ser todo un éxito. Otros casos son las ventanillas únicas empresariales diseñadas para agilizar los procesos en las exportaciones, declaraciones juradas, certificaciones, etc.; y las venta-nillas únicas para el consumidor, que podría estar a cargo de la Defensoría del Pueblo. El sistema de reclutamiento por internet bajo la responsabilidad de la Dirección de Movilización; y el servicio para consulta y registro de propiedad intelectual cuyo responsable debería ser el IEPI.

- Promover y usar el documento y firma electrónica

Adicionalmente es de gran valor contemplar tanto en las normas, como en las políticas y en las estrategias la neutralidad tecnológica. Esto resulta obvio por la cambiante realidad tecnológica, por tanto, mal haríamos si atamos un proyecto o política a una tecnología determinada que muy posiblemente en corto tiempo esté obsoleta. Por tanto, en lo que respecta a las tecnologías, el egoverment es flexible.

Aun cuando no es muy conocido, menos aún en las sociedades latinoamericanas, el teletrabajo es una de las más dignas y positivas formas de uso de las TIC. El médico Víctor Pauchet en una de sus frases más conocidas citaba que El trabajo más productivo es el que sale de las manos de un hombre contento. ¿Se imagina no tener que ir a la oficina físicamente, pero producir lo mismo desde su casa? No más tráfico en horas pico. No más gasto en combustible. No más viajes poco dignos en la locomoción colectiva. No más preocupaciones ni cargos de conciencia por los hijos enfermos y solos en casa. Más tiempo para producir o incluso descansar.

El teletrabajo se presenta con algunas variantes, puede ser totalmente a distancia, eventualmente a distancia, o con intermedios presenciales. Está caracterizado por la flexibilidad tanto en el espacio como en el tiempo, y en el fundamental uso de las TICs.

Mediante esta modalidad las empresas consiguen reducir los costos incrementando la competitividad, generar más empleo, tener un personal más cómodo y motivado. El trabajador mejora su calidad de vida, disminuye sus gastos de movilización, alimentación y vestuario, es más dueño y partícipe de su vida personal y familiar, disminuye su estrés aumentando la concentración. El Estado recibe un impacto positivo en la

disminución de desempleo, del centralismo, de la migración a las grandes ciudades, de la diminución del tránsito.

Entonces, ante este positivo panorama porqué no estamos todos trabajando en casa. Esto se debe a que existen paradigmas culturales. Si usted fuese el empresario, ¿Estaría confiado de que sus teletrabajadores en realidad están produciendo?, ¿Se quedaría tranquilo esperando a fin de mes que lleguen los resultados? Adicionalmente la administración y mando de la empresa responden a otra visión y no estamos capacitados para ello.

Una de las críticas mayores al teletrabajo es que se pierde el nivel de socialización con otras personas, pero la verdad es que con los avances tecnológicos eso es relativo. Pensemos un modelo de negocio electrónico en donde el trabajador aporta con una computadora instalada desde su casa y el empresario asume la mejor de las conexiones de internet, para que permita mandar documentos pesados en poco tiempo, hacer video conferencias; y finalmente se escoge un día a la semana para reuniones personales que se desarrollan en variados lugares agradables.

Una de las aristas de alto impacto social es el teletrabajo dirigido para los grupos vulnerables, entre ellos a las personas con capacidades especiales, o para los privados de la libertad, esto como una de las maneras para aportar a su inclusión social y vida digna.

En una noticia publicada a fines de septiembre de 2008 en el diario La Tercera de Chile, se informa la primera jornada de teletrabajo y discapacidad realizada por la Universidad Austral, en un esfuerzo conjunto con el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, con la Secretaría Regional Ministerial de Gobierno, y con la Inernational Development Research Centre. Tema sobre el cual el profesor Cristian Salazar señaló que hay muchas personas impedidas de salir de su hogar pero que son económicamente activas destacando que “El teletrabajo no aísla a las personas sino que el desempleo”.[19]

[19] Diario la Tercera, 29 de septiembre de 2008. *U. Austral realiza primera jornada de teletrabajo y discapacidad.* http://www.latercera.cl/contenido/28_55294_9.shtml
Se recomienda visitar www.telecapacitados.tic.org.ar

2.2.3. Marco jurídico del egoverment

Como todas las áreas del quehacer de un Estado, el gobierno electrónico debe encontrar para su aplicación una base jurídica, la misma que surge de la Constitución y de la Ley.

Hasta ahora el egobierno ha debido ajustarse a un sistema que rige a la administración pública que es presencial, costosa, vertical, rígida y formalista; siendo que la naturaleza de éste responde a parámetros de administración a que son distancia, horizontal, digital, flexible y menos costosos. Por tanto, se debe construir un marco jurídico idóneo que incluya neutralidad tecnológica para poder implementarlo.

Algunos países apuntan a propuestas para establecer la conectividad a las redes digitales como un derecho constitucional[20]. Esto con el fin que el acceso a internet en un futuro sea un servicio tan común como la luz eléctrica, lo que implicaría que el Estado debería procurar y velar porque en todo el territorio de su país exista la posibilidad de conexión para de esa manera superar la problemática de la brecha digital.

Además este derecho estaría íntimamente vinculado con otros constitucionales como los de igualdad de oportunidades, educación, ciencia y tecnología, cultura, justicia, acceso a la información pública, o libertad de trabajo.

En la Constitución aprobada por el referéndum de septiembre recién pasado, hay algunas disposiciones relativas a las TICs, que citaré a continuación:

El primer gran sustento para el gobierno electrónico es el art. 1 que describe a Ecuador como un Estado que se gobierna de forma descentralizada. Qué mejor que el gobierno electrónico para llevarlo a cabo. Está complementado por el art. 3 que señala entre los deberes primordiales del Estado el promover el desarrollo mediante el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización.

---

[20] Doggenweiler Alejandro. (2008). Acceso a la conectividad digital: ¿Un Derecho Constitucional? www.bcn.cl/carpetas_temas_profundidad/legislacion-internet-chile/acceso-conectividad-digital

A través del art 147 reparamos en que sin duda la voluntad política del Presidente de la República es trascendental para la implementación efectiva del egoverment, cuando dispone que entre sus atribuciones y deberes está el de definir y dirigir las políticas públicas de la Función Ejecutiva.

Por otra parte, los principios sobre los cuales se constituye la administración pública están plasmados en el art. 227, y son: eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación. Todo lo cual está íntimamente vinculado con la gobernanza en internet.

Por su parte el numeral 2 del artículo 16 dispone que todos tenemos derecho al acceso universal a las tecnologías de información y comunicación. Esta disposición resulta ser toda una novedad jurídica, pues consigue constitucionalizar el derecho de acceder a las TICs, algo que otros países desde hace algún tiempo están buscando. Y el numeral 3 del mismo artículo indica que tenemos derecho a la creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas. Es necesario remarcar la importancia de la repartición equitativa del espectro radioeléctrico, lo cual permitiría una forma de expresión democrática.

Según el numeral 2 del art. 18, Todas las personas, individual o colectivamente, tenemos derecho de acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. Esta disposición se encuentra recogida y detallada en la Ley Orgánica de Acceso y Transparencia a la Información Pública, que no ha tenido mayor aplicación real por falta de voluntad política. Sobre esto mismo, la Constitución del 2008 incluye como una nueva garantía constitucional la Acción de Acceso a la Información Pública, materializando jurídicamente el interés por este derecho.

Ecuador debería procurar la consecución de un conjunto de leyes, reglamentos, decretos, e instructivos que regulen y promuevan el gobierno electrónico, como por ejemplo, normas para reglar: (i) Las bases de los

procedimientos administrativos, (ii) La vida privada; (iii) Ámbito de aplicación del egoverment, (iv) Sitios web públicos y privados, (v) Software; además de mejorar la Ley de Comercio Electrónico y su Reglamento que ya velan por aspectos fundamentales como los Docu-mentos Electrónicos, las firmas electrónicas y su certificación, la segu-ridad electrónica.

La Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES), en el año 2007 contrató algunas consultorías, entre otras cosas, para (i) La coordinación de las actividades del Grupo de Gobierno Electrónico integrado por la CONATEL, el Consejo Nacional para la reactivación de la Producción y la Competitividad, el MEF, el MIC, la Presidencia de la República, COMEXI, y el SRI; (ii) La elaboración de un documento contentivo de las políticas, roles y funciones del Grupo de Gobierno Electrónico; sin embargo no se han evidenciado mayores adelantos. Además, se requerirá que se organicen grupos técnicos que formulen proyectos de cuerpos legales articulados para la promoción de la gobernanza en internet.

Sería conveniente pensar en reformas laborales que permitan el teletrabajo, para lo cual habría que modernizar la legislación laboral incluyendo esta modalidad contractual, y la de seguridad social para incorporar la cobertura de los beneficios sociales al teletrabajador, recordando incluir a los discapacitados, según lo dispone la Constitución 2008 en al art. 47 numeral 5, y a los privados de libertad de acuerdo al art. 51 numeral 5 de la misma norma en la cual el Estado reconoce la atención a sus necesidades laborales y productivas. Finalmente, no hay que olvidar regular la privacidad del hogar que se constituiría en su lugar de trabajo.

Otras de las materias pendientes es la actualización y adaptación de la normativa tributaria, tanto para posibilitar el comercio electrónico y facilitar el trabajo, por medio de la emisión de facturas y de boletas de honorarios electrónicas; y de establecer reglamentación para solucionar el problema del domicilio empresarial en el teletrabajo.

2.2.4. Gobierno: inclusivo y para la gente

Considero necesario advertir que no debemos dejar a ninguna parte de la población marginada de los beneficios del desarrollo, y en este caso del gobierno electrónico. Por ello es necesario crear un egoverment donde nadie sea excluido, y generar medidas para entregar estos servicios a los grupos vulnerables. La primera y mejor forma es dotando de infraestructura, capacitación y construyendo páginas accesibles, amigables y actualizadas.

Es importante que intervengan en todo el proceso el gobierno nacional, los locales, la sociedad civil, las Organizaciones no gubernamentales, la academia, las asociaciones de voluntarios y todos quienes pueda ayudar a reducir la complejidad de la relación entre la administración y el administrado, por ejemplo, introducir un sistema digital en los hospitales para que desde ahí se puedan remitir en línea los datos del registro del recién nacido y las declaraciones de los padres al organismo pertinente.

Uno de los mayores desafíos es regresarle a la gente la confianza en la democracia y en sus procesos, para ello debemos acercar al ciudadano común a la política y brindarle espacios reales para que de forma fácil y clara, participe en su construcción, por medio del uso de as TIC´s, esto ayudará a generar un sentido de pertenencia política, que considero es una forma de cohesión social.

Se debe buscar financiamiento para la ejecución de proyectos de investigación en esta materia, siempre bajo un esfuerzo integral que halle mecanismos y soluciones realizables. En este sentido, vale la pena precisar que existen varios organismos que soportan iniciativas de egobernanza, entre ellos, recuerdo el ya citado programa de la Comisión Europea @lis que es la Alianza para la Sociedad de la Información, que relaciona a Europa con América Latina estableciendo diálogos y cooperación en marcos de políticas públicas, regulaciones, y determinación de áreas claves para invertir en interconexiones.

3. SUMARIO DE CONCLUSIONES

- El paso a la sociedad del conocimiento presenta cambios radicales para el Estado y la sociedad. Esta situación tiene una doble concepción, la primera, ser asumida como una gran oportunidad para el progreso y la Reforma y Modernización del Estado; y la segunda, como un riesgo que afecta a la equidad y cohesión social
- Este nuevo modelo mundial requiere servidores públicos capaces de aceptar, entender y manejar esta innovadora visión de la administración pública.
- Las normas legales, políticas y estrategias deben responder a la neutralidad tecnológica.
- Los esfuerzos deben ser mancomunados y deben traducirse en normas, políticas y estrategias a corto, mediano y largo plazo, siempre con visión de Estado.
- Características de la sociedad de la información: Velocidad, Omnipresencia, Exuberante, Ciudadanía pasiva, Irradiación, Inter-actividad, Multilateralidad, Desorientación, Desigualdad, Hetero-geneidad
- Brecha digital es la diferencia de acceso y uso de TICs que las sociedades tienen.
- Se están experimentando señales de aculturación, entendida ésta como el resultado del proceso de un individuo o una sociedad por el cual aprehenden algunos aspectos o asumen otra cultura, incluso sacrificando la propia.
- El gobierno electrónico es una estrategia de desarrollo social que establece nuevas formas de relación entre los administrados y el Estado, mejorando la calidad de vida, mediante el uso de las TIC.
- Egoverment aplicando los mismos principios rectores de la administración pública: legalidad, igualdad, transparencia, econo-mía, celeridad, imparcialidad, publicidad.
- El egobierno en Ecuador se inició en el 2002 con la aprobación de la Agenda de conectividad de las Américas, la inestabilidad política ha impedido su desarrollo.
- Otros países están asumiendo el reto de la gobernanza en internet de forma sistémica y sistemática. Nosotros nos mantenemos con estrategias aisladas.
- Para impulsar el egobierno es necesario: Tarifa plana, Norma técnica de internet, Acceso a Internet, V o IP, Apoyo a FODETEL, mejorar

Ley de Comercio Electrónico y Reglamento, impulsar Comercio electrónico, telesalud, teleducación, teletrabajo; Convergencia tecnológica.

- Chile es el segundo país del continente que mejor implementa el egoverment. Tiene 400 trámites en línea y la primera ciudad digital de Latinoamérica.
- La egobernanza debe incluir a todas las áreas del Estado. Nadie debe ser excluido.
- La nueva Constitución el acceso a las TICs como derecho constitucional
- Ecuador debe procurar normas jurídicas que regulen y promuevan el egobierno.

BIBLIOGRAFÍA

- http://www.infoamerica.org/teoria/machlup1.htm; 4 de octubre-2008
- http://www.infoamerica.org/teoria/masuda1.htm; 4 de octubre-2008
- TREJO, Raúl. (2001). Vivir en la Sociedad de la información: Orden gloal y dimensiones locales en el universo digital. Revista iberoamericana de ciencia, tecnología, sociedad e información. http://www.oei.es/revistactsi/numero1/trejo.htm
  http://www.nua.ie/surveys/how_many_online/index.html; 4 de octubre-2008
- http://www.tufuncion.com/internet-estadisticas; 5 de octubre-2008
- www.suptel.gov.ec; 5 de octubre-2008
- http://stats.uis.unesco.org/unesco/TableViewer/tableView.aspx?ReportId=204; 5 de octubre-2008
- Gobierno de Chile. (2004). Guía para el desarrollo de sitios web. www.guiaweb.gob.cl
- www.pacifictel.net; 5 de octubre-2008
- Entrevista en CRE satelital, septiembre 2007; 5 de octubre-2008
- Barzallo, José Luis. (2006). El gobierno electrónico en el Ecuador. Revista de Derecho Informático, No. 095. www.alfa-redi.org; 5 de octubre-2008
- Chiletech.com. Gigli Juan (2008). Estrategia Digital presentó; 5 de octubre-2008

- La guía web 2.0 y el indicador de trámites públicos en línea; 5 de octubre-2008
- Chiletech.com. (2006). Gigli Juan. E-lane: La teleenseñanza en Latinoamérica
- www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20050808/pags/20050808215327.html; 5 de octubre-2008
- Diario la Tercera, 29 de septiembre de 2008. U. Austral realiza primera jornada de teletrabajo y discapacidad. http://www.latercera.cl/contenido/28_55294_9.shtml; 6 de octubre-2008
- Doggenweiler Alejandro. (2008). Acceso a la conectividad digital: ¿Un Derecho Constitucional? www.bcn.cl/carpetas_temas_profundidad/legislacion-internet-chile/acceso-conectividad-digital; 6 de octubre- 2008
- COMISION EUROPEA, Libro Verde. Vivir y trabajar en la sociedad de la información. Prioridad para las personas. 22 de julio 1996; 6 de octubre-2008 http://europa.eu.int/ISPO/ecommerce/legal/documents/people_first/people_first_es.pdf; 6 de octubre-2008
- Nua Internet Surveys, What many online? Noviembre de 2000 http://www.nua.ie/surveys/how_many_online/index.html; 6 de octubre-2008
- WORLD RESOURCES INSTITUTE, Creating Digital Dividends, http://www.digitaldividend.org/index.htm, 2000; 7 de octubre-2008
- http://www.ufi.com/ukol/; 7 de octubre-2008
- www.modernizacion.cl; 7 de octubre-2008
- ec.europa.eu/europeaid/where/latin-america/regional-cooperation/alis/index_en.html; 7 de octubre-2008
- www.cambiemosecuador.com/2005/01/para_qu_un_gobi.html; 7 de octubre-2008
- Esperando el Teletrabajo. http://www.google.cl/search?hl=es&q=teletrabajo&meta=<-{ñ; 7 de octubre-2008

FICCIÓN DEMOCRÁTICA Y REAL CORRUPCIÓN

Dr. Luis Alberto Herrería Bonnet[1]
luisherreria@gye.satnet.net

RESUMEN:

En el presente ensayo, el autor sostiene que la demo-cracia, entendida desde Abraham Lincoln como el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, es en nuestro país tan solo una simulación utilizada por los demagogos para conseguir objetivos personales o de grupos egoístas. En tanto que la corrupción, y siempre tomando como referencia nuestra realidad política e institucional, viene a consumarse como una las peores lacras que pueden azotar una sociedad; una realidad vergonzosa que se la practica a diario, tanto por parte de gobernantes, como de un abigarrado grupo de esbirros de turno.

PALABRAS CLAVE:
Democracia, Corrupción, Ecuador, crisis política, fenomenología política.

INTRODUCCIÓN

El trabajo "Ficción Democrática y real corrupción" lo elaboré por un sentido de responsabilidad académica, aunado con un sentimiento de coraje por la realidad social imperante en el Ecuador.

La democracia, que al decir de Abraham Lincoln es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, en nuestro país es tan solo una simulación utilizada por los demagogos para conseguir objetivos

[1] LUIS HERRERÍA BONNET. Doctor en Jurisprudencia. Postgrado en Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca (España). Presidente Ejecutivo, Capítulo Ecuador, del Programa "Década para la Enseñanza de los Derechos Humanos", de las Naciones Unidas. Coordinador del Programa Académico para Especialistas en Derechos Humanos de la Universidad de Guayaquil. Asociado al Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, con sede en El Escorial, España. Cursos y Seminarios Internacionales. Expositor de trabajos de Derecho en centros de enseñanza en el Ecuador y en el exterior.

personales o de grupos egoístas. Mientras que la corrupción, una las peores lacras que pueden azotar una sociedad, es una realidad vergonzosa que se la practica a diario, tanto por parte de gobernantes, como de un abigarrado grupo de los esbirros de turno.

El fin de la guerra fría permitió afianzar los privilegios insoslayables de libertad y democracia, porque se evidenció el colapso de los regímenes totalitarios y el fin de la planificación central de la economía. Como única alternativa válida para el mundo se estableció el esquema neo-liberal, el mismo que ha demostrado en exceso su ineficacia social, con las terribles consecuencias de hambre y miseria en los países de la región, originando la locura por el poder de agrupaciones partidistas que se acostumbraron a seducir a las masas para luego repartirse las exacciones en forma torpe porque se consideran los encomenderos del nuevo siglo.

La actual crisis mundial debe hacernos comprender sobre la necesidad de un capitalismo democrático, en donde ya no cabe el estribillo del desarrollo económico per se, que contempla exclusivamente la oportunidad de que los ricos acrecienten sus fortunas, sin importarles las legiones de pobres que cada día son más desdichados, por lo que ha llegado la hora de que los gobernantes atiendan más de cerca los problemas sociales. Por supuesto que no se trata de justificar un estado benefactor, en donde se llegue a la insensatez de premiar la holganza y la falta de creatividad, pero si es necesario que el Estado intervenga como regulador, porque de esa manera, por ejemplo, se lograría preservar el medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, en donde actualmente con la falacia de una distorsionada libre empresa se ha procedido en forma demencial a la sobreexplotación de los recursos naturales, con lo que a muy corto plazo conseguirán que la tierra se convierta en una geografía lunar, donde ahí si no habrá diferencia entre acaudalados y menesterosos, porque quizás solo podrán sobrevivir las cucarachas.

Hay que hablar sin timidez, pero también sin soberbia, de la globalización, de la modernización, de la macroeconomía, de las inversiones extranjeras, etc. Plantear los mecanismos reales para combatir el desempleo y la corrupción. Formular el crecimiento con equidad. Analizar sin ambages el fracaso del neoliberalismo.

Luchar porque se cumplan con los derechos humanos, que de manera tan frívola se los pregona y en forma tan canallesca se los viola.

Cuando Francis Fukuyama escribió " El fin de la historia y el último hombre", cuya primera traducción al español corresponde a 1992, nunca pudo imaginar que a la vuelta de muy pocos años declararía ante el New York Times que aceptaba la posibilidad de su equivocación sobre la tesis que produjo el alborozo de todos quienes compartieron la idea de que la desintegración de la Unión Soviética significaba la consagración definitiva del capitalismo a ultranza, sin haber tenido la preocupación de espulgar las lacras que existen en todo sistema, tanto en el de los zares del credo marxista que consideraban a la opresión como normal, así como el libertinaje sin barreras que predicaban los profetas de la religión neoliberal, en cuyo nombre se postraron ante el becerro de oro y se olvidaron del hombre como criatura de Dios.

Fukuyama habló de los diferentes regímenes que han aparecido en el curso de la historia[2], resaltando que la única forma de gobierno que sobrevivió intacta hasta los últimos años del siglo XX era la democracia liberal. Aunque con toda la exaltación que lo embargaba, el autor de ancestro nipón quizás vislumbró su actual frustración, porque en el mismo libro se interroga sobre si podrá sostenerse a si mismo y en forma indefinida el modelo liberal o algún día se derrumbará a causa de una podredumbre interna, como le ocurrió al comunismo.

Después de tantos años de haberle dado al Fondo Monetario Internacional la categoría de oráculo, al cual los tercermundistas solo podían escuchar con respeto y veneración por su publicitada sabiduría y doctrina, resulta que no había sido más que un tótem parlanchín que se dedicaba a aconsejar estupideces. ¡Cuántas penurias fiscales, cuántas crisis económicas, cuántos pagos sin sentido, cuántos desgobiernos nos hubiéramos evitado si la verdad se hubiese comentado con anterioridad

[2] La democracia no puede entrar nunca por la puerta trasera; llega un momento en que debe surgir de una decisión deliberada de establecer la democracia. El reino de la política es autónomo del de la cultura y tiene su propia dignidad especial como un punto de intersección del thymos (alma) y la razón). La democracia liberal estable no puede aparecer sin la existencia de políticos prudentes y eficaces, que comprendan el arte de la política y sepan convertir las inclinaciones subyacentes de la gente en instituciones políticas duraderas. FRANCIS Fukuyama. *"El fin de la historia y el último hombre.* Barcelona. España. Editorial Planeta.. 1.992. Pag.300

al estallido de los principales mercados subordinados al capitalismo!. Esto hace necesario recordar que se trata de un organismo que empezó a funcionar desde 1945, a raíz de los acuerdos tomados en la Conferencia de Bretton Woods, en julio de 1944, en donde los miembros con cuotas más altas son los países más industrializados del planeta, quienes nombran a los directores que son los encargados de aplicar políticas monetarias, comerciales, cambiarias y todo el recetario, más los intereses, que han venido aplicando sin ton ni son a los países que antes estaban enfermos y que ahora agonizan, por efecto de un sistema que solo ha servido para que la raza humana asista al Apocalipsis que el apóstol San Juan reveló en su destierro de Patmos.

América Latina no podrá resistir más los cilicios torturadores del neoliberalismo, porque al grupo mayorítario de desempleados y subempleados se ha unido una clase media pauperizada, por lo que los gobiernos tendrán que responder por la rebelión o por la represión, lo que no permitirá la reactivación de las economías, porque, además, el cuento de la restricción del gasto público no lo cree nadie, así como sería de ilusos el suponer que desaparecerá la corrupción administrativa, cuando los pandilleros de muchos gobiernos todavía siguen asaltando las dependencias oficiales, siendo así que nuestros países sufrirán horriblemente por los efectos de la fractura neoliberal, no sólo por la globalización de la crisis, sino también porque nuestros gobernantes usualmente han sido dependientes de los criterios mezquinos y autoritarios de una clase dirigente insaciable, a la cual es imposible solicitarles una moratoria en sus iniquidades, porque durante decenas de años se acostumbraron a hacer lo que les da la regalada gana.

El mensaje es claro y preciso. Hay que olvidarse de vivir a base del financiamiento o ayuda externa. Es la respuesta del sistema financiero mundial ante la crisis económica que azota especialmente a los países subdesarrollados. El grupo de los siete se pronunció rotundamente por la dificultad de seguir entregando más apoyo a las entidades crediticias internacionales, ante lo cual el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial optaron por la propuesta aún difusa de revisar el actual ordenamiento económico que afecta a la mayoría de los países del mundo y que, inclusive, podría acarrear consecuencias en el corto plazo a los Estados Unidos de América y a Europa Occidental.

La exposición del ex-presidente Bill Clinton, representante de la nación más poderosa que haya conocido la humanidad, fue concreta al subrayar que las economías prácticas y sólidas son necesarias para el futuro, resaltando que las democracias y las políticas sociales no son enemigas del mercado, aconsejando aumentar el comercio y abrirse más para ampliar el crecimiento. No se olvidó en recordar que los préstamos que se consigan o se hayan conseguido deben ser canalizados debidamente, en clara alusión a la irresponsabilidad de las instituciones de crédito y a los gobiernos corruptos que receptan y malgastan dichos fondos. Con una retórica al más puro estilo norteamericano, no se olvidó de mencionar una frase de Franklin D. Roosevelt: "El único freno para las realizaciones de mañana, son las dudas de hoy".

En buen romance, a Latinoamérica, en general, y al Ecuador, específicamente, solo les queda un camino y es el de la honradez, que no es precisamente la virtud que se practica en nuestro país que se encuentra clasificado como uno de los más corruptos del planeta. Claro que será un trabajo ciclópeo, porque las estructuras están corroídas hasta los cimientos, habiéndose generado una clase dirigente-en todos los campos- que al hedonismo agregó la cleptomanía como aberración complementaria para robarse todo con el mínimo de esfuerzo.

Sin embargo de las lejanas esperanzas de apoyo por parte de los chulqueros internacionales y de los inversionistas extranjeros, como ayuda para la crisis de nuestros pueblos únicamente se ha logrado la posibilidad de que el Ecuador firme con la Fundación Carter un convenio para la aplicación de un plan piloto de prevención en los actos de corrupción, que nunca fue implementado por el ex-presidente ecuatoriano que mentalizó este proyecto y que debió aplicarse desde los días en que manejó los destinos del país.

Así como los genios del neoliberalismo impulsaron la globalización, por la que se creó una urdimbre cuyos hilos más delgados corresponden a América Latina, que inicia una etapa de mayor hambre y miseria, tenemos la obligación de recordarles que en 1986, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó un texto sobre el derecho al desarrollo, en que afirma que "La persona humana es el sujeto central del proceso de desarrollo y que toda política de desarrollo debe por ello considerar al ser humano como participante y beneficiario principal del desarrollo". En el

mismo texto, la Asamblea insiste en las obligaciones correlativas que ese derecho conlleva para los estados: el deber de cooperar mutuamente para lograr el desarrollo y promover políticas de desarrollo internacional y, en el plano nacional, garantizar para todos " el acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos".

Ya la Declaración y Programa de Acción de Viena, junio de 1993, se situó bajo la égida de una triple exigencia: universalidad, garantías y democratización[3]. El imperativo de democratización, sin duda la regla más importante, constituye la comprobación de que la democracia es el sistema político mediante el cual se afirman con mayor libertad los derechos individuales y que, por ende, la acción que realizan las Naciones Unidas a favor de los derechos humanos no se puede disociar de la instauración de sistemas democráticos en la sociedad internacional.

En la mencionada Declaración de Viena, el entonces Secretario General de la O.N.U, Boutros Boutros-Ghali, manifestó: "no puede haber desarrollo duradero sin promoción de la democracia y, por ende, sin respeto de los derechos humanos".

Todos sabemos que en algunos países las prácticas no democráticas y las políticas autoritarias a veces han corrido pareja con sus primeros pasos hacia el desarrollo. Pero también sabemos que si esos estados, una vez obtenidos los primeros resultados económicos, no introducen reformas democráticas, sólo lograrán un crecimiento sin enjundia, fuente de desigualdades crecientes y de futuros desórdenes sociales.

Este análisis debe llevar a los países desarrollados a adoptar una actitud cada vez más responsable respecto de los estados que empren-

[3] La democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente. La democracia se basa en la voluntad del pueblo, libremente expresada, para determinar su propio régimen político, económico, social y cultural, y en su plena participación en todos los aspectos de la vida. En este contexto, la promoción y protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional deben ser universales y llevarse a cabo de modo incondicional. La comunidad internacional debe apoyar el fortalecimiento y la promoción de la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el mundo entero. http: / / www.unhchr.ch/huridoca.nsf/ *(symbol)*. "Conferencia Mundial de Derechos Humanos". 5 / 11 / 08.Pág. 5

dieron el camino de la democratización. Más que nunca, se impone que cada cual determine su responsabilidad en lo que constituye una aventura colectiva. Es menester que todos comprendan que la ayuda al desarrollo favorecerá la democracia y los derechos humanos. Por lo demás, eso en nada atenúa la imperiosa responsabilidad que cabe a todos los estados, incluidos los países en desarrollo, de promover la democracia y los derechos humanos en sus propios países. Ello atañe a toda la comunidad internacional, porque únicamente el desarrollo de cada cual garantizará la paz para todos.

El análisis de la política democrática debe comenzar con el pueblo. Como quiera que se describa o defina la democracia, siempre será un sistema en el cual se considere al pueblo como el último depositario del Poder, y en el que se ha establecido y se ejerce precisamente el gobierno para satisfacer las necesidades del pueblo.

La forma de gobierno habitual en el mundo no ha sido la democracia, sino la oligarquía. Tradicionalmente las muchedumbres humanas estuvieron siempre sometidas al control, mayor o menor, de los aristócratas, de los jefes religiosos, de las juntas militares, los terratenientes, los comerciantes y los ricos en general. A las personas ordinarias, al común de la raza humana, lo consideraban tales privilegiados como simple rebaño de ovejas, para ser esquilmadas y devoradas por sus conductores y dueños. Todas las revoluciones democráticas triunfantes, la norteamericana en 1776 y la francesa en 1789, se dirigieron siempre contra tales oligarquías, contra el poder que ejercían y los privilegios que se arrogaban, contra sus pretensiones de superioridad y dominio sobre el hombre común.

La democracia afirmó su fe en el valor inherente a todos y cada uno de los individuos y luchó por un orden político en el cual todos pudiesen vivir, trabajar y ser felices con un nivel mínimo, pero común, de dignidad. La aspiración fue noble, porque se extendió ilimitada, universalmente. Llegados a la etapa actual de la evolución democrática, es justo inquirir hasta que punto se ha logrado convertir el ideal en realidad, y comprobar si las intenciones no han sido talvez desnaturalizadas y pervertidas por los hechos, especialmente cuando encontramos en toda Latinoamérica las diarias denuncias de los atropellos a los derechos humanos que lesionan el convivir democrático. Dentro de este marco

democrático, debemos encuadrar la suprema ley de nuestras repúblicas y las disposiciones insertas que vertebran el desarrollo democrático de todas nuestras legislaciones, en especial las normas que garantizan la protección de los derechos humanos.

El estudio de las Constituciones es uno de los temas más antiguos de la historia del pensamiento político. El tratamiento sistemático de la materia comienza inevitablemente con Aristóteles y, aunque los datos empíricos que él compara se restringen a las experiencias de la polis, plantea, sin embargo, problemas que aún figuran entre los que merecen principal consideración. Polibio (200 a.C.- 118 a. C.) lleva la indagación más lejos, aplicando la clasificación griega al extraño conglomerado de instituciones de la República romana. En realidad, su hipótesis de la "Constitución mixta" fue adoptada luego por los escritores ingleses, en condiciones similares, para explicar el nuevo poder adquirido por su nación y la libertad de sus ciudadanos. Como el período que corre desde mediados del siglo XVII hasta fines del siglo XVIII fue de fermentación política, los pros y los contra de los principios constitucionales y de las estructuras políticas fueron violentamente debatidos por el inglés John Locke (1.632-1.704), el francés Montesquieu (1.689-1.755), el ginebrino Juan Jacobo Rousseau (1.712-1.778), etc. En el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, se pasó de la especulación sobre principios a la construcción y el funcionamiento de los mecanismos operativos.

Como el advenimiento de la democracia significó siempre un acto revolucionario contra los regímenes preexistentes, la literatura política se ha ocupado mucho de cuestiones constitucionales. Cuando se rechazan modos tradicionales de gobierno y los hombres aplican sus razonamientos a la deliberada creación de algo nuevo, necesariamente se ven impelidos a estudiar de nuevo los postulados fundamentales, la organización del Estado y las facultades de sus agentes, los deberes y derechos de sus ciudadanos.

Una constitución debe cumplir tres funciones principales y responder a tres exigencias. En primer lugar, una constitución es una forma de organizar y otorgar reconocimiento formal a los intereses y grupos de que se compone la sociedad.

Segundo, es para el estado lo que el esqueleto para el cuerpo humano, ofreciendo una estructura sólida en torno a la cual pueden operar los procesos dinámicos de la política.

Desde el punto de vista estructural, la constitución es varias cosas en una. Es un complejo de poderes oficiales y de funciones, además de la consagración de los derechos y las responsabilidades de los particulares. Erige un marco de instituciones, ramas y organismos. Incorpora, además, los principios filosóficos latentes en la concepción de una comunidad sobre su forma de gobierno. En tercer lugar, la constitución está dotada de supremacía legal. Señala la cúspide de la jerarquía de gradaciones legales. Es la ley suprema del Estado y la fuente de todas las demás leyes.

La democracia limita el poder para que no se concentre en una sola mano, por los evidentes peligros que ello entraña. El reparto de competencia entre las distintas funciones y de las correspondientes parcelas de influencias, se presenta así como la mejor garantía que tiene el individuo ante un eventual poder arbitrario. Nuestros gobernantes latinoamericanos debían entender que no es posible abusar del poder y concentrar el mismo, irrespetando las más elementales garantías de los individuos, y tratando de desprestigiar las instituciones democráticas, ya que se alzan voces muy autorizadas partidarias de la limitación del poder, como las de Erich Fromm (Alemania: 1.900- Suiza, 1.980), con su obra " El miedo a la libertad"[4] y Karl Loewenstein, con "Teoría de la constitución"[5], ambas reconocedoras del peligro de aniquilación que tal noción expansiva lleva consigo; de ahí que es forzoso llegar a la conclusión de que el poder sin controlar es un mal en sí mismo. Ya la vio

[4] Los métodos de propaganda política tienen sobre el votante el mismo efecto que los de la propaganda comercial sobre el consumidor, ya que tienden a aumentar su sentimiento de insignificancia. La repetición de slogans y la exaltación de factores que nada tienen que ver con las cuestiones discutidas, inutilizan sus capacidades críticas. Obligado a enfrentarse con el poder y la magnitud de los partidos, tal como se le aparecen a través de su propaganda, el votante no puede dejar de sentirse pequeño y poco importante. ERIK Fromm. *El miedo a la libertad*. Barcelona. España. Editorial Ariel. 1.976, pag.136.

[5] La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente. KARL Loewenstein. *Teoría de la Constitución*. Barcelona. España. Editorial Ariel. 1.976. Pag. 150.

Aristóteles[6] cuando trazó el ineludible cielo de las formas rectas a las formas corrompidas del poder, y posteriormente Maquiavelo[7] al sentar las bases en su famosa obra "El Príncipe", de su teoría de los cambios cíclicos de las formas de gobierno, subrayó cómo cada forma de gobierno-de poder- lleva en sí el propio germen de su autodestrucción. La limitación del poder aparece así como una tabla de salvación del mismo.

El peligro de la no limitación del poder está en la posibilidad de adentrarse en el terreno de la tiranía y el arbitrismo. Cuando el poder se extralimita en su ejercicio, se devaría y procrea la opresión y la crueldad, el gobernante suele actuar mediante instintos despóticos, apoyándose no pocas veces en la corrupción y en la supresión de todas las virtudes civiles y políticas.

El poder del gobernante no solo ha de suponer respeto, sino también ha de respetar al pueblo en quién recae la soberanía. Un poder que no concite la credibilidad del colectivo de ciudadanos por su honesta y responsable función, tendrá enormes dificultades para articular su tarea pública. Un poder que no tenga en cuenta los deseos del pueblo, los ignore, no merece la adhesión y confianza de éste. El poder necesita ser poderoso, más su fortaleza vendrá dada tanto por el aparato de que se rodee, como, sobretodo por el consenso nacional que logre despertar.

El poder del Estado se apoya en el conocimiento del ordenamiento jurídico que él mismo ha engendrado, al propio tiempo que trata de promocionar culturalmente al ciudadano potenciando indirectamente la tecnología y propiciando el imperio de la justicia social.

---

[6] Las desviaciones de los gobiernos son: la tiranía, que lo es del reinado; La oligarquía, que lo es de la aristocracia; la demagogia, que lo es de la república. ARISTOTELES. *Política* . Madrid. Editorial Espasa Calpe. 2.007. Pag. 114

[7] El príncipe debe aparecer ante todos como alguien lleno de misericordia, fidelidad, integridad y fe. Nada le será más necesario que el aparentar poseer esta última cualidad, pues los hombres, en general, buscan más por lo que ven que por cualquier otra cosa. NICOLAS Maquiavelo. *El Príncipe* .Barcelona. España. Gráficas Manuel Pareja. L.979. Págs. 72-73.

La trilogía de los poderes separados y distintos, explicados por Montesquieu[8] : el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial que se ejercen dentro del marco de la sociedad estatal, fue un anhelo democrático que no se cumple en la mayoría de los países latinoamericanos, donde existe el auspicio millonario para los candidatos y la influencia negativa cuando llegan a gobernantes, por parte de mafias político-empresariales dotadas de una especial idiosincrasia, en que se entremezclan la irrefrenable ansia del saqueo con el cinismo y la jactancia, que las hace superar los niveles de corrupción practicados en ciudades pervertidas como Sodoma y Gomorra, donde se desarrollaron los más execrables comportamientos humanos, sin un atisbo de autoridad que hiciera menguar la lujuria que poseía a los desorbitados pecadores.

Dentro del esquema correspondiente a la región hemisférica, un Ejecutivo que en lugar de ser eficaz y transparente, desconoce o se hace el engañado acerca de los asuntos que atañen a la administración pública, no merece el respeto ciudadano; menos todavía cuando hay ocasiones en que semeja a los vampiros evitando la luz solar, porque los actos propios y los de sus adláteres están viciados por la penumbra en que se cometen todo tipo de fechorías. Lo vertiginoso de la vida moderna exige al que se encuentre frente a tan altas funciones, que sea mentalmente lúcido como para tomar decisiones sensatas y a tiempo, ya que de ello depende la excelencia o la decadencia de los programas que están bajo su férula, y, además, no puede ocurrir que se deslice ni una sombra de duda sobre las prácticas administrativas, peor si tuvieren un tufo colusorio, porque si logra eludir la acción penal, jamás conseguirá escaparse del juicio de la historia, que por siempre lo recordaría simplemente como un felón.

Al Legislativo acostumbran denominarlo el primer poder del Estado. seguramente porque de él dimana todo un efluvio de normas que serán en beneficio único y exclusivo de los intereses populares, estando

[8] Cuando en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados se hayan reunidos el poder ejecutivo y el poder legislativo, no hay libertad, porque se puede recelar que el mismo monarca o el mismo Senado promulguen leyes tiránicas para aplicarlas tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder judicial no se halla separado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si se encuentra unido al legislativo, sería arbitraria la potestad sobre la vida y la libertad de los ciudadanos, pues el juez sería legislador. Si se presente unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un tirano. CHARLES-Louis de Secondat, señor de La Brede y barón de Montesquieu. *El espíritu de las leyes*.Madrid. Ediciones Istmo. 2002. Pag. 246.

dentro de su competencia la serena reflexión para fiscalizar las gestiones de los funcionarios que hayan violado principios éticos, en desmedro de la integridad moral y financiera de cualquiera de estas repúblicas. Cuando tal función está integrada por ignaros, tarados, prontuariados, esbirros, guardaespaldas, proxenetas, entonces podemos entender, con inmensa pena, que los pueblos no han madurado para elegir a quienes deben representarlos, o, acaso, el poder detentado por las elites económicas es tan grande como para trastornar el claro discernimiento de los votantes, hasta llegar a convertirlos en víctimas adocenadas de sus despreciables verdugos.

Del Judicial se ha dicho más de una ocasión que ha sido la cenicienta del Estado, quizás porque en algunos países ha sido la función menos remunerada. Más preocupante es cuando deviene en hetaira, exigiendo dinero por sus favores y obedeciendo instrucciones de sus "padrinos", quienes le exigen que se quite la venda de los ojos para que pueda contar los billetes a repartirse; que la balanza sirva para sopesar entre lo dado en providencia y lo recibido en especie; que la espada, en la otra mano, sea utilizada para amedrentar o utilizarla en contra de quienes reclaman por sus derechos conculcados, y, por último, como dejó de ser doncella, que se despoje de la túnica para demostrar su impudicia.

Cuando un Estado llega a esa condición de postración moral, está en proceso de liquidación, porque se ha perdido hasta el mínimo recato, siendo de bobos o de alcahuetes que se hable irónicamente sobre democracia, en la que obligatoriamente deben prevalecer dos ideas independientes entre si: 1) que existan diferentes clases de poderes, a efecto de que obren los pesos y contrapesos que evitan la intromisión de una función con la otra, y, 2) que para vivir en un sistema de libertad e igualdad, el poder no puede estar dirigido por grupúsculos voraces que se dedican al robo y la rapiña, explotando miserablemente a pueblos que no encuentran su destino y no logran estructurarse definitivamente como Nación.

Quizás no existe en el Ecuador una palabra de la que se haga más uso y abuso que de la democracia. Se la suele utilizar como una obligada muletilla de escritos y discursos: tanto por el que la conoce y la estudia en cuanto régimen político diferenciado, como por el que no la conoce ni la estudió y simplemente la recita; por el que la practica y defiende,

como por el que la desconoce y desconfía; hasta por el que íntimamente la repudia.

La democracia es la doctrina sociopolítica según la cual el individuo, por el hecho de ser persona, prescindiendo de las demás circunstancias, debe participar del gobierno de la comunidad a la que pertenece.

En nuestro ultrajado país no existen bases democráticas, por lo cual el gobierno no se debe a la comunidad sino a intereses particulares; los gobernantes abusan del respaldo popular y en lo que se refiere a la oposición, que en cualquier otro lugar del mundo civilizado es respetada aún cuando minoritaria, aquí es despreciada e ignorada por los gobiernistas. Muchos tratadistas han mencionado que democracia significa gobierno del pueblo. En el Ecuador, los gobernantes se han llenado la boca con dicho término; sin embargo, entregan los bienes estatales a empresarios nacionales y extranjeros de dudosa reputación. En nombre de la democracia aumentan de un día para otro, los bienes materiales de agnados y cognados de los gobernantes de turno, a costa de la miseria de una población que sigue disminuyendo, principalmente por el forzado éxodo de los desempleados; por los muertos de hambre que sucumben en un vergel que no da frutos porque los mangoneadores del poder se robaron los dineros de las instituciones financieras; por los miles de candidatos al sepulcro que no tienen medios para adquirir medicinas, ante lo cual los responsables de la salud pública solapan la constante elevación de precios, sin más justificación que semejarse a un verdugo de la tenebrosa Gestapo, que dista mucho de la conducta de galenos humanitarios.

El tener una Constitución no determina exactamente que se viva en un régimen democrático. Hasta las dictaduras abiertas han dicho que gobiernan basados en la ley de leyes, "pero siempre que no se oponga a los programas de gobierno".

En definitiva, el ruido de los sables y el taconear de las botas explicaba la ofensa a la lógica; más en un gobierno civil que se jacta de democrático y, además católico practicante, no se puede admitir que vilipendien un sistema que tuvo sus escarceos desde la polis ateniense en el siglo IV A.C., y que en nuestra ínsula barataria, lejos de perfeccionarse, se ha estancado en un disfrazado esclavismo.

No bastan los derechos y garantías establecidos en una Constitución, amañada por aventureros políticos y enloquecidos subastadores, porque no solo hay que reconocer principios democráticos, sino que el pueblo tiene que presionar a efecto de no sufrir tantas limitaciones, por parte de gobiernos que se muestran incapaces de disimular el carácter antipopular de su política, reduciendo la democracia a algo formal, en lugar de hacerla participativa.

Los gases lacrimógenos y los discursos vacuos no son los mejores antídotos contra el reclamo justo de un pueblo desesperado. Hay que dejar la soberbia y la indolencia a un lado, para cederle paso a la atención de las necesidades de un país que está a punto de reventar.

Solo los más esbirros no llegan a entender que el modelo neoliberal, impuesto por el Fondo Monetario Internacional, ha sido bárbaro y cruel. Quienes gobiernan a espaldas del pueblo y los que han traicionado los intereses de sus patrias, demuestran insensibilidad y miran con desdén las crisis económicas que se vienen presentando en América Latina, cuyas agudezas serán cada vez mayores. Joseph Stiglitz, premio Nobel de Economía 2001 criticó severamente al monstruo que se divierte con el agiotaje, creado supuestamente para que cumpla un rol diferente en la conferencia monetaria y financiera celebrada en Bretton Woods, del 1 al 22 de Julio de 1944.

En su Enciclopedia de la Política, Rodrigo Borja, señala que: "El sistema neoliberal capitalista de nuestros días, en lugar de bregar por la implantación de la igualdad social, busca deliberada y conscientemente acentuar las diferencias. Aquí podría registrarse una diferencia con el liberalismo, que en sus albores postuló la célebre trilogía de libertad, igualdad y fraternidad. El neoliberalismo cultiva las diferencias. Las fomenta. Las profundiza. Saca provecho de ellas. Las incorpora a su promoción publicitaria. Lo podemos ver en todo lo que nos rodea: en el vestido de la gente, en su vivienda, en los medios de transportación. Todo está hábilmente montado, no sólo para que las diferencias se agudicen sino además para que se las note, para que se pongan en evidencia, para que los grupos humanos se distingan".

De ahí podemos sacar un referente para el espejismo que muchos quieren hacerlo realidad, con países en donde solo un bajo porcentaje de

su población está con pleno empleo, un 80% decepcionado con un modelo económico que los mata por hambre y enfermedades, y tan solo un mínimo que gasta por lo que se han robado en cargos públicos, como los que se dedican a actividades no santas pero lucrativas, o que atraídos por el "marketing" endemoniado compran lo que pueden con los dólares que reciben de sus parientes que trabajan en el extranjero.

Domingo Cavallo, enloquecido fondo monetarista, afiebrado neoliberal, vendedor de ilusiones, llevó a la Argentina a la miseria y al caos. Se postró ante los dictados de un organismo irresponsable y en desuso, que entregó a su país miles de millones de dólares que se diluyeron por la gestión de políticos y economistas torpes y deshonestos, que malbarataron no solo los préstamos impagables, sino los dineros que se habían recibido en un antipatriótico remate de los bienes estatales, que dio como resultado que actualmente no existan los fondos, un pueblo que extravió su destino y la fuga de fortunas particulares que aparecieron de la noche a la mañana por la gestión fraudulenta de un milagrero como Menem.

Ni el estado de sitio dictado por un fantoche como De La Rúa logró contener la furia popular, que se hartó de la farsa de gobernantes corruptos e incapaces, a los que no importó la desocupación galopante, la disminución industrial y la informalidad creciente, y que, además tuvieron la osadía de condicionar el retiro de depósitos, jugando en forma suicida con una red bancaria que la convirtieron en la quinta esencia de un sistema que se fragmentó vertiginosamente, y que solo pudo encontrar alternativa en el replanteamiento de formas más justas y solidarias.

Desgraciadamente, la inopia humana que caracteriza a los gobernantes de la región impide que el caso argentino sirva de ejemplo para corregir rumbos, en donde el gastado discurso financiero ceda paso a la efectiva producción, que redunde en productividad y siente las bases para una real competitividad, único mecanismo honesto y eficaz para reactivar la economía de países subdesarrollados como los nuestros. Ojala que no persistan en las desacreditadas privatizaciones. Ojala que eludan los pagos de los empresarios morosos. Ojala que no sigan con la impúdica actitud de condecorar a los depredadores de la patria, como retribución por el reparto de comisiones pactadas con transnacionales.

La crisis económica es, en realidad, una crisis de valores intelectuales y morales, que convierte a la corrupción en moneda de uso corriente, agigantando la brecha injusta y peligrosa entre un mínimo de ricos y la inmensa mayoría de pobres.

Está demostrado que solo el pueblo salva al pueblo, por lo que ha llegado la hora de que los latinoamericanos no sigan equivocándose y escojan como gobernantes a estadistas honrados y capaces.

Así como expresamos nuestro repudio a las acciones cobardes y fanáticas de los talibanes, obreros de un criminal internacional como Bin Laden, también rechazamos las actitudes estalinistas del presidente de Venezuela, Hugo Chávez, quien prevalido de la fuerza bruta, implementada a través de sayones respaldados por el poder gubernamental, intentó acallar las voces de denuncia que, a través de los medios de comunicación, expresaron su descontento hacia un repetitivo accionar demagógico, que no resuelve los problemas socioeconómicos que ofreció en sus campañas electorales, invocando y hasta arrogándose el pensamiento noble, claro y libertario de Simón Bolívar.

Chávez fue elegido presidente no precisamente por una oratoria articulada en que haya diseñado un programa bien estructurado, sino por el desencanto que experimentaron los votantes ante una clase política, que imitó los vicios y pecados ejecutados por Marcos Pérez Jiménez, el rapaz militar que terminó sus días en el exilio dorado. El populismo de Chávez, que lleva implícita la antidemocracia, está demostrando que aquellos "ranchos" caraqueños, cinturones de vivienda precaria, no han desaparecido ni sus moradores han adquirido mejores condiciones de vida, al igual que millones de humildes venezolanos, por lo que cuando la prensa comenta sobre la falsía del gobernante, ésta se ve amedrentada por quienes obedecen consignas repudiables, que surgen únicamente de dirigentes con mentalidad fascista.

Aquel pretendiente a caudillo redentor que subyugó a vastas agrupaciones sociales especialmente al lumpen proletariado, todos ellos asqueados de la corrupción de las clases oligárquicas que dominaron el escenario político venezolano durante 40 años, ha perdido el piso que levantó la desesperanza del pueblo, ya que los discursos chillones no producen los mismos efectos que consiguió el teniente coronel hace diez años. Ahora es diferente, porque al no haber cumplido con las ofertas

exageradas, las masas que lo aplaudieron han decidido abuchearlo. Es la secular historia de los pueblos frustrados ante el baratillo espectacular de los falsos líderes.

La agresividad de Chávez se presentó falaz y torpe, porque la prensa no solo tiene la obligación de informar sino también de orientar. Ningún medio de comunicación tendría acceso al gran público con sus críticas severas al régimen de turno, si el gobernante tiene credibilidad por las buenas acciones que realizare a favor de las mayorías. Cuando un sereno gobernante deviene en grotesco mandón es la evidencia más clara que se ha iniciado el camino sin retorno que lo llevará directamente al despeñadero, ya que el pueblo no perdona la mentira, porque la taumaturgia está reservada para seres excepcionales y no para simples mortales que se endiosan ante el altar de la vanidad.

La paranoia de Chávez llega al extremo de justificar públicamente la agresión a la prensa por unos cuantos asalariados, manifestando que los medios de comunicación están contra Venezuela. Si no fuera por su evidente mezcla étnica, tal vez se le ocurriera repetir las aterradoras frases atribuidas a Luis XIV: "El Estado soy yo". Su obnubilación produjo la intervención de los partidos políticos que estaban en temeroso receso y que la megalomanía "chavista" los pone nuevamente en escena, agregando otro ingrediente a la candente situación que un solo hombre ha sido capaz de generar.

Ojalá que una nueva argamasa política, no redunde en un nuevo enfrentamiento fratricida de insospechadas consecuencias, por culpa de un vanidoso que pudo estar preparado para la asonada que comandó antes, más no para dirigir los destinos de una nación que por su ubicación geográfica y sus recursos naturales constituye punto vital en los intereses de todo el continente.

Con fecha 14 de Enero de 1814, desde el cuartel general de Maracay, Simón Bolívar envió una carta a Sir Richard Wellesley[9], en la que ponía de relieve la subyugación de Venezuela por sus antiguos tiranos, de seguir los actos de barbarie, mencionando en uno de los párrafos que: "Las mazmorras encerraban, por decirlo así, pueblos enteros. Allí amontonados unos sobre otros, los venezolanos estaban cargados de cadenas,

[9] Cuartel General de Maracay, 14 de Enero de 1.814. SIMON Bolívar. *Epistolario político* . Madrid. España. Editora nacional. L.975. Pag. 84

reducidos a un nocivo y escaso alimento, y perecían en aquellos sepulcros, donde un arte perverso no permitía la entrada al aire ni a la luz. Las ciudades estaban desiertas, no se veía más que a los soldados del bárbaro, insultando las lágrimas de la esposa y de la madre, pues el resto de los hombres vivía en las selvas más retiradas donde huían de los satélites de la opresión".

Esa vergüenza que estremecía el alma del Libertador, ¿no se estaría incubando con la intimidación de los esbirros de Chávez, para repetir hechos que las luchas independentistas enterraron en la historia de los desafueros?.

En el año 2.002, el gobierno norteamericano hizo conocer al mundo sobre un plan que serviría para combatir la corrupción en la región, destacando que se debe evitar que funcionarios extranjeros corruptos entren en los EE.UU.

Nos llenó de enorme satisfacción al recibir una noticia de tan grande importancia. Es que los participantes en los atracos a los fondos estatales, ya sean empleados públicos o empresarios privados, frente a la posibilidad que los descubran, aseguran una lujosa vivienda en Miami, la que servirá como residencia por los años que dure la fuga del lugar en que se cometieron los delitos. Ninguna otra ciudad americana y ni una de Europa los atrae. Tiene que ser Miami, porque en esa ciudad hay una verdadera colonia de ladrones de los erarios latinoamericanos, unidos por vínculos de parentescos o de íntima amistad, a más de una escasa o nula vocación cultural que los hace proclive a magnificar los vicios que practicaban en los sitios que dejaron asolados con sus fechorías.

El gobierno de los estados Unidos destacó que las embajadas norteamericanas en Latinoamérica elaborarían listas de funcionarios corruptos, a efecto de que se les revoquen las visas de entrada a territorio estadounidense. ¡Qué golpe! Ya nos imaginamos la cara de turbación que pondrán los anteriores y los actuales rateros que se han enriquecido a costillas de pueblos de muertos de hambre. Ya se escucharán voces altaneras de abogadiles que, por honorarios que también salen del asalto a los pobres, acusarán a Reich de entrometerse en las soberanías nacionales.

Cómo estarán con tembladeras y solicitando ayuda de sus padrinos los que se robaron los dineros ajenos y que estarían en la posibilidad

de ser extraditados, no por la intervención de casquivanos cancilleres, sino por expertos que conocen la psicología de los gerifaltes que destruyeron las economías latinoamericanas y que señalaron a Miami como refugio permanente que les evitara la ira popular, ya que los chequeos médicos en Houston y las compras en New York son eventuales.

La ayuda es invalorable en la lucha contra la corrupción, porque es una de las formas más claras y directas para que los maleantes de cuello blanco se atemoricen, morigeren su accionar y así intentar que América Latina se enrumbe hacia una auténtica democracia; en donde todos los individuos sean iguales ante la ley; en que no haya legislación con dedicatoria; en que la administración de justicia recobre la dignidad perdida; en que el Ejecutivo no se haga sordo y ciego, reemplazando esas deficiencias con discursos que solo revelan disimulo; en que no tengamos que mendigar dólares a los países del primer mundo, porque las riquezas del nuestro se las vienen robando por décadas los que se han sentido propietarios de la República; en que alguna vez sean sancionados los sempiternos infractores de la moral y el derecho; en que se avizore una más justa redistribución del ingreso fiscal; en que no existan los motivos de hoy para que las gentes se insubordinen contra un sistema que agranda la brecha infame que separa a los pocos ricos de los millones de pobres.

El plan norteamericano obedecía a un estudio largo y minucioso de la principal razón de la crisis económica por la que atraviesan los países latinoamericanos, cual es que la corrupción siendo combatida por un sector importante de la prensa y por algunos redentores que más de una vez han terminado crucificados, sin embargo están omnipresentes como monstruos de mil cabezas y diez mil uñas, los aspirantes a establecer nuevos grupos oligárquicos para que se mantenga el repugnante meca-nismo que ha permitido manejar a los países de la región como haciendas propias.

El doctor Ramiro Larrea Santos, ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Profesor por más de 40 años de las Universidades de Guayaquil, infatigable luchador contra todas las formas de corrupción, señala que “es imprescindible tener presente que la corrupción implica una respuesta política, antes que técnica. Es decir, que se cambie la estructura del Estado, que se abran los canales de participación del pueblo, ya que

de lo contrario, no habrá solución, porque en su mayoría los estados actuales, están manejados y controlados por quienes forman parte de los centros de poder económico. En consecuencia, los mecanismos y actitudes de quienes gobiernan al Estado, no pueden ser diferentes a los intereses de quienes lo integran. El destacado maestro insiste en que "la lucha contra la corrupción debe ser permanente y dinámica, pero lo que hay que mejorar son los mecanismos de control político, promoviendo una auténtica democracia participativa; los mecanismos de control social, por medio de una operación pública que denuncie y oriente con valentía; y, un control jurídico a través de una administración de justicia más ágil y eficiente. En definitiva estamos frente a una alternativa: o hacemos causa común con la civilización del poder y de la muerte, o defendemos la vida identificándonos con la solidaridad y la esperanza.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. Francis Fukuyama – El fin de la historia y el último hombre – Barcelona – España – Editorial Planeta – l.992.
2. Erich Fromm – El miedo a la libertad – Barcelona. España – Ediciones Paidós Ibérica S.A. – 2.005
3. Karl Loewenstein – Teoría de la Constitución – Barcelona. España – Editorial Ariel – 1.976.
4. Aristóteles – Política – Madrid. España – Editorial Espasa Calpe S.A. - l.976.
5. Nicolás Maquiavelo – El Príncipe – Barcelona. España – Editorial Ariel – 1.973.
6. Montesquieu – El espíritu de las leyes – Madrid. España – Ediciones Istmo S.A. 2.002.
7. Rodrigo Borja – Enciclopedia de la Política – México – Fondo de Cultura Económica – l.997.
8. Simón Bolívar – Epistolario político. Edición preparada por M. Hernández Sánchez-Barba – Madrid – Impreso en J. Benita. L.975.

RECURSO ELECTRÓNICO

http: //www.unhchr.ch/huridoca.nsf/ (symbol): Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena del 14 a 25 de Junio de l.993. Fecha de consulta: 7 de Noviembre de 2.008.

Derecho Empresarial

ASPECTOS JURÍDICOS DE LA SUCESIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR

Javier Nanclares Valle
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil
Universidad de Navarra

RESUMEN:

El presente artículo, de autoría del profesor de la Universidad de Navarra, Javier Nanclares Valle, aborda los mecanismos jurídicos que la legislación española ha instaurado en orden a promover una correcta sucesión empresarial en las denominadas empresas familiares. Erigida como auténtico motor de las economías modernas, tanto a nivel nacional como comunitario, la empresa familiar suscita hoy por hoy un comprensible interés público para su preservación. Sobre la base de dicho interés, y correlativamente a la identificación de los principales problemas, se han esbozado pertinentes soluciones: desde la implicación del sucesor en la cultura empresarial, su formación técnica, el favorecimiento de su incorporación progresiva a la dirección y control de la empresa, o el establecimiento de un protocolo familiar, tales directrices vienen a constituirse en recomendaciones cuya concreción, potencialmente, lograría la ansiada pervivencia de la empresa familiar.

PALABRAS CLAVE:

Empresa familiar, sucesión por causa de muerte, derecho empresarial, legislación codicial, derecho comparado, legislación española.

1. Planteamiento del problema.

La importancia de las denominadas empresas familiares en las economías modernas es hoy unánimemente admitida. Según datos aportados por el Instituto español de la Empresa Familiar[1], se estima que en

[1] Los datos que a continuación se aportan en el texto están extraídos de la página web del citado Instituto: http://www.iefamiliar.com/empresafam/datos.asp (fecha 5 de junio de 2008).

España hay más de 2,8 millones de empresas familiares, que representan el 75% del empleo privado (lo que equivale a más de 13,5 millones de trabajadores) y cuya facturación total representa el 70% del producto interior bruto español.

La importancia de dicho tipo de empresas en el ámbito comunitario no es menor, estimándose que las mismas dan empleo a 100 millones de personas y que suponen el 60% del tejido empresarial de la Unión Europea. Datos que son aún mayores en los Estados Unidos, donde las empresas familiares suponen el 80 % del tejido empresarial y representan el 50% del empleo.

Empresas que, además, no son siempre de pequeño o mediano tamaño, pues de las 100 primeras empresas de la Unión Europea, el 25% son empresas familiares.

Ante semejante realidad, resulta perfectamente comprensible que exista un interés por parte de los poderes públicos en preservar un elemento tan importante para la economía nacional. Y se entiende que la preocupación sea notable cuando se constata que sólo un tercio de las empresas familiares llegan a la segunda generación y, de ellas, sólo la mitad a la tercera generación[2].

El problema descrito está asimismo presente en la realidad económica ecuatoriana y fruto del deseo de conseguir la continuidad de las empresas familiares a través de las generaciones fue la creación en verano de 2007 del Instituto de Empresa Familiar en el Ecuador, en el marco del Programa de Cooperación Económica de la Unión Europea (Expoecuador).

La continuidad de la empresa familiar a través de los cambios generacionales ha sido objeto de un amplio tratamiento por parte de la doctrina especializada. Economistas de prestigio han contribuido con sus escritos a crear una extensa bibliografía en la que se aborda el tema de qué mecanismos se deben promover para una correcta sucesión empre-

[2] A título de ejemplo, y admitiendo su carácter regional, el Informe "La Empresa Familiar en Guipúzcoa" elaborado en 2005 por la Cámara de Gipuzkoa en colaboración con la Universidad de Deusto y la Fundación Antonio Aranzabal (autores: Aragón, Iturrioz, Aranguren y Olarte) señalaba que menos del 35% pasan a segunda generación y sólo un 15 % llegan a la tercera.

sarial. Merced a ella se han identificado los principales problemas y se han aportado ideas que pueden erigirse en auténticas soluciones. Implicar al sucesor en la cultura empresarial, formarle técnicamente, favorecer su incorporación progresiva a la dirección y control de la empresa, establecer un protocolo familiar, etc, son recomendaciones que, junto a otras muchas, pueden servir para lograr la ansiada pervivencia de la empresa familiar.

A mi modo de ver, los estudios realizados inciden sobremanera en el aspecto de la sucesión en la gestión de la empresa familiar, pero dejan a un lado lo relativo a la sucesión en la titularidad, aspecto éste esencial pues la conservación de la empresa como empresa familiar resultará más compleja cuanto más disgregada esté la titularidad de la misma[3]. Si al fallecimiento del titular de la explotación agraria o del paquete accionarial de la sociedad mercantil existe una pluralidad de herederos, es posible que se produzca una situación de cotitularidad patrimonial que dificulte la gestión de la explotación o que se produzca una disgregación de la titularidad de las acciones que acabe afectando a la toma de decisiones en la empresa y al propio carácter familiar de ésta (v.gr. porque los herederos enajenan libremente a terceros –no familiares- dichas acciones).

Por todo ello creo que es relevante analizar si los instrumentos jurídicos que nos aporta el Derecho civil sucesorio resultan o no adecuados para la consecución de la finalidad pretendida, que no es otra que la pervivencia de la empresa familiar tras el relevo generacional. A tal fin, analizaré la legislación española, con la intención de que el lector pueda reflexionar acerca de si las posibles soluciones que se han planteado en ella resultarían aplicables en un Derecho, como el ecuato-riano, tan próximo desde el punto de vista sucesorio al español.

Para finalizar esta introducción, y antes de adentrarme en la materia propuesta, quiero mencionar la aparente paradoja que supone la protección de la empresa familiar. En cierto modo, proponer su conservación en manos de la familia titular implica el surgimiento de una suerte de

[3] Como afirma VÉLAZ NEGUERUELA, J.L., "Especial problemática de la empresa familiar", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num. 678/2005, "a veces, es necesario *podar el árbol familiar* con el fin de no diluir en exceso la propiedad, o con el fin de evitar cierto descontrol".

propiedad vinculada a inicios del siglo XXI. Es precisamente en el siglo de la crisis de la familia (que se traduce en su indefinición conceptual, en las tendencias nuclearizantes de la familia, en la desconexión de familia y matrimonio, en la radical inestabilidad del núcleo familiar por la facilitación de la separación y el divorcio) cuando aparentemente renacen ideas precodiciales que ya se consideraban superadas: la adscripción de un patrimonio a un grupo familiar[4]. En concreto, la vinculación de la titularidad y de la gestión de la empresa a un dato biológico como la pertenencia a una familia.

Esta situación era frecuente hasta el siglo XIX a través de figuras como los Mayorazgos y contra ella se luchó a lo largo de todo ese siglo, particularmente a raíz de la Ley de 11 de octubre de 1820 que, derogada con la llegada de Fernando VII al trono, será restablecida por Decreto de 30 de agosto de 1836. Ley cuyo artículo 1 supuso la derogación de los Mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualesquiera otras vinculaciones de bienes raíces. Lucha contra la vinculación de la propiedad que tuvo reflejo en el Código civil español mediante la limitación de las sustituciones fideicomisarias al segundo grado y mediante la circunscripción de las fundaciones a aquellas de interés general.

En cierto modo, esa intención vinculadora reaparece al buscarse la protección de las empresas que tienen un sustrato familiar. La normativa codicial originaria se muestra ineficaz y se hace necesario introducir modificaciones. Curiosamente, esas modificaciones no resultan tan esenciales en aquellas legislaciones civiles españolas que, como la de Navarra, fueron poco receptivas a ese proceso decimonónico y mantuvieron en su derecho familiar y sucesorio figuras jurídicas que facilitaban la permanencia de la explotación familiar[5], pero en cambio sí que son funda-

[4] Cfr. GARCÍA CANTERO, G., "Transmisión mortis causa de la empresa familiar", en *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Madrid 1995, p. 99, quien señala que "el dato reseñable, y en cierto modo sorprendente, es que medio siglo después, en la era de la tecnología generalizada y de la crisis de la familia tradicional, la sociedad siente de nuevo la necesidad de crear vínculos jurídicamente eficaces entre un patrimonio y un grupo familiar determinado"

[5] En el caso de Navarra, la Compilación de Derecho civil de Navarra o Fuero Nuevo dispone un sistema capitular en el que se entrelazan familia, patrimonio y sucesión mediante pactos sucesorios, donaciones por razón de matrimonio y legítimas puramente formales.

mentales en el Derecho común, lo que justificó la reforma de algún precepto del Código civil español en el año 2003.

Reforma codicial que, sin embargo, tiene sus propias notas distintivas. Frente a las reglas decimonónicas que buscaban la perpetuación indivisa del patrimonio y de la empresa como forma de proteger y de lograr el progreso económico y social de la familia, en la actualidad la atención se centra más bien en la conservación de la empresa, hasta el punto de que si la propiedad familiar supone un lastre para la empresa, la conservación de ésta ha de prevalecer, aun cuando ello suponga la pérdida de su carácter familiar[6]. Idea que está presente en el renovado art. 1056 párrafo 2º cuando se afirma que "el testador que en atención a la conservación de la empresa o al interés de la familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo".

2. Los obstáculos del régimen sucesorio español a la continuidad de la empresa familiar.

La transmisión *mortis causa* de la empresa familiar se topa con dos problemas básicos, a consecuencia de la regulación del fenómeno sucesorio en el Código civil.

2.1 La división de la propiedad de la empresa familiar a resultas del sistema legitimario.

Si se considera que la unidad familiar en la titularidad y en el control de la gestión son fortalezas de la empresa familiar, parece claro que la existencia de una porción de bienes de la herencia reservada por el Código civil a favor de determinadas personas constituye un serio problema. Y ello desde un doble punto de vista: 1) cuantitativo: problema real aunque hasta cierto punto relativo, pues sólo se dará cuando la empresa (en el caso más típico de distribución de la herencia del empre-

[6] Como afirma GALLO, M.A., "La empresa familiar: fortalezas y trampas", en *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Madrid 1995, p. 57, "la empresa no tiene la *obligación* de continuar siendo empresa familiar, pues incluso puede ser recomendable dejar de serlo cuando esta continuidad pone en peligro la ventaja competitiva que toda empresa ha de tener para cumplir con su función social en el mercado".

sario fundador entre sus hijos) represente algo más de 2/3 del haber hereditario, en concreto, cuando su valor exceda de lo que por ley se puede dejar a uno de los hijos, porción que es el resultado de sumar el tercio de libre disposición, el tercio de mejora y la parte que corresponda en el tercio de legítima estricta, en función del número de hijos[7]; 2) cualitativo: la legítima es *pars bonorum*, es decir, se cobra con una parte de los bienes de la herencia.

Uniendo ambos factores, la conclusión es meridiana: si los legitimarios han de cobrar su legítima en bienes de la herencia y si los bienes distintos a la empresa familiar no sirven para cubrir esas legítimas, habría que acudir a la empresa familiar y, o bien establecer una cotitularidad sobre ella para a la postre venderla, o bien incluir acciones o participaciones de la empresa bajo forma societaria dentro de esa legítima de los herederos forzosos, con el subsiguiente posible riesgo de pérdida del control de la empresa o de dificultades en su gestión (en especial si estatutariamente no se ha previsto este problema y no se han introducido soluciones).

2.2. La libérrima testamentifacción.

La regla *ambulatoria est volunctas defuncti* y por tanto la posibilidad que tiene en todo momento el testador de modificar sus disposiciones de última voluntad supone una dificultad añadida a la hora de conservar las empresas familiares, especialmente cuando se trata de explotaciones familiares agrícolas o ganaderas y cuando el empresario lo es individual.

Resulta difícil, pero posible y más o menos probable, convencer a un hijo para que se quede en el pueblo y se encargue de los negocios familiares si a cambio le ofrecemos garantías de que la titularidad de la explotación o empresa va a corresponderle en exclusiva a él. El sacrificio de presente se compensa con la garantía de recompensa futura. Ahora

[7] En Derecho civil español, el artículo 808 del Código civil establece que "Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos".

bien, si no le garantizamos esa recompensa futura, las posibilidades de que ese hijo asuma el mantenimiento del negocio familiar son mucho más reducidas. Y esto es lo que sucede en el Código civil, pues al no admitirse los llamados contratos sucesorios, el hijo quedaría siempre expuesto a que un postrero testamento del padre asignase el negocio a otra persona o lo distribuyese por partes iguales entre los hermanos.

Esta libertad dispositiva *mortis causa* condiciona la eficacia de los protocolos familiares, frecuentemente recomendados en el ámbito empresarial que ahora nos ocupa. Contra lo que se suele decir, el protocolo no puede "prever la sucesión de la empresa" pues no es un instrumento apto para obligar jurídicamente (sí para crear obligaciones morales, códigos de conducta, cultura de empresa, declaraciones de intenciones) a los socios de una empresa familiar a testar de una determinada manera, disponiendo de las acciones o participaciones a favor de quien se señale en el protocolo (v.gr. necesariamente a favor de personas pertenecientes a la familia y con un determinado grado de parentesco)[8]. Una cláusula así no es exigible ni entiendo que pueda fundar una exigencia de indemnización por incumplimiento, vía cláusulas penales.

La inadecuación a tal efecto del protocolo[9] se desprende con claridad de la Exposición de Motivos del Real Decreto 171/2007, de 9 de

[8] Lo que sí resulta posible es utilizar los Estatutos como medida de reacción a posteriori frente a la entrada en la sociedad de un tercero ajeno a la familia. Concretamente, el artículo 32.2 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada permite que en los estatutos sociales se prevea un derecho de adquisición preferente por el valor razonable a favor de los socios o de la sociedad, en caso de transmisión mortis causa a un tercero de la participación en la empresa familiar. Lo cual exige una matización, pues si ese heredero es un miembro de la familia titular y gestora de la empresa, el derecho de adquisición preferente permitirá una concentración del poder en alguna de la persona o ramas familiares, pero no evitará el inexistente riesgo de pérdida del carácter familiar de la sociedad. En cambio, si se tratase de un heredero o legatario ajeno a la familia propietaria, el derecho de adquisición sí que serviría para preservar ese carácter. Asimismo, el artículo 64.1 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, que contiene el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, posibilita introducir restricciones estatutarias a la transmisibilidad *mortis causa* de acciones.

[9] Inadecuación que quedaba perfectamente reflejada en la Comunicación de la Comisión Europea de 28 marzo 1998, sobre Transmisión de las pequeñas y medianas empresas, donde se proponían una serie de medidas jurídicas para la mejora en la continuidad de las empresas, entre las cuales destacaba la prevista en la letra d) Pacto de empresa/protocolos familiares, a cuyo tenor "Otra forma de acrecentar la continuidad de la empresa es la *utilización de pactos de empresa o protocolos familiares*. Sobre todo en el caso de las empresas familiares, se pueden utilizar estos acuerdos para preservar determinado

febrero, sobre publicidad de los protocolos familiares, en donde se señala que la determinación del contenido de los protocolos familiares no es objeto de regulación por esta norma, de modo que el mismo "será configurado por la autonomía negocial, como pacto parasocial, en hipótesis más frecuente *sin más límites que los establecidos, con carácter general, en el ordenamiento civil* y específico, en el societario". Desde mi punto de vista, la referencia al ordenamiento civil como límite a la hora de dar contenido al protocolo encuentra perfecta expresión en las normas de derecho sucesorio relativas a la legítima.

Y es que en el Código civil español la sucesión se defiere por testamento o por ley (artículo 658), no por pacto. Los pactos sólo pueden afectar a las operaciones particionales[10], no a los actos dispositivos, que son libres (en cuanto que actos de última voluntad) y que no pueden ser objeto de obligación alguna, lo que se traduce en que esos contratos sobre la herencia futura de contenido meramente particional estarán en todo caso sujetos a lo que disponga el testador, cuyos actos dispositivos en testamento posterior pueden libremente contradecir y prevalecer sobre lo previamente pactado, poniendo fin a esos acuerdos particionales. Así pues, lo dispositivo prevalece sobre lo particional, lo cual no significa que los contratos sobre la partición de la herencia no sean eficaces: son eficaces entre los hijos si el testador falleció sin cambiar de voluntad, pero no son eficaces frente a éste, quien puede revocarlos unilateralmente. En definitiva, al igual que sucede en el Derecho ecuatoriano, la libertad *dispositiva mortis causa* no puede ser objeto de un contrato.

La inexistencia de restricciones a la posibilidad de testar afecta incluso al propio testador, como nos recuerda el artículo 737 párrafo

número de normas de gestión de una generación a otra. *Ya se emplean en alguna medida en Francia y en España, con el fin de paliar las consecuencias de la prohibición de los pactos sobre la futura sucesión*. No obstante, *está claro que estos acuerdos seguirán siendo una solución relativamente insatisfactoria en relación con los pactos de sucesión* admitidos en la mayoría de los Estados miembros. *Los Estados miembros que prohíben los pactos sobre la futura sucesión (Italia, Francia, Bélgica, España y Luxemburgo) deberían pensar en la posibilidad de autorizarlos, ya que esta prohibición complica innecesariamente la correcta gestión del patrimonio".*

[10] Artículo 1271 párrafo segundo del Código civil español: "Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056", precepto este último cuyo párrafo primero proclama que "cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos".

primero del Código civil al establecer la esencial revocabilidad de toda disposición testamentaria, incluso cuando el testador haya establecido en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas.

2.3. Las particularidades del Derecho civil foral de Navarra.

Tanto uno como otro de los problemas aquí reseñados no existen en el Derecho civil de Navarra, Comunidad Autónoma (Foral) que históricamente tuvo su propio derecho civil y que, al igual que otras Comunidades Autónomas españolas, lo conservó pese a la codificación española de finales del siglo XIX. Esta competencia legislativa infraestatal en materia civil fue reconocida y amparada por el artículo 149.1 regla 8ª de la Constitución Española de 1978 y se concreta en materia sucesoria en un régimen jurídico antitético respecto del codicial.

El Derecho civil navarro carece de legítima sustantiva y en él sólo existe legítima formal, carente de contenido patrimonial y cuya atribución a uno de los legitimarios es un modo de evitar la preterición, que de otro modo determinaría la nulidad de la institución de heredero (ley 271 del Fuero Nuevo). La admisión en Derecho navarro de los pactos sucesorios con carácter irrevocable (leyes 172 y siguientes del Fuero Nuevo) facilita la atribución íntegra de la empresa familiar a la persona que se considere más idónea (sea un hijo, otro familiar o un extraño –si bien en este caso perdería el carácter familiar) y permiten garantizar a quien se sacrifica en el presente la titularidad futura (o incluso presente, si se trata de pacto sucesorio con transmisión actual de bienes).

No obstante, la libertad dispositiva del Derecho navarro encuentra su límite en el usufructo de fidelidad del cónyuge viudo (atributivo del usufructo sobre la totalidad de la herencia –ley 253 y siguientes), en la protección de los hijos de anterior matrimonio en caso de segundas nupcias del progenitor (ley 272, que obliga a no dejarles menos que al más favorecido de los hijos de segundo matrimonio o al nuevo cónyuge); en la reserva del bínubo prevista en la ley 274, que obliga a reservar a favor de los hijos de anterior matrimonio las liberalidades que el supérstite ahora bínubo hubiera recibido de su cónyuge premuerto; y en la reversión de los bienes donados en caso de muerte del donatario sin dejar descendencia (leyes 279 y 280). Instituciones todas ellas que ponen de manifiesto que la libertad civil en materia sucesoria no es absoluta ni

tan siquiera en el ordenamiento navarro y que, por tanto, el destino de la empresa familiar puede no ser en todo caso el querido por su titular.

3. Soluciones legales en aras de la continuidad de la empresa familiar.

Veamos ahora qué vías de solución a estos problemas y qué instrumentos para la conservación de la empresa familiar nos ofrece el Código civil español.

Ante todo hay que señalar que es esencial que el empresario o el titular de acciones o participaciones en una empresa familiar hagan testamento pues de lo contrario se aplicarán las reglas de la sucesión intestada, que pone en alto riesgo la continuidad y cohesión de la empresa (pues las operaciones particionales que vamos a ver seguidamente no tienen lugar en ella). Testamento que obviamente habrá de ser abierto, por razones de seguridad jurídica y de establecimiento de un contenido acorde a la legalidad y a los intereses del testador. Ni el ológrafo ni el testamento cerrado notarial resultan, pues, recomendables a tales efectos, por su excesivo riesgo de ineficacia o de inadecuación a lo realmente querido por el testador.

3.1. Actuaciones de carácter dispositivo.

Si el empresario desea postergar los riesgos de disolución o pérdida de unidad de la empresa podría establecer un usufructo universal a favor de su cónyuge, comprendiendo así en el ámbito objetivo de tal derecho real limitado a la empresa familiar integrante de la herencia. Para ello debe recurrir a la denominada cautela sociniana[11], merced a la cual se insta a los hijos a que admitan que el usufructo del cónyuge supérstite se extienda incluso sobre la legítima estricta, so pena de no recibir la parte correspondiente de la herencia sino sólo lo que les toque por legítima estricta.

[11] Frecuente en la práctica notarial pero de más discutible fundamentación legal, pudiendo derivarse del artículo 820 apartado 3º del Código civil español, a cuyo tenor "si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador".

De esta manera, aunque la propiedad de la empresa familiar (principal activo hereditario) pueda corresponder a los hijos, el uso y disfrute corresponderá al supérstite, quien se erigirá en empresario. Al menos así sucederá cuando se trate de un empresario individual. En las empresas societarias, el usufructo recaerá sobre el contenido económico de la condición de socio pero la facultad decisoria del supérstite existirá sólo si en los Estatutos se reconoce el derecho de voto del usufructuario[12].

Con tal medida, será al morir el supérstite cuando se plantee con toda su crudeza el riesgo de división de la empresa familiar.

Otra forma de intentar mantener la cohesión de la empresa familiar es el recurso al artículo 831 del Código civil, en virtud del cual se delega en el cónyuge supérstite la facultad de mejorar (con cargo al tercio de mejora e incluso al de libre disposición) entre hijos o descendientes comunes y de asignar bienes concretos a los hijos, y ello con sujeción a un plazo que puede ser muy amplio pues el artículo 831 apartado 1º párrafo segundo señala que "si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes".

Esta solución es especialmente aconsejable cuando los hijos son menores de edad y aún no es posible saber quien va a ser el más apto para continuar la explotación familiar, en cuyo caso se encomienda al supérstite la tarea de realizar esa elección (e implícitamente, de formar a los hijos para que prosigan en la empresa familiar).

Ahora bien, esa mejora habrá de respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes (artículo 831 apartado 3). Legítimas que se podrán abonar ya sea con bienes de la herencia o ya sea en dinero extrahereditario, como sucederá si entendemos que el cónyuge supérstite es un contador-partidor del artículo 1057.1 del Código civil, al que el artículo 1056 párrafo segundo le permite obrar de esta manera; o si

[12] En este sentido, el artículo 36.1 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, señala que "en caso de usufructo de participaciones la cualidad de socio reside en el nudo propietario, pero el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo. Salvo disposición contraria de los estatutos, el ejercicio de los demás derechos del socio corresponde al nudo propietario".

tenemos en cuenta que en todo caso el cónyuge podría hacer una mejora en cosa determinada y, por aplicación del artículo 829 del Código civil, ser necesario el pago en metálico a los herederos forzosos no mejorados, pago que será necesariamente en dinero extrahereditario. E incluso, a tenor del artículo 831 apartado 3 párrafo 3º, se podrán pagar con bienes pertenecientes sólo a dicho cónyuge supérstite, siempre y cuando con ellos se cubran las legítimas de los herederos forzosos no mejorados (se superaría así la rigidez cualitativa de la legítima como *pars bonorum hereditatis*, pues sería *pars bonorum* también de bienes propios del cónyuge viudo).

3.2. Actuaciones de carácter dispositivo-particional.

En caso de que exista una empresa familiar y ésta abarque buena parte del valor del caudal hereditario, lo normal será que el testador esté interesado en atribuir el bien íntegramente a alguno de sus familiares (normalmente alguno de sus hijos) y, en el caso de existir legitimarios, abonar a éstos la legítima en metálico.

Esta posibilidad va a ser resaltada en Derecho español tras la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada de la Nueva Empresa, por la que se reforma la ley reguladora de las sociedades de responsabilidad limitada y mediante la cual se introducen asimismo ciertas modificaciones en el Código civil español (concretamente, a través de la Disposición final primera de la Ley 7/2003). Esa atribución íntegra e indivisa del bien a uno de los herederos no era sin embargo extraña al Código civil español. Es más, una solución similar se encontraba prevista en dos preceptos distintos, ninguno de los cuales estaba pensado específicamente para la empresa familiar pero cuyo contenido resultaba aplicable a la misma:

A) el artículo 829 del Código civil, relativo a la mejora en cosa determinada, mejora llevada a cabo por el testador y que se traducía en un legado de cosa determinada (en este caso, del negocio familiar) que si tras ser imputada al tercio de libre disposición, al de mejora y a la parte correspondiente del tercio de legítima estricta, excedía de tales conceptos (artículo 828 del Código civil), debía ser compensada con un pago en metálico, el cual necesariamente había de hacerse con dinero extrahereditario.

Solución legal que no posibilitaba el aplazamiento del pago que hoy se prevé en el artículo 1056 del Código civil y que por tanto, forzaría a realizar el pago de inmediato, con los consiguientes problemas financieros que esto podría acarrear para el sucesor en la empresa familiar.

B) el artículo 841 y siguientes del Código civil, que prevén el pago de la porción hereditaria en hipótesis especiales, como perfectamente podría ser el supuesto de la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar. En este caso, el testador quiere instituir herederos a sus hijos y tal vez quiera dejarles más que la legítima estricta, pero se encuentra con que también quiere atribuir toda la herencia o determinados bienes especialmente valiosos sólo a alguno de esos hijos o descendientes y que ello impide ese reparto de cuotas que tenía inicialmente previsto. Se permite entonces al testador (o al contador-partidor, incluso al dativo) asignar a ese sucesor tales bienes hereditarios, con la obligación a su cargo de pagar la porción hereditaria (nótese que no habla de legítima) a los demás legitimarios. Cosa que obviamente hará en dinero extrahereditario.

Precepto que se asemeja al actual artículo 1056 pero que presenta ciertas diferencias con respecto a éste que desaconsejan su empleo en la sucesión de la empresa familiar:

a.-. en primer lugar, del artículo 842 del Código civil se deduce que no estamos ante un precepto automáticamente ejecutivo como el artículo 1056, que afirma que "se pasará por la partición que haga el testador". La debilidad del acto atributivo de bienes realizado por el testador se refleja en el hecho de que el heredero que ha de pagar en metálico a los otros puede exigir que éstos cobren con bienes de la herencia, solución no prevista en el artículo 1056 del Código civil, por ser imperativa la partición impuesta por el testador.

b.- establece un aplazamiento del pago en metálico más reducido (artículo 844, que fija un plazo de 1 año desde la aceptación de la conmutación por el último de los perceptores del metálico, o desde la aprobación judicial de la liquidación practicada por el heredero que conmuta), con los consiguientes problemas financieros que pueden surgir por la brevedad del plazo concedido.

Junto a estos mecanismos legales, aplicables a la empresa familiar pero no pensados para ella, hay que resaltar la importancia presente del tantas veces citado artículo 1056 párrafo segundo del Código civil español, a cuyo tenor "el testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844".

En este caso, y a diferencia de lo que sucede en el artículo 841 precitado, la finalidad sí que es específica ("… en atención a …") y enlaza con el interés general de mantener indivisas esas explotaciones[13] o de mantener el control de esas sociedades o grupos de ellas[14]. Todo lo cual

[13] El texto nacido de la reforma legal es sin duda más apropiado que el anterior a la hora de referirse al objeto sobre el que recae el acto dispositivo, pues con anterioridad a 2003 se decía que "el padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una *explotación agrícola, industrial o fabril*, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos". El texto vigente se refiere a una explotación económica, expresión más genérica con la que se buscaba evitar interpretaciones restrictivas, y al control de sociedades de capital o de grupos de éstas.

[14] Con anterioridad a la reforma de 2003, el artículo 1056 establecía dicha facultad de atribución íntegra como medida orientada a lograr la unidad de la empresa en interés de la familia. Por el contrario, en la actualidad se otorga tal facultad al testador "en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia", de modo que lo que antes eran fines conexos, se configuran ahora como independientes e igualmente legitimadores de la solución legal. Dicho de otro modo, no se exige que la empresa se conserve en el ámbito familiar, sino que basta con que se conserve, aun perdiendo su carácter de empresa familiar (lo que pasa es que entonces perdería el régimen propio de la misma y las ventajas fiscales de esa sucesión).
Por otra parte, cabe señalar que la expresión "mantener el control de la empresa" puede demandar un análisis del caso concreto. Y es que dicho concepto no siempre coincide

conecta precisamente con la problemática de la empresa familiar y con la búsqueda de soluciones para la misma.

A tal efecto, se permite al testador imponer el pago en metálico de la legítima con dinero que puede ser extrahereditario; mediante un pago que puede aplazarse hasta cinco años; con un hijo beneficiado que no podrá hacer uso de la opción del artículo 842; con unos hermanos que se verán abocados a la vía judicial si la determinación del *quantum* al que asciende su legítima les parece incorrecta, pues la inaplicación en este caso del artículo 843 del Código civil significa que no es necesario que todos los descendientes no adjudicatarios o que el Juez aprueben previa y expresamente la liquidación practicada; y con unos hermanos que no gozarán de las garantías legales que les concede el artículo 844 párrafo primero del Código civil (las previstas por la legislación hipotecaria para el legatario de cantidad).

Con anterioridad a la reforma introducida por la ley 7/2003, el precepto atribuía esta posibilidad de partición al padre, con lo cual los únicos destinatarios de la norma parecían ser los hijos. De la literalidad de la norma se desprendía que quedaban fuera los abuelos que querían dejar íntegramente la empresa familiar a sus nietos (aunque en este caso la norma se interpretaba en sentido extensivo e inclusivo) y que quedaban también fuera los casos en que el empresario fallecía sin hijos pero con ascendientes, no pudiendo entonces discriminar entre uno y otro.

En la actualidad, el precepto habla simplemente del testador, lo que permite incluir todos esos supuestos y permite incluso plantearse si el beneficiario de la atribución íntegra de la empresa ha de ser un legitimario. En efecto, de los términos empleados por el precepto parece deducirse que el adjudicatario de la empresa familiar indivisa puede ser cualquier persona, sea o no heredero forzoso, sea o no un pariente del empresario.

Dos datos nos llevan a hacer esa afirmación: 1) ya no se habla de satisfacer "en metálico la legítima a los demás hijos", lo que indicaba que el precepto estaba antes pensado en beneficio de un hijo y frente a sus

con la mayoría de acciones o de participaciones, pudiendo existir control de la sociedad aunque se ostente la titularidad de un porcentaje muy inferior.

hermanos; 2) la finalidad de conservar la empresa más allá de su adscripción a la familia puede ser determinante de que aquélla pase a un tercero ajeno a la familia (aunque es verdad que esto se podría tal vez evitar imponiendo en el protocolo familiar que las tareas de dirección no las asuma el titular sino un profesional, en cuyo caso la desaparición del riesgo que supone esa gestión por el hijo inepto podría permitir eludir esa asignación a tercero).

Por su parte, quienes padecen esa alteración de la legítima como *pars bonorum*[15] son obviamente los legitimarios, sean éstos quienes sean. Frente al precepto anterior a 2003, que hablaba del pago de legítima en metálico a los demás hijos, en la actualidad se habla de "los demás interesados", lo que permite incluir en dicha expresión a los ascendientes e incluso permite plantearse la inclusión en el precepto del cónyuge viudo, aunque esto último resulte discutible pues significaría una conmutación del usufructo por parte del testador, sin cabida ni en el artículo 839 del Código civil –conmutan los herederos- ni en el artículo 840 – conmuta el viudo-[16].

Tales personas no son meros acreedores del adjudicatario de la empresa familiar, sino que son también herederos forzosos y precisamente por ello siguen estando llamados a los bienes de la herencia hasta que se les satisfaga su legítima con dinero extrahereditario. Dicho de otro modo, el llamamiento a los bienes de la herencia sigue estando vigente, a modo de garantía (prevista frente a terceros adquirentes a través de la "mención legitimaria" del artículo 15 de la Ley Hipotecaria), de modo que en caso de impago por el adjudicatario de la empresa familiar, se reactivaría su derecho a la *pars bonorum* y podrían exigir la entrega de bienes de la herencia.

---

[15] Como señala HUERTA TROLEZ, A., "La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio", en *Revista Jurídica del Notariado*, abril - junio 2004, número 50, p. 96, la legítima española es *pars bonorum*, no *pars valoris bonorum*, pese a lo cual, son muchas las excepciones que en lo cualitativo (que no en lo cuantitativo) modalizan la afirmación general.

[16] En opinión de LLOPIS GINER, J. M., "La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código civil", en *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Cizur Menor 2004, p. 62, la reforma introdujo un nuevo supuesto de conmutación, a instancias del propio testador, que afectaría al modo de pagar la legítima del viudo.

La posibilidad de pago con metálico extrahereditario, como ya sabemos, no es novedosa. Lo peculiar del precepto es que:

1) establece una posibilidad de aplazamiento del pago hasta 5 años después del fallecimiento del testador, lo cual es muy importante para evitar endeudamientos (especialmente en las sociedades de respon-sabilidad limitada, que no pueden autofinanciarse) que pueden com-prometer el futuro de la empresa.

2) alude a la posibilidad de recurrir a otros medios de extinción de las obligaciones, entre los que debemos incluir la confusión (para el caso de que el heredero forzoso muera y su único heredero sea el adjudi-catario de la empresa familiar), la compensación (de deudas recíprocas entre el legitimario y el adjudicatario) y la novación (porque se acuerda que el pago no se haga con dinero del adjudi-catario sino con bienes de éste, lo que constituiría una novación objetiva de la deuda).

En todo caso, debe quedar claro que esta posibilidad de pago sólo cabe si la legítima no se puede cubrir con los bienes de la herencia distintos de la empresa familiar, pues si dichos bienes permiten pagar la legítima a los herederos forzosos, el precepto devendrá inaplicable. Dicho de otro modo, no se puede utilizar el artículo 1056 párrafo segúndo del Código civil para, aun habiendo bienes distintos de la empresa familiar con los que cubrir la legítima, lograr un aplazamiento en el pago de ésta o lograr el recurso a esos medios de extinción de las obligaciones. Por otra parte, esta facultad de pago en dinero extrahereditario ha de establecerse expresamente en el testamento, pues de lo contrario, como dice el artículo 1056 párrafo segundo, "si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia".

3.3. Los pactos o contratos sucesorios.

Al igual que sucede en Ecuador[17], los contratos sobre la herencia futura están prohibidos en el Código civil español (excepción hecha de lo

[17] Como señala LARREA HOLGUÍN, J., *Derecho civil del Ecuador*, Volumen IX, Guayaquil 1997, p. 184, "por ser el testamento un acto unilateral y personal, excluye la posibilidad de los

previsto en el artículo 1271 párrafo segundo del Código civil), lo cual se fundamenta en el deseo de garantizar la libertad dispositiva *mortis causa* y de posibilitar su ejercicio hasta el momento mismo de la muerte del causante, para así poder adaptar la elección del destino final del patrimonio a las posibles circunstancias que sobrevengan. Asimismo, se solía argumentar contra los pactos sucesorios señalando su carácter de *pactum corvinum*, pacto inmoral por favorecer en los contratantes beneficiarios de la sucesión el deseo de que muera la otra parte contratante.

Lo insostenible del último argumento citado[18], hace que el principal motivo justificante de la prohibición de contratos sucesorios sea la preservación de la libertad dispositiva *mortis causa*[19]. Ahora bien, a ello se puede replicar que, hasta cierto punto, quien compromete su voluntad mediante un pacto sucesorio está precisamente haciendo uso en libertad de su facultad dispositiva *mortis causa*. Y no sirve decir que las circunstancias podrían cambiar y llevar al instituyente a arrepentirse de su designación, porque para eso se le permite ejercitar su autonomía de la voluntad y dotar al pacto sucesorio de ciertas cláusulas que puedan prever esas contingencias, que pueden ir desde la ingratitud del instituido al incumplimiento de ciertas cargas o condiciones que le hayan sido impuestas (como por ejemplo, obtener una determinada formación académica o dedicar un cierto tiempo al trabajo en la empresa familiar).

Lo más próximo a la figura de los pactos sucesorios se encuentra en el artículo 826 del Código civil, que establece que "la promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimo-

---

contratos o pactos sucesorios, que sí se admitían en el derecho germánico y se conservaron por largo tiempo en Francia y Alemania".

18 Pues no es razonable mantener que quien suscribe un pacto sucesorio tenga ganas de que se muera el otro contratante: al menos, no más ganas que las que pueda tener el que se sabe instituido heredero en testamento.

19 En este sentido se posiciona ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual*, Sevilla 1999, páginas 83 y siguientes, quien arguye que si bien es cierto que esa disposición se hace en ejercicio de la libertad dispositiva mortis causa (como afirman los defensores de pactos sucesorios), no es menos cierto que no está tan claro "que se deba admitir en la Ley una forma de ordenación sucesoria irrevocable" que impide al causante reaccionar ante las nuevas circunstancias. En opinión de DE LOS MOZOS, J.L., *Propiedad, herencia y división de la explotación agraria. La sucesión en el Derecho agrario,* Madrid 1977, p. 191, "el verdadero peligro del pacto de sucesión es que ésta (la herencia) vaya donde no quiere el causante, condenado de por vida a adquirir para favorecer a quien no quiere favorecer porque su voluntad ha cambiado ...".

niales, será válida. La disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto", a lo que el artículo 827 añade la irrevocabilidad de la mejora realizada en dicho instrumento público. La pregunta que cabe realizarse en este caso es la de "porqué hacen falta capitulaciones matrimoniales y por lo tanto la boda del hijo, sin que quepa el pacto sucesorio directo entre empresario y sucesor"[20];"

Pacto sucesorio que, por otra parte, no es una institución totalmente extraña al Derecho civil español. En efecto, el deseo de protección de las empresas agrarias, en muchas ocasiones familiares, dio lugar a la ley 49/1981, de 24 de diciembre, reguladora del Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes, norma que preveía una regulación de los pactos sucesorios (artículos 16 a 20), que además se erigían en opción sucesoria aparentemente preferente ("en defecto de pacto sucesorio, la sucesión en la explotación familiar se deferirá a la persona que el causante hubiere designado en testamento", decía el artículo 21).

Sucesión contractual que permitía el convenio con el legitimario o con el no legitimario que tuviese la cualidad de colaborador de la explotación (artículo 16, cuyo apartado 2 exigía el consentimiento de los legitimarios no colaboradores cuando el colaborador nombrado era un tercero), cualidad que había de mantener hasta el momento del fallecimiento del instituyente, siendo en otro caso el pacto revocable a instancia del instituyente o de cualquiera de sus legitimarios, salvo que se apreciasen ponderadas razones de equidad para mantenerlo (artículo 18).

Pacto sucesorio que implicaba un límite a la libertad dispositiva del titular de la explotación, pues vigente el mismo el instituyente no podía disponer a título gratuito de la explotación, salvo a favor del instituido (artículo 19 apartado 1). Y en caso de disposición de la explotación a título oneroso, el instituido sucesor, aparte de las facultades de impugnación que le correspondieran con arreglo a la legislación civil, tenía derecho de adquisición preferente en los términos previstos en la propia Ley, sin perjuicio de ser compensado económicamente por su dedicación a la explotación (artículo 19 apartado 2).

---

[20] Cfr. BORRELL GARCÍA, J., "Capitulaciones matrimoniales y empresa familiar", en *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Cizur Menor 2004, p. 31, quien considera que es ciertamente difícil encontrar respuesta a tal pregunta.

Pacto sucesorio que podía extinguirse, a tenor del artículo 20, por acuerdo de los otorgantes, formalizado en escritura pública; por incumplimiento de las cargas, condiciones u obligaciones impuestas al sucesor; por aquella conducta del sucesor que impidiese la normal convivencia familiar; o por las causas de indignidad o desheredación, que afectaban también al instituido aunque no se tratase de un legitimario.

Sin embargo, tal regulación de las empresas familiares agrarias y la correlativa excepción al régimen sucesorio codicial, pues no otra cosa eran los pactos sucesorios, tendría una corta vida legal, ya que algunos años después la ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las explotaciones agrarias, derogó la ley 49/1981 y con ella sus mecanismos de transmisión *mortis causa* de la empresa familiar agraria[21].

Derogación que no deja de ser paradójica si tenemos en cuenta que poco antes la Comisión Europea había elaborado la Recomendación 1994/1069/CE, de 7 de diciembre de 1994, sobre la Transmisión de las pequeñas y medianas empresas, en cuyo artículo 5 se señalaba que "Es conveniente garantizar la continuidad de las sociedades de personas y de las empresas individuales en caso de fallecimiento de uno de los socios o del empresario. Con este fin, se invita a los Estados miembros a: (…) c) *velar por que, en caso de fallecimiento de uno de los socios de una sociedad de personas o de un empresario individual*, el Derecho de familia, *el Derecho de sucesiones* y, en particular, el principio de unanimidad para las decisiones que se tomen en el marco de la indivisión *no pongan en peligro la continuidad de la empresa*". Si bien en el texto de la Recomendación no se contenía ninguna referencia expresa a la conveniencia de superar la prohibición de los contratos sucesorios, en la exposición de motivos de dicha Recomendación[22], sí que se planteaba claramente dicha solución[23].

---

[21] Vid GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, páginas 97 a 113.

[22] Exposición de Motivos que se publicó en forma de Comunicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 31 de diciembre de 1994, n° C 400, páginas 1 a 9.

[23] En concreto, en la página 6 del n° C 400, se señalaba como Problema el que "*otras disposiciones* del *Derecho de sucesiones de algunos Estados miembros pueden constituir un freno a la preparación de la sucesión*, entre las que cabe citar la prohibición de la cesión entre cónyuges, *la prohibición de los pactos sobre la sucesión futura* o incluso la reserva en especie". Tras ello, en el apartado Recomendación se afirmaba que "los Estados miembros deberían procurar que se eliminaran los demás obstáculos que puedan derivarse de algunas disposiciones del Derecho de familia; así, por ejemplo, (…) *se ha de atenuar la prohibición de los pactos sobre sucesión futura* …", si bien, como ya ha quedado dicho, el texto final de la Recomendación no fue tan explícito al respecto.

En todo caso, los pactos sucesorios quedaron nuevamente fuera del Derecho civil común, que intentaría proteger a ese tipo de explotaciones familiares a través de la ya citada ley 7/2003. Ahora bien, nótese que el mecanismo tuitivo previsto por ésta no consiste en un contrato sucesorio sino en una partición hecha por el causante en su testamento. Partición que, como el propio documento que la alberga, es siempre revocable unilateralmente, a diferencia de lo que sucedería en un sistema de pactos sucesorios. Lo cual pone de manifiesto que el objetivo del legislador no era tanto aproximarse a la sucesión contractual como oponerse al rígido desenvolvimiento de la sucesión forzosa, flexibilizando el pago de la legítima.

Desde un punto de vista teórico, existen sin duda argumentos a favor y en contra de una y otra opción legislativa. Ahora bien, la práctica y el transcurso del tiempo han demostrado que una sociedad puede funcionar perfectamente con unos u otros instrumentos de ordenación sucesoria. Buena prueba de ello es que, en España, el Derecho navarro ha pervivido con los pactos sucesorios (amén de las disposiciones testamentarias, que obviamente son igualmente admitidas) tan bien como el Código civil sin ellos. Y si bien es cierto que se recurre a ellos con cada vez menos frecuencia (básicamente a causa de la homogeneización y desruralización de la sociedad española), creo que pese a todo no debemos caer en el error de infravalorar y relegar al baúl de los recuerdos una institución jurídica que aún podría resultar útil.

En una realidad jurídica y económica compleja, los intereses a tutelar por el ordenamiento jurídico son de lo más diverso y en ocasiones las herramientas que nos proporciona nuestro ordenamiento jurídico resultan insuficientes para satisfacerlos. Buen ejemplo de ello son las empresas familiares y el interés general en su conservación. Es por ello que considero que el recurso en tal caso a los pactos sucesorios no debería ser a priori rechazado. Ciertamente su admisión habría de realizarse con cautelas y tal vez sectorialmente, pues parece claro que el concepto de persona, de familia y de patrimonio que tradicionalmente ha estado detrás de la admisión de los pactos sucesorios no es el mismo que el que late en los testamentos[24].

[24] En opinión de ARECHEDERRA ARANZADI, L.I., *Comentarios a las reformas del Código civil*, Madrid 1993, p. 496, "la Codificación desplazó a la familia y entronizó a la propiedad.

Existen igualmente profundas diferencias desde un punto de vista teleológico. Con el recurso a los pactos sucesorios se busca proteger a quien va a ser instituido heredero o designado legatario en ellos, para lo cual se procede a su irrevocable nombramiento como heredero *ante mortem*, con o sin entrega de bienes, a cambio de algún tipo de contrapartida que típicamente consiste en asumir la dirección de los negocios familiares. Esa asunción de responsabilidades podría lograrse mediante el recurso al testamento pero ello generaría una incertidumbre en el instituido heredero, pues como consecuencia de la regla *ambulatoria est volunctas defuncti* aquél correría el riesgo de, tras haber asumido esas cargas familiares, ver como en el último momento el causante revocaba el testamento, remitiéndose implícitamente a la sucesión legal, o realizaba uno nuevo derogatorio del anterior y en el que instituyese herederas a otras personas. Para evitar esos riesgos, la figura que le interesará al instituido será la del pacto sucesorio, que por tanto supone un arma defensiva para éste, y no para el futuro causante. Causante que, pese a todo, no se ve absolutamente desprotegido ya que el propio carácter contractual de la sucesión hace que el poder autorregulador de las partes pueda establecer las estipulaciones que el titular de la empresa considere oportunas en aras a limitar, en beneficio de la empresa familiar, los perjuicios que la natural (que no esencial) irrevocabilidad del pacto sucesorio pudiera producir.

En conclusión, podemos afirmar que frente a una situación problemática como es la relativa a la sucesión en la empresa familiar, el ordenamiento civil aporta ciertos remedios y está en condiciones de aportar nuevas soluciones. Soluciones que nunca serán perfectas pero que combinadas con los Estatutos societarios, con los protocolos familiares y con una buena ordenación del régimen económico matrimonial del empresario, pueden llevar a que el futuro de las empresas familiares sea menos incierto.

No extraña por ello que prohíba el pacto sucesorio y perfile el testamento en su más genuina versión. Prohibiendo por tanto el mancomunado". Así, frente al pacto sucesorio, entendido como instrumento de organización familiar se alza el testamento, instrumento puramente sucesorio en el que se conciben los elementos patrimoniales como simple titularidades dominicales al servicio del tráfico.

Derecho Laboral

ALEGATO LABORAL

Fabricio Peralta Díaz[*]*

RESUMEN:

Alegato presentado en un juicio de trabajo en el que se analiza la valoración de la prueba, la configuración del despido, a la luz de la doctrina extranjera y jurisprudencia nacional

PALABRAS CLAVE:

Visto Bueno
Despido
Prueba
Valoración

Señora Jueza del Trabajo del Guayas:

Fabrizio Peralta Díaz, en mi calidad de Procurador Judicial del doctor LB y de ABC S.A., refiriéndome al improcedente juicio laboral iniciado por virtud de la demanda incoada por CRBR contra mis mandantes, atentamente le digo:

He creído conveniente presentar este memorial escrito para destacar ciertos aspectos esenciales del litigio laboral que se ventila en su Judicatura, toda vez que estimo necesario desbrozar y, a la vez, desenredar el camino que debería conducirla a dictar una sentencia ajustada a la realidad jurídica, fáctica y procesal que reposa en el expediente, pero que la parte actora ha enredado —no sé si deliberada o torpemente— con la aportación de una serie de elementos extraños a esta causa.

---

* Abogado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil (2000). Master en Informática y Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (2003). Socio de Consulegis Abogados y Asesor Jurídico de la Cámara de Comercio de Guayaquil.

I

LAS PRUEBAS DE LOS DEMANDADOS

Cuando un juzgador conoce una controversia que debe dirimir en uso de las facultades jurisdiccionales de que se halla investido, sus actuaciones están circunscritas a las fronteras que las partes contendientes delimitan o fijan en la demanda y su correspondiente contestación. Así, todo aquello que sea ajeno a los hechos alegados o a las excepciones deducidas, no puede ser materia de decisión judicial.

Este juicio, señora Jueza, está basado en un hecho nada más: el alegado *despido intempestivo* del que dice haber sido objeto CRBR, tal cual lo ha consignado en su libelo. Frente a esa aseveración, mis mandantes, en la respectiva contestación adujeron la inexistencia del despido y, por ende, la improcedencia de la pretensión del actor, la cual consiste en el pago de una indemnización y algunos otros haberes a los que dice tener derecho.

Así las cosas, y conforme lo señala el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, debía CRBR probar que tal despido sí se había producido, mientras que mis poderdantes, amparados en idéntica disposición adjetiva, no estaban obligados a producir prueba alguna al haber contestado de manera simplemente negativa.

Mas en la práctica se dio el caso curioso de que el actor no demostró sus afirmaciones, mientras que mis representados, por el contrario, hicieron uso de varios elementos probatorios que comprueban o permiten colegir la inexistencia del hecho propuesto por el accionante en este juicio.

a. El visto bueno.

Como consta del proceso, el inicio de esta acción judicial es el corolario de una serie de maniobras fraudulentas y desleales empezadas por el actor con el objeto de salirse con la suya y así cobrarse el "premio" de una indemnización por despido intempestivo.

En efecto, en un principio afirmé, y hoy lo reitero, que desde las últimas semanas en que CRBR trabajó para mis representados, empezó a crear un clima de malestar entre sus compañeros de labores que se ponía de manifiesto en una serie de cuestionamientos a las órdenes de sus superiores, así como en el uso de expresiones que daban cuenta de su inexplicable inconformismo con la empresa. Los testimonios rendidos por los testigos que presentamos para abonar estas afirmaciones confirman la veracidad de ese estado de ánimo incomprensible por aquel entonces, pero cuyos verdaderos alcances el tiempo se encargó de revelar[1].

Al verse CRBR frustrado en sus torcidos propósitos de hostigar a la administración de la compañía para forzar la tan anhelada ruptura contractual de la cual él pudiera resultar beneficiario, tomó el camino de inventarse una causal de visto bueno para obtener su desvinculación de ABC S.A. El objetivo final era, pues, conseguir que un Inspector del Trabajo declare procedente dicha solicitud y que esa resolución conlleve los mismos efectos de un despido.

Es por ello que mis poderdantes solicitaron, como prueba a su favor, la incorporación y reproducción de la copia certificada del trámite de visto bueno, indebidamente incoado por CRBR contra mis representados. Si bien es verdad que aquel expediente se resolvió, írritamente, a favor del nombrado peticionario, consideré pertinente y oportuna la presentación de este instrumento por las siguientes razones:

1. Porque el actor, curiosamente, no lo utilizó como presupuesto procesal de este juicio, sino que, por el contrario, prefirió fundar su pretensión en el no justificado *despido intempestivo* que alega en la demanda[2];
2. Porque, de conformidad con el último inciso del artículo 183 del Código del Trabajo, las resoluciones dictadas en los trámites de visto bueno sólo tienen valor de informe para los jueces,

---

1 v. Testimonios de los señores LAM y JMA.

2 La señora Jueza comprobará, con la sola lectura de la demanda, que en parte alguna de ella se menciona a la resolución de visto bueno como basamento del actor para solicitar el pago de una indemnización.

quienes deben apreciarlas con criterio judicial en relación a las pruebas rendidas en el juicio[3]; y,

3. Fundamentalmente, porque la revisión de las piezas que integran ese trámite le mostrarán a usted cuál fue, desde un principio, el comportamiento procesal de ABC S.A. y, por supuesto, cuáles fueron las argucias que CRBR tramó para la consecución de sus despropósitos.

En efecto, dicho trámite de visto bueno no se había aún resuelto cuando CRBR, luego de recibir un correo electrónico el 26 de noviembre del 2007, se *sintió* o *concluyó* que estaba *despedido* y nunca más se reintegró a sus funciones. Vale la pena destacar que dicho correo electrónico es uno de los pocos insumos que el actor ha usado en este juicio para alegar su despido; instrumento que, por el contrario, no demuestra ni contiene la existencia de despido alguno, sino el inofensivo pedido de que CRBR se tome libre la tarde del día en que se iba festejar el cumpleaños del señor LB, Gerente General de ABC S.A.[4]

Pero en ese mismo trámite usted encontrará todos los escritos que presentamos a raíz de la extraña desaparición de CRBR, en los que llevábamos la cuenta exacta de los días que había dejado de trabajar. Es más, allí reclamábamos la inmediata reincorporación a sus funciones, además de haber consignado —y él, por supuesto, retirado y cobrado[5]— los valores correspondientes a sus remuneraciones.

¿Qué empleador que despide a su trabajador le sigue pagando los haberes que le pertenecen por virtud de la ley y la contratación? ¡Si el demandante tiene para esta pregunta una explicación convincente, pues que nos la dé!

---

[3] Oportuno es aclarar que la resolución dictada en dicho visto bueno fue también impugnada en la contestación a la demanda, lo que podrá confirmar en las páginas 2 y 3 mi escrito presentado luego de la audiencia preliminar.

[4] Aun con el riesgo de ser cansino, por repetitivo, nuevamente debo decir que no es dable ni lógico suponer que a un festejo sea también invitada la persona que ha importunado al homenajeado. ¿Era factible que el cumpleaños del señor LB sea celebrado con la presencia de un colaborador que le ha fastidiado con acciones administrativo-laborales? Sostener lo contrario haría suponer que CRBR fue despedido por no invitarlo a esa reunión, cosa que es ridícula tan sólo con mencionarla.

[5] Con el oficio número BIDJ-47-2008, que consta agregado a los autos, el Banco ha confirmado que los cheques números 5597 y 5709 fueron debidamente cobrados por CRBR. Para mayores señales, dichos cheques fueron girados contra la cuenta corriente que ABC S.A. tiene en esa institución bancaria.

b. El despido denunciado, pero jamás investigado.

Estando en curso el trámite que mencioné en el apartado anterior, y basado en el inocuo correo electrónico del 26 de noviembre del 2007, CRBR se apresuró a presentar una denuncia por el supuesto despido intempestivo del cual dice haber sido objeto. Y, como para que a nadie le quede duda del particular, sostuvo el mismo falaz argumento ante el Inspector a cargo del visto bueno que él promovió, aunque añadió una mentira más al mito que había forjado.

Efectivamente, en el escrito presentado al Inspector a las 11h05 del 7 de diciembre del 2007 afirmó que, pese a haber sido despedido el 26 de noviembre del 2007, igual se presentó a laborar al siguiente día, sólo que esta vez alguien que no menciona ni identifica fue quien le impidió la entrada a las oficinas.

Como la señora Jueza coincidirá conmigo, una denuncia que no se investiga para así establecer la veracidad de lo que el denunciante asevera, queda en mero enunciado que no tiene valor alguno, a menos que se quieran vulnerar los derechos fundamentales de la persona contra quien se dirige la querella.

Que esa denuncia jamás fue investigada, es un hecho que consta probado en el proceso gracias al oficio del 20 de abril del 2008, suscrito por el Jefe encargado de Registro de Archivo de la Subsecretaría de Trabajo y Empleo del Litoral, en el cual certifica que *"(…) no se notificó ni citó a la denunciada, ni se realizaron ningún tipo de actuaciones dentro de dicho proceso"*[6].

c. El mediocre trabajo de CRBR.

Mis mandantes, por supuesto, han probado también que CRBR era un trabajador mediocre, aunque el término se queda corto para calificarlo. Los correos electrónicos internos que obran de la especie así lo corroboran.

---

[6] La abogada MVV era la Inspectora a quien le correspondía hacer las respectivas investigaciones. Hasta la fecha desconocemos porqué nunca inició diligencia investigativa alguna.

Y es que fueron frecuentes los llamados de atención por su pobre desempeño laboral, característica que de todas formas fue tolerada con la expectativa de ver alguna mejora posterior. Visto está, hoy por hoy, que la paciencia de mis mandantes fue *premiada* con el artero proceder de un empleado que no tuvo la entereza de reconocer sus limitaciones, pero al que sí le sobró desvergüenza para procesar indebidamente a sus empleadores aun careciendo de razón.

II
LAS "PRUEBAS" DEL ACTOR

A la luz de las actuaciones procesales, queda clarísimo que CRBR no ha reproducido ninguna prueba idónea que sirva para sustentar su pretensión. Por el contrario, todos los documentos que presentó en las audiencias preliminar y definitiva son absolutamente impertinentes, porque ninguno de ellos es propicio para demostrar que fue despedido por mis mandantes[7].

Si cabe el término, la única "prueba" que poseía el actor (hasta antes de presentar como testigo al señor LAGR) era ese manoseado correo electrónico del 26 de noviembre del 2007, en el cual no existe, ni directa ni indirectamente, la intencionalidad manifiesta de romper el vínculo contractual que lo ligaba laboralmente con ABC S.A.[8] Y tanto es así que no se alcanza a entender cómo es que CRBR, al día siguiente del supuesto *despido,* se presentó nuevamente a trabajar, tal cual él mismo lo afirma en su demanda...¡A lo mejor no se sentía del todo despedido!

---

[7] Para Eduardo J. Couture, *"(…) las pruebas deben ceñirse al asunto sobre que se litiga, y las que no le pertenezcan serán irremisiblemente desechadas de oficio, al dictarse la sentencia. (…) los asuntos* sobre que se litiga *son, sin duda, aquellos que han sido objeto de proposiciones contradictorias en los escritos de las partes".* Para mayores detalles, v. Couture, Eduardo J., "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", 11ª. Reimpresión, p. 223, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981. El pensamiento de Couture está, también, reflejado en el artículo 116 del Código de Procedimiento Civil. Por ello, sostengo categóricamente que toda la documentación que presentó CRBR en el curso de este proceso carece de mérito probatorio, por ser manifiestamente impertinente. El *despido* que él demandó dice sustentarse en el correo electrónico del 26 de noviembre del 2007, aunque luego afirmó haberse presentado el 27 de noviembre para trabajar y que esta vez sí fue despedido. Con el ánimo de querer probar esto último, presentó un testigo, cuya deposición será materia de un análisis posterior en este mismo memorial.

[8] Sobre este tema, ya anticipé mi criterio en la nota a pie de página número 2.

Por ello nótese, además, que el actor incurrió en una abierta contradicción porque su propia conducta revela que ha sido impreciso en determinar cuál era la fecha efectiva en que se produjo el *despido* que mis representados niegan: ¿Fue el 26 de noviembre del 2007 o fue el 27 de noviembre del 2007?

Si admitiésemos que lo fue en el primero de los días señalados, habría también que concluir que el contenido del correo electrónico que él exhibe como "prueba" del despido no constituye, ni de lejos, la acreditación objetiva de un hecho. Al contrario, el demandante llegó a esa conclusión de manera subjetiva; tan subjetiva que CRBR afirma en su propia demanda lo que cito textualmente[9]:

> *"(…) después de esto recibo un e-mail del Econ. JC, de fecha lunes 26 de noviembre del 2007, a eso de las 11h59 (…) Cuando bien conocían ellos que tenía que realizar muchas actividades a mis funciones (…), procediéndose de una manera sutil a despedirme intempestivamente del lugar de mi trabajo (…)."* (--las negrillas y subrayados son míos--).

Cuando de despido intempestivo se trata, no hay espacio para las sutilezas, las suposiciones ni las interpretaciones. El despido intempestivo es un hecho que debe probarse fehacientemente y que no se presta para las someras matizaciones de quien lo alega, tal cual se confirma en el siguiente fallo dictado por la Tercera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia[10]:

> *"(…) b) A través de las distintas piezas procesales, se aprecia que la accionante no concibe al despido como un hecho sino como una conclusión. Así, dice en la demanda: '…además no me daban trabajo alguno que desempeñar y esto equivale a despido intempestivo también;…'; además asevera en la misma demanda que: '…el día 20 de enero de 1994, a las 09h00 aproximadamente en circunstancias que me aprestaba a cumplir mis labores habituales, me encontré con la ingrata*

[9] v. p. 2 de la demanda.

[10] v. Expediente No. 273-98, R.O. 90, 17-XII-98, recogido en la "Colección de Jurisprudencia", 1998-II, p. 340, Ediciones Legales.

> *sorpresa que las compañías se habían cambiado de establecimiento…'. Por último, afirma en el número 1 del escrito de fs. 32: '…por cuanto fui sustituida en mi puesto de trabajo debido a que llevaron al señor Ing. E. E., para que desempeñara mis funciones…'; es decir, que en ningún momento la actora señala que en un día y en un sitio determinados ella recibió por parte de su ex-empleador una orden o una manifestación de voluntad en el sentido de que la relación de trabajo debía concluir por decisión unilateral del ex-empleador (…)".* (--las negrillas y subrayados son míos--).

Pero como las mentiras suelen cimentarse en más mentiras, el actor agregó a su demanda un elemento del todo nuevo, nunca antes mencionado ni en la jamás investigada denuncia por despido, ni en el escrito que presentó durante el decurso del visto bueno para poner en alerta al Inspector que lo tramitaba. ¿Cuál es este nuevo ingrediente? Que sea CRBR el que lo diga con sus propias palabras[11]:

> *"(…) sin embargo pese a esta situación regresé el día 27 de Noviembre del 2007, a eso de las 09h00 fecha de ingreso de mi trabajo, pero al tocar la puerta de ingreso, escucho de su interior que preguntan '¿Quién es?' respondiéndole que se trataba de mi persona, recibiendo una respuesta de que yo ya no trabajaba ahí (…)."*

Allí tiene usted, señora Jueza, una nueva falsedad. El accionante, a sabiendas de que el correo electrónico del 26 de noviembre del 2007 no serviría para probar sus asertos sobre el inexistente despido, urdió una nueva quimera salida de su vastísima imaginación: ya no había sido despedido el 26 sino el 27, cuando una voz misteriosa le *abrió los ojos* al decirle que él no trabajaba más en ABC S.A.

Más allá de esta risible fantasía generada por mentalidad tan pueril, digno es destacar que CRBR no mencionó en su demanda que ese 27 de noviembre del 2007 alguien lo había acompañado a las oficinas de la accionada. Por ende, aquella afirmación de que no lo habían dejado

[11] v. pág. 2 y 3 de la demanda.

ingresar únicamente podía ser "probada" con su sola palabra…O, por supuesto, con la de alguna persona convenientemente presente en el lugar de los hechos. Es allí cuando hace su *espectacular, sorpresiva* y *salvadora* aparición el señor LAGR, dizque testigo del instante preciso en que CRBR, confundido y atribulado, se volvía para su casa al haber perdido el empleo.

El testimonio de LAGR es tan increíble como mendaz y, por eso, merece un capítulo aparte.

III
EL TESTIMONIO DE LAGR

El testimonio de LAGR es la segunda y más ridícula de las mal llamadas "pruebas" que CRBR tiene.

¿Pero cuál es el mérito probatorio del testimonio rendido por LAGR? Sostengo que ninguno y lo he de fundamentar en las líneas que prosiguen.

a. Coincidencias a la carta.

LAGR afirmó en su deposición que el 27 de noviembre del 2007 manejó el vehículo en el cual se transportaban él y CRBR. Según lo dio a entender, habitualmente llevaba al actor hasta su sitio se trabajo, tal cual lo hizo también ese día. No obstante, al ser repreguntado sobre el lugar exacto donde laboraba el accionante, no pudo precisar que éste se encontraba ubicado en el edificio Torres de la Merced, construcción que es, por cierto, muy conocida y renombrada en Guayaquil y que él debería conocer muy bien, si es que acaso fuese verdad que acostumbraba fungir de chofer de quien impulsa esta causa.

Dijo también el testigo que el demandante, luego de haberse bajado del auto, había dejado en el interior un documento de carácter personal. Por ello, decidió salir del carro para entregárselo al olvidadizo CRBR, a quien encontró luego de haber sido *despedido* por la voz de ultratumba que le habló tras la puerta.

El testimonio de LAGR es tan confuso, contradictorio y oscuro, que queda flotando en el aire la certeza de que el testigo no presenció el hecho o no escuchó la voz de forma directa, lo cual bastaría para desecharlo tanto más si se toman en cuenta las circunstancias forzada y extrañamente coincidentes en que aparece el deponente como parte de la escena: justo ese día a CRBR se le olvida algo en el auto y justo ese día a LAGR se le ocurre ser comedido e írselo a entregar.

Ya en el pasado, a nuestros más altos magistrados les han despertado más de una comprensible suspicacia este tipo de testimonios tan acomodaticios y rodeados de supuestas casualidades, tal como se menciona en el fallo que a continuación reproduzco a manera de ejemplo[12]:

> *"(…) Al respecto, conviene consignar que los testigos constituyen 'los ojos y oídos' a través de los cuales el juzgador mira y conoce los hechos que han ocurrido en el pasado. De allí pues que el sano criterio judicial exija a quienes declaran que proporcionen al juzgador una amplia información acerca de los temas o cuestiones sobre las cuales son inquiridos (…). Abundando aún más en el asunto, la testigo G.V. manifiesta que conoce que las puertas de la empresa Q. estaban cerradas, porque pudo ver al señor O. que trataba de entrar a la empresa, sin poderlo hacer y que esto ocurría a las 8 horas del día 13 de diciembre, siendo increíble que una persona pueda recordar con tanta fidelidad un hecho que había ocurrido cinco meses atrás. Por otra parte, el otro testigo, esto es, V.C., expresa que lo declarado lo sabe por cuanto fue a realizar una instalación a la Cía. Q., esperando aproximadamente dos horas a que abran dichas puertas, por lo que el deponente se retiró aprox.-madamente a las diez de la mañana…Sobre esta atestación es igualmente increíble que el citado testigo de manera coincidencial haya estado dicho día en la citada empresa y lo que es más haya estado por tan dilatado lapso –dos horas- esperando para realizar 'una instalación eléctrica', descuidando el cumplimiento de otras actividades de técnico electrónico (…)".*

[12] v. Expediente No. 110-94, R.O. 542, 6-X-94, recogido en la "Colección de Jurisprudencia", 1994, p. 104, Ediciones Legales.

Como si lo anterior no fuese suficiente, la presencia de LAGR incluso contradice y desafía a las leyes de la física y, por eso, resulta inverosímil. Un simple ejercicio mental, como el que voy a proponer en las líneas siguientes, lo corrobora.

Supongamos que fuese cierto que el testigo salió a buscar a CRBR para entregarle el documento que dejó olvidado en el auto. Cuando menos, el deponente tuvo que hallar un sitio para estacionar el vehículo, cosa que en pleno centro de Guayaquil resulta complicado hoy en día, más aún por haber llegado a la misma hora en que los oficinistas que trabajan en el casco comercial se disputan y copan todo espacio público en procura de un sitio para sus carros.

No obstante, pensemos que el testigo encontró parqueo. Para ese momento, el demandado debió haber subido ya hasta el sexto piso del edificio Torres de la Merced, que es donde están ubicadas las oficinas de mis representados[13], mientras que LAGR, con notoria desventaja, se aprestaba recién a tomar el ascensor para darle alcance.

Para Hugo Alsina[14], carece de verosimilitud un testigo que declara sobre hechos que no están conformes *"con las leyes de la naturaleza y el orden normal de las cosas"*, razón suficiente para que su testimonio no sea creído. En términos más amplios, pero siguiendo la línea de Alsina, Hernando Devis Echandía[15] advierte:

> *"(…) Hay razón del dicho si el testigo explica cuándo, cómo y dónde ocurrió el hecho y tuvo conocimiento de él, pero estas circunstancias pueden resultar en desacuerdo con la naturaleza, los efectos y las características del hecho afirmado, es decir, puede que no exista concordancia desde el punto de vista físico y lógico entre aquéllas y éste, en cuyo caso*

---

[13] Me permito recordar que está probado en los autos cuál es la ubicación de las oficinas de ABC S.A., pues allí fue donde el actor dijo en su demanda que debía ser citada la compañía, acto procesal que efectivamente se dio. Por cierto, destaco que al testigo pareciera que también le asiste el don de la adivinanza, porque no está explicado en el proceso ni en su testimonio cómo supo en qué piso quedaban tales instalaciones de mis mandantes.

[14] v. Alsina, Hugo, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", Tomo III, p. 645, Segunda Edición, Buenos Aires, 1961.

[15] v. Echandía, Hernando Devis, "Teoría General de la Prueba Judicial", Tomo II, p. 125 y 126, Primera Edición Colombiana, Biblioteca Jurídica Dike.

> *resultará imposible o improbable que efectivamente haya ocurrido. (…).*
>
> *Salta a la vista la enorme importancia de someter el testimonio a una severa crítica de las circunstancias en que el testigo dice que ocurrió el hecho y desde los diversos puntos de vista: la posibilidad física del hecho, sus características, la probabilidad de que haya podido ocurrir en el lugar, el tiempo y de la manera como el testigo lo explica. Y luego, una crítica similar de las circunstancias en que tuvo acceso a tal hecho o pudo conocerlo."* (--las negrillas y subrayados son míos--).

A menos que el actor se haya quedado discutiendo largo rato con la voz no identificada que le impidió ingresar a su lugar de trabajo, luce físicamente imposible que el deponente hubiese estado justo en el momento en que se produjo el hecho; claro está, a menos que éste último esté dotado de extraños poderes sobrenaturales que le permitan o retroceder el tiempo o correr a la velocidad de la luz.

b. El testigo de oídas.

Incapaz de superar las leyes de la física y las normas de la lógica, es indudable que LAGR no fue testigo presencial del hecho que el actor pretende probar, sino que, por el contrario, recibió esta información por la boca de CRBR. Se trata, a lo sumo, de un típico *testimonio de oídas* o *ex auditu.*

Al respecto, la doctrina jurídico-procesal mira con malos ojos y le resta credibilidad a esta clase de testificaciones. Nuevamente, las palabras de Hernando Devis Echandía[16] no pueden ser más ilustrativas y contundentes:

> *"Sabemos que uno de los principios generales de la prueba judicial es el de su* originalidad, *es decir, que en lo posible debe referirse directamente al hecho por probar, porque si apenas se refiere a hechos que a su vez sirven para establecer aquél, se tratará de prueba de otra prueba, que no produce*

[16] v. ob. cit., p. 76.

> *la misma convicción y encierra el riesgo de conducir a conclusiones equivocadas. Desde este punto de vista, los testimonios de oídas son poco recomendables, porque no cumplen aquel requisito fundamental de toda buena prueba; de tal modo que si existen testigos presenciales o que de otra manera hayan percibido directamente el hecho por probar, se les debe oír directamente, en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia.*
>
> *Como muy bien lo dice Giovanni Brichetti, 'la prueba no original, es decir, la prueba de otra prueba, presenta una doble posibilidad de engaño: la posibilidad inherente a sí misma, y aquella inherente a la prueba original que contiene'; cuanto más se aleja de la fuente original, más disminuye la fuerza o eficacia de la prueba. (…)."* (--las negrillas y subrayados son míos--).

Pero más allá de lo doctrinario, la jurisprudencia nacional es reiterativa en el rechazo a los testimonios de oídas, tal como lo recogen los siguientes dos fallos cuyas partes esenciales me permito transcribir y destacar:

b.1. *"(…) es oportuno reiterar que el despido intempestivo es un hecho que ocurre en un momento determinado y en un lugar igualmente determinado y por tanto, la prueba de su ocurrencia no debe dejar duda alguna al juzgador (…). En la especie, y examinadas las constancias pertinentes se advierte sin esfuerzo que el mencionado despido intempestivo no se encuentra debidamente justificado; pues, la prueba testifical con la que pretendió acreditárselo por ser rendida por auritis testis, esto es testigos de oídas o referenciales no presta mérito para sufragar la afirmación del actor contraída a que tal despido se habría producido. (…)."*[17]

b.2. *"(…) No puede dejar de señalarse que los testigos son los ojos y los oídos con los que los justiciadores ven, escuchan*

[17] v. Proceso 51-98, Primera Sala de lo Laboral y Social, R.O. 309 del 4-V-98, recogido en el "Repertorio de Jurisprudencia", Tomo XLIV, Enero – Junio 1998, p. 67, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1999.

> *y reconstruyen el pasado, de allí que cuando se ocurre a la prueba testimonial, el testigo debe demostrar que conoce a cabalidad los hechos preguntados y que su pronunciamiento proviene de su calidad de tercero presencial e imparcial. (…)"*[18]

c. ¿Cómo valorar el testimonio?

Hay que tener en cuenta, en todo caso, que el artículo 207 del Código de Procedimiento Civil le confiere a usted, señora Jueza, la facultad de apreciar *"la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la razón que éstos hayan dado de sus dichos y las circunstancias que en ellos concurran"*.

No obstante, y como bien conocemos, esa *sana crítica* que los juzgadores deben utilizar para valorar la prueba conlleva —a más del empleo de las reglas de la lógica y la experiencia— una visión del conjunto probatorio incorporado al proceso[19]. No se pueden, por ende, apreciar las pruebas ni su mérito de manera aislada, sino en el contexto del litigio que está sometido a su conocimiento y resolución.

Bajo las señaladas premisas, ¿cómo debería apreciarse el testimonio de LAGR? Los motivos que he expuesto a lo largo de este escrito podrían darle a usted la convicción de que el deponente no presenció directamente el *despido* y que, en último término, bien podría ser considerado como un testigo de oídas.

La doctrina y la jurisprudencia emanada de nuestra Corte Suprema de Justicia tienen, para ello, criterios uniformes que desacreditan a quienes dan versiones testimoniales que no son de primera mano. Sin embargo, le pido tener presente lo que la siguiente sentencia recomienda para mejor apreciar la prueba de testigos[20]:

---

[18] v. Expediente No. 305-98, Primera Sala de lo Laboral y Social, recogido en la "Colección de Jurisprudencia", 1999-I, p. 332 y 333, Ediciones Legales.

[19] v. Art. 115 del Código de Procedimiento Civil: *"La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. (…)."* Norma interpretativa de contenido casi idéntico la encontramos en el artículo 593 del Código del Trabajo.

[20] v. Expediente No. 45-98, Segunda Sala de lo Laboral y Social, recogida en la "Colección de Jurisprudencia", 1998-I, p. 405 y 406, Ediciones Legales.

> *"(…) La prueba testimonial es muy común pero también muy endeble, pues, entran en juego los sentidos, lo cual implica que una persona va a relatar lo que éstos pudieron captar sobre tal o cual hecho o acontecimiento; más endeble resulta todavía cuando el testigo es de oídos, o sea que repite lo que otra persona le dijo, entonces sucede que la alteración de los hechos es mucho más fácil. Por esta razón, el juzgador está en la obligación de aplicar las reglas de la sana crítica consistente en una operación intelectual destinada a la correcta apreciación de las pruebas realizada después de un análisis en donde entran en juego la lógica, la ética, la contradicción y todos aquellos valores subjetivos encaminados a obtener un criterio válido de los acontecimientos. (…)".* (--las negrillas y subrayados son míos--).

No es necesario ahondar en mayores razonamientos. Espero, señora Jueza, que su sana crítica la conduzca hacia el encuentro con la verdad, de tal forma que en este juicio no tenga cabida ni perdón la mala fe procesal con la que ha obrado el actor desde un principio.

Resentiría a la justicia y al sentido común que en la causa se falle en contra de quien ha probado, aun sin la carga legal de hacerlo, que nunca tuvo intención de despedir a un empleado; pero mayor daño habría de causarse si la sentencia le diere la razón a quien se basa en subjetivas deducciones o, peor aún, en un testimonio meramente referencial carente de fortaleza para probar el hecho que se alega.

Por todo lo dicho, le solicito se sirva declarar sin lugar la demanda.

Dígnese proveer en consecuencia.
Justicia,

p.p. LB y ABC S.A.

Ab. Fabrizio Peralta Díaz, Procurador Judicial
Registro 10219 – Guayas

Derecho Penal

EVOLUCIÓN DOGMÁTICA DE LAS TEORÍAS DEL CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE ACCIÓN

(*) Karl Andrei Borjas Calderón
Universidad Nacional Federico Villarreal

RESUMEN:

La *acción* ha sido y es un concepto jurídico fundamental en la teoría del delito: su diseño en la estructura de la dogmática, ha sido estudiada en todas las escuelas de Derecho penal. Pero aun cuando tradicionalmente la acción es considerada el primer elemento del delito, el Derecho penal contemporáneo está abandonando esta concepción. Hoy se observa una prescindencia de la elaboración de un concepto previo de la acción, para comenzar a estudiar el delito directamente por criterios normativistas. La acción, dice el autor peruano de este ensayo, debe entenderse como un concepto que se halla determinado por la imputación, convirtiéndose en una toma de postura relevante en el plano de la comunicación.

PALABRAS CLAVE:

Acción, conceptos jurídico - penales, Derecho Penal, normativismo, imputación objetiva.

SUMARIO: I. Introducción. II. Diferencias entre el hecho y la acción como conceptos prejurídicos. III. Funciones del concepto de acción en el Código Penal peruano. IV. Análisis. V. Concepto preclásico de la acción. VI. Principales formulaciones del concepto de acción. 1. Concepto Causal-Naturalista. 2. Concepto Causal-Valorativo: Neokantismo. 3. Teoría finalista del concepto de acción. 4.

---

* Universidad Nacional Federico Villarreal. Asistente del área de Derecho penal de las revistas Jus Doctrina & Práctica y Jus Jurisprudencia.
El presente trabajo está dedicado al Prof. José Antonio Caro John a quién no me cansaré de agradecerle por todo su apoyo incondicional y por el ejemplo de vida que debo seguir. A mis grandes amigos Justo Nieves-Chero y a Luís Miguel Mayhua Quispe, dos penalistas brillantes en ciernes.

Teoría social del concepto de acción. V. Principales formulaciones contemporáneas del concepto de acción. 1. Concepto adscriptivo de acción. 2. Concepto negativo de acción. 3. El concepto funcional-social de acción. 4. El funcionalismo y el concepto de acción. 4.1. Teoría personal de acción. 4.2. Teoría de la evitabilidad individual. 5. Teoría cognitiva de la acción. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. Introducción

El concepto jurídico penal de acción ha sido la piedra angular del sistema de la teoría del delito y lo principal como diseño en la estructura de la dogmática penal en estudio de las distintas escuelas de Derecho penal, anteriores al normativismo. Los esfuerzos efectuados para elaborar la noción de acción se han materializado en las denominadas teorías de la acción y caracterizado, sobre todo, por el afán de determinar un factor especifico[1].

Tradicionalmente la acción fue siempre considerada el primer elemento del delito y, consiguientemente, el punto de partida de la doctrina dedicada a su estudio. Los demás presupuestos de punibilidad fueron así apreciados como características que necesariamente debían estar referidas al concepto de acción.

En el Derecho penal contemporáneo, esta concepción suele ser abandonado por quienes prescinden de la elaboración de un concepto previo de la acción, para comenzar a estudiar el delito directamente por criterios normativistas. La acción debe entenderse como un concepto que se halla determinado por la imputación, la acción así se convertirá en lo que debe ser: una toma de postura relevante en el plano de la comunicación, una expresión de sentido comunicativamente relevante[2], siendo esta la posición a la que nos vamos a ceñir en este presente estudio, pero ante todo, lo principal, es poder describir la evolución del estudio del concepto de acción en las distintas escuelas de pensamiento penal a lo largo de la historia del Derecho penal global, para tener un mayor enfoque sobre nuestra posición.

---

[1] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 118.

[2] GÜNTHER JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 114.

Compartimos la idea de que la discusión actualmente se está produciendo, bajo el nombre de la imputación objetiva, acerca de la relevancia jurídica de actos causales es la prolongación o, mejor dicho, la precisión de la controversia relativa al concepto de acción.

2. Diferencias entre el hecho y la acción como conceptos prejurídicos

Como paso previo al estudio del concepto jurídico penal de acción en la teoría del delito se hace necesario distinguir lo que es un *hecho* y una *acción* como conceptos prejurídicos respecto al Derecho penal. Ya que la ciencia y la semántica demuestran claramente las diferencias de estas denominaciones. El hecho es un concepto estricto y se diferencia substancialmente de la acción, empleado en su sentido amplio y extensivo puede considerarse que abarca a la acción, entendida como una subcategoría de aquél, que en todo caso tiene un contenido propio y es substancialmente distinta del mismo; los hechos no son mas que acontecimientos externos cuya incidencia en el Derecho es inexistente. En orden a la determinación o concreción de las acciones típicas. Es decir que una conducta es un hecho humano voluntario, la acción viene a ser una de las especies del hecho, solo las acciones desde este plano son relevantes para el Derecho y en especial para el Derecho penal como bien lo definió el finalismo.

Los eventos externos que contienen una manifestación de voluntad de la persona y que en el ámbito de la relación social aparecen dotadas de relevancia siendo susceptibles de valoración jurídica, dejan de ser hechos, y pasan a ser acciones humanas.

La acción por tanto, integra una noción distinta a la del hecho y por ello no deben identificarse (primer punto establecido).

El concepto de comportamiento humano ha sido uno de los que ha despertado mayores polémicas en la evolución de la ciencia del Derecho penal. De él dependen o han dependido, en mayor o menor medida, las distintas construcciones dogmáticas, esto es, las distintas teorías del delito[3]

[3] BERDUGO DE LA TORRE, Ignacio, et. al., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Praxis, España, 1996, p. 135.

3. Funciones del concepto de acción en el Código Penal peruano[4]

Según Cerezo Mir el concepto de acción ha de cumplir funciones, como elemento básico, unitario, de la teoría del delito, al que se añadan, como atributos o predicados valoraciones que derive la necesidad de que el concepto de acción sea suficientemente amplio para que comprenda todas las formas de conducta relevantes para el Derecho penal, además añade una segunda función que deriva la exigencia de su neutralidad descriptiva y valorativa; es decir, el concepto de la acción ha de ser formulado de tal modo que no prejuzgue alguno de los siguientes elementos del concepto del delito[5].

Criticando la función de neutralidad de la acción, el ilustre maestro español Polaino Navarrete manifiesta que no es posible la construcción de un concepto de acción valorativamente neutral, que se conforme con independencia de los estratos valorativos que definen el delito y sin los cuales el concepto de acción es ficticio, irreal e incompleto, esto es, no es un concepto jurídico-penal de acción, sino uno naturalistico o prejurídico que nada aporta a la configuración ni a la descripción del sistema jurídico-penal, en tanto que ni siquiera se tienen en cuenta para su construcción los atributos básicos del concepto de hecho punible.

Después de comentar las funciones de la acción señaladas por Cerezo Mir, dejamos en claro que este autor acoge la teoría del concepto de la acción dentro del finalismo, pero una cosa clara es que ya la acción en nuestro sistema jurídico penal peruano, en estos días, pertenece dentro

---

[4] Hacia 1930 Radbruch había llegado a la conclusión de que el concepto de acción no cumple ninguna función en la teoría del delito sin embargo planteó ideas como la de analizar el hecho punible en la categoría de la tipicidad la cual ha tenido mucha influencia. En este sentido treinta años después Armin Kaufmann, por otras vías, llegaba prácticamente a la misma conclusión después de escribir su obra fundamental sobre la omisión en 1959 al tomar como punto de partida de la teoría del delito la noción de "capacidad de acción", esbozo que no tuvo mayor influencia en la doctrina. En nuestra doctrina peruana, Hurtado Pozo señala que la noción de acción debe cumplir tres funciones esenciales: el de constituir el fundamento de todas las formas en que puede presentarse el obrar humano, segundo el de servir de elemento vinculante para los demás aspectos del delito y por último permitir excluir, sin considerar los límites establecidos en los tipos legales, los sentimientos o ideas, los sucesos provocados por animales, los resultados causados por actos reflejos o automáticos, etc. Estas funciones las recoge de Zaffaroni.

[5] CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2000, Vol. II, p. 148.

del tipo, es decir, que el legislador es él quien va a valorar que comportamientos pueden ser imputados y que comportamientos son rechazados por la sociedad.

Frecuentemente en nuestro país distinguimos que siempre se busca *acusar o encontrar* a un autor de un comportamiento despreciable, así no lo hubiese se inventaría, nuestro código penal busca sancionar las acciones cometidas por los sujetos y no las infracciones de alguna norma que mantiene la evitabilidad del actuar de cada ciudadano dentro de los parámetros señalados en sociedad. Recordaremos que desde el control social informal de la sociedad, como es la familia, las interrogantes ¿quién lo hizo?, ¿quién fue?, ¿a quien acusamos? se han convertido en las principales fuentes de acusación para demostrar pedagógicamente la manera de guiar un comportamiento adecuado. Ya es momento de pasar a un aspecto más racional de la sanción en el punto crítico de conocer la evitabilidad del comportamiento del sujeto, preguntándonos ahora ¿por qué lo hizo?, ¿por qué acusamos?, ¿pudo evitar ese comportamiento?, ¿qué le motivo actuar de esa manera? Este análisis de la acción tiene como fuente la evitabilidad desde el aspecto normativo-funcional del la sociedad en Derecho.

Dentro del estudio del Derecho penal peruano ya no podemos seguir estudiando y analizando a la acción como un criterio prejurídico, según nuestra opinión deberíamos trasladarnos al punto de análisis dominante científico basado en el normativismo del Derecho penal y así poder responder a la mayoría de nuestras interrogantes con un plano metodológico, racional y más coherente, con normas y leyes penales estableciendo sanciones responsables al entornarlas en la sociedad.

Es necesario señalar las funciones que cumple este concepto en nuestro Código penal, este se refiere a tres funciones principales –no descartando que existan más funciones– que a continuación señalamos:

FUNCIÓN DEL CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE ACCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

a) Delimitación: Los tipos penales en nuestro Código contienen todos los elementos necesarios para excluir de toda consideración aquellas conductas de los seres humanos que carecen de toda relevancia

para el Derecho penal peruano. A consideración de Silva Sánchez existen ciertos procesos que son desechados porque nunca llegarán a ser relevantes penalmente. Se refiere a excluir de la consideración penal aquellos procesos que son meramente explicables en términos causalistas naturalisticos.[6]

b) Referencia: Supone que debe ser suficiente como para permitir que los demás elementos del tipo se le refieran, agregándoles una característica. Ello supone una exigencia al concepto de acción no debe faltarle ningún elemento que impida adicionarle las categorías de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

El maestro Polaino Navarrete describe a esta función como *definición* siendo de este modo, el concepto de acción la base o fundamento objetivo (material) del cual se predican varias cualidades adicionales o específicas: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, punibilidad. Esta función de definición sería acorde a la máxima aristotélica confirme a la cual *definitio fit per genum proximum et differentias spezificas.*[7].

Conforme a esta tarea, la acción habría de designar el común denominador a que cabe reducir todas las formas de delito o manifes-taciones de la conducta punible: tanto los delitos de acción como de omi-sión, los delitos dolosos como los imprudentes, los delitos consumados y los tentados, etc.

c) Enlace: El concepto de acción en nuestra legislación penal no anticipa ningún elemento del delito, pues ello supondría confundirlos. Así, si le falta un elemento ese defecto le impide cumplir su función de referencia. Precisamente en virtud de ese cometido de enlace, la acción se constituiría en la "columna vertebral" de todo el sistema jurídico penal, pues constituye el fundamento sobre el que se asientan diversos predicados valorativos, y además porque el concepto de acción ha de estar presente en toda la construcción del sistema como elemento material imprescindible.

---

[6] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 31.

[7] POLAINO NAVARRETE, Miguel y JAKOBS, Günther, "Las condiciones de juridicidad del sistema penal. Derecho penal del enemigo y concepto jurídico– penal de acción en una perspectiva funcionalista", en *Libro homenaje a la investidura de Doctores Honoris Causa por la Universidad Nacional Federico Villarreal*, Grijley, Lima, 2006, p. 88.

En el análisis que la teoría del Derecho hace de la construcción de imputación "delito", se recurre al concepto de acción en tres funciones claramente diferentes. En primer lugar, la imputación de un delito tiene como presupuesto una conducta que siquiera pueda ser el punto de partida de un reproche. La moderna teoría de la imputación objetiva intenta precisar en términos específicamente penales la idea de la relevancia social del comportamiento: por un lado, la conducta ha de superar los límites de lo socialmente adecuado y de los riesgos generales de la vida; por otro lado, es necesario que en las consecuencias lesivas a imputar se hayan realizado precisamente aquellas cualidades del comportamiento en cuestión que fundamentan los riesgos socialmente inadecuados e intolerables. Pero sobre todo es necesario que las consecuencias entren en el ámbito de competencia respecto de riesgos. En segundo lugar a través de una consecuencia lesiva con una conducta socialmente relevante, llevada a cabo por vía de la imputación objetiva, sin embargo, tan solo se identifica el objeto de la responsabilidad, es decir, la relevancia jurídica de la causación de un suceso por un agente. Dicho de otro modo, se trata del valor explicativo objetivo de la contradicción de la norma, del objeto del reproche jurídico – penal. Aún queda sin resolver la cuestión de si el causante disponía de alternativas de conducta. La imputación objetiva, es decir, la imputación a un sujeto que puede decidir él mismo acerca de su comportamiento y que por ello puede ser hecho responsable por su decisión errónea, sin embargo, tiene como presupuesto un concepto de acción que remita, más allá de la relevancia social de un comportamiento, a la posibilidad de optar por conductas alternativas. Y por último la infracción de la norma es algo más que un mero comportamiento no permitido evitable; también es una contradicción de la norma: la infracción de la norma es una conducta mediante la cual el agente expresa que la norma no rige para él, que no quiere reconocerla, de modo efectivo en la configuración de su actuar, como máxima válida para él. En este sentido, la acción es una conducta comunicativamente significativa, es decir, una toma de postura expresiva en relación con la norma. Y a esta contradicción el Derecho penal contesta con la sanción, cuya imposición, a su vez, expresa de modo comunicativamente relevante que la declaración del autor es irrelevante.

Adelantándonos a la idea principal, en la formulación de Jakobs, acción es "adquirir culpablemente competencia por un daño en la vigencia de la norma".

4. Análisis

Debemos recordar que la conducta humana en nuestro código penal tiene dos formas de manifestarse, las cuales son recogidas en forma expresa en el artículo 11º del Código Penal vigente que señala: *son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley*; de aquí entonces que estas formas son: por acción y omisión. Es preciso mencionar que el legislador peruano no tiene la idea clara de un concepto de acción es por ello que la doctrina y la literatura penal, le da contenido.

Luis Miguel Bramont-Arias Torres, recordado maestro, en sus inolvidables clases en las aulas villarrealinas nos señalaba que la acción desde el punto de vista de nuestro Código, es aquella que se manifiesta por un actuar que produce un cambio o alteración en la realidad, el que está destinado a la afectación de un bien jurídico penalmente protegido y omisión es dejar de hacer algo que se debía hacer.[8] Con esta postura del finalismo en nuestras actividades académicas han servido de base para ampliar una nueva visión del Derecho penal y dejar de lado el plano prejurídico y neutral del concepto penal de acción.

La función que debemos añadir en nuestro sistema jurídico penal es la función de la imputación que aporta de por sí una perspectiva sugerente, no solo se trata de relacionar persona y mundo circundante sino que, para ello, se requiere de un código valorativo que ha elaborado minuciosamente la llamada "Teoría de la imputación objetiva".

No cabe duda que la evolución de la teoría del delito no ha sido pacifica. Un somero análisis nos demostrará que lo comentado es cierto. Y las distintas escuelas han diseñado conceptos diferentes como a la perfección de las anteriores y el debate sigue en pie actualmente, pero contemporáneamente la acción queda desplazada como elemento principal de la teoría del delito y estas funciones se descartan de la nueva dogmática peruana que deseamos plantear ya que la acción no podría ser más la columna vertebral del sistema del delito, cuando lo que precisamente su construcción llevaría en la practica a la defensa de un concepto prejurídico-penal de acción, donde está fuera completamente neutral e inmune a la tipicidad, a la antijuricidad y a la culpabilidad.

---

[8] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Miguel, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Eddili, Lima, 2002, p. 153.

Como manifiesta Polaino Navarrete difícilmente puede sostenerse que la acción es la columna vertebral del sistema del delito, si el concepto de acción se construye con anterioridad y con neutralidad absoluta de conceptos fundantes del concepto de acción como la tipicidad.

Espero aportar en este trabajo la descripción del desarrollo histórico-critico de la evolución del concepto jurídico penal de la acción en las principales corrientes penales a través de la historia y tomar mi posición acerca de la acción. Navegaremos desde la idea de Liszt- Beling hasta la posición principal del maestro de Bonn Günther Jakobs.

5. Concepto preclásico de la acción

La concepción de la acción tuvo sus raíces constructivas en la antigua filosofía griega, apareciendo con mayor énfasis en la obra de von Pufendorf en el siglo XVIII, aunque, quien introduce este elemento al Derecho penal fue von Böhmer. La concepción moderna de la acción se origina con Hegel, en el siglo XIX, que incluye a la imprudencia dentro del concepto de acción, sin lograr alcanzar la diferenciación con el concepto de imputación.

La acción para Hegel es la exteriorización de la *voluntad moral.* Se trata de un concepto valorizado que comprende prácticamente toda la imputabilidad penal; solo si hay acción también hay imputación, y si hay imputación hay acción, como puede comprenderse, este concepto plantea dificultades para su aplicación a la culpa, pues en esta no hay voluntad ajena; el resultado no es querido en casos de culpa[9]. Pero no solo se presenta este inconveniente además, las conductas de los inimputables no se pueden considerar acciones, pues no cabe distinguir entre acción culpable y acción no culpable; todas las acciones son culpables.

El concepto de acción de los hegelianos resultaba muy estrecho y difícilmente podía permitir alcanzar aquellos supuestos. Hasta la década del ochenta en el siglo XIX predominó el concepto hegeliano de acción,

[9] ABEGG, KÖSTLIN, BERNER Y HÄLSCHENER, discípulos penalistas de Hegel, incluyen prácticamente la imprudencia en el concepto de acción, pero la división entre la acción e imputación al hecho total (entre acción y acción punible) se va efectuando muy lentamente y solo en sus primeros pasos.

pero después fue abandonado y reemplazado por el concepto causal, pues no pudo adaptarse a las exigencias del desarrollo dogmático, dada la identidad que mantenía entre la acción y la culpabilidad.

En realidad, el concepto de acción de los hegelianos lo ilícito y la culpabilidad eran inseparables, pues la norma no podía dirigirse a los incapaces de culpabilidad, ambas categorías constituían un *todo*.[10]

Mención aparte sucede con el trabajo realizado por el no hegeliano Luden quien logró sorprendentemente una división del delito (1840) que se aproxima a los proyectos sistemáticos del siglo XX, al diferenciar un fenómeno delictivo provocado por una acción humana, de la antijuricidad de esa acción y de la cualidad dolosa o culposa de esa acción, si bien es cierto no separa aún la acción y el tipo, pero ya prefiguraba la tripartición –que caracteriza al sistema penal peruano actual–, apartándose posteriormente de esta vía.

En los primeros tratados de Derecho penal entre los que destaca el clásico von Feuerbach, a quien se debe precisamente el primer Código Penal liberal, esto es, el Código bávaro de 1813, la acción no era considerada objeto de especial análisis, quizás porque se consideraba algo tan obvio que no merecía la pena detenerse en su estudio. La teoría del delito no conocía sino la rudimentaria distinción entre imputación objetiva y subjetiva, dominante hasta mediados del siglo XIX. Había que esperar al siglo XX para hallar en la dogmática (llamada clásica), y gracias a las construcciones de Binding, Beling, Von Liszt y Radbruch, la concepción tripartita del delito, como acción típica, antijurídica y culpable[11].

6. Principales formulaciones del concepto de acción

6.1. Concepto causal-naturalista

Para lograr proporcionar una concepción práctica del delito ante las dificultades de los autores hegelianos y de los teóricos de los imperativos, se dio lugar a que rápidamente se difundiera el pensamiento positivista

---

[10] JAÉN VALLEJO, Manuel, *El concepto de acción en la dogmática penal*, Colex, Madrid, 1994, p. 20.

[11] JAÉN VALLEJO, *El concepto de acción en la dogmática penal*, cit., p. 19.

que dominó Alemania desde el último tercio del siglo XIX. El pensamiento filosófico del positivismo naturalista, es un pensamiento mecanicista y causalista.

Se elaboró en los albores del siglo XIX y a principios del siglo XX con un enfoque científico-naturalista de la metodología jurídico-penal, cuyos principios científicos inspirados hundían sus raíces en la filosofía positivista-naturalista kantiana. Debe precisarse, en fin, que este concepto causal clásico de acción sustenta estrecha conexión con una doble corriente ideológica y científica delimitada con precisión: de una parte, con el fundamento filosófico Kantiano, que aboca a un entendimiento determinista de la conducta humana, y de otra con los postulados de la física mecánica de Newton, que trata de explicar la dinámica del comportamiento humano[12].

En este sistema se comienza a utilizar el método analítico del positivismo científico, donde se distingue y se identifica claramente los elementos generales del delito buscando en cada uno de ellos su base empírico-descriptiva, diferenciando las características objetivas de las subjetivas[13].

Este concepto de acción se denomina "causal" por que la voluntad únicamente es concebida en su función determinante del resultado, pero no como fuerza directora del curso del acontecimiento. Los dos principales autores que elaboraron esta teoría fueron Franz von Liszt y Ernst Beling, donde cada uno conceptualizo la acción de igual semejanza en su contenido; pero a la vez Radbruch en sus monografías desarrolla ampliamente este concepto, siendo luego critico sobre las explicaciones del causalismo naturalista.

Franz von Liszt pone como fundamentación sistemática la distinción entre el aspecto objetivo y subjetivo: en el primero encontramos la acción, al tipo y a la antijuricidad; y en el segundo, a la culpabilidad.[14]

---

[12] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal. Parte general,* Ediciones Jurídicas, Lima, 1998, Vol. I, p. 236.

[13] LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Universitas, España, 1999, T. I, p. 228.

[14] Von Liszt no abandona la escuela clásica italiana donde el delito se enfoca como un fenómeno matizado normativamente, donde el delito es, sobre todo, una conducta

Von Liszt sostiene que la acción es la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no impediente de un cambio en el mundo externo.[15]. Es decir la acción como un proceso causal que nace de la voluntad humana y modifica el mundo exterior; para Liszt existen tres bases necesarias para que se de la acción:

BASES DEL CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE ACCIÓN SEGÚN FRANZ VON LISZT

1) Manifestación de voluntad: que a palabras de von Liszt, es el acto de la voluntad objetivada y puede consistir en la realización o en la omisión voluntaria de un movimiento del cuerpo. Al señalar von Liszt, manifestación de voluntad, esta se define fisiológicamente como enervación y psicológicamente como proceso de conciencia por el que se ponen en acción causas por parte del sujeto.

2) Modificación del mundo exterior, esto es, el *resultado*: La voluntad debe manifestarse frente al mundo exterior. El concepto del acto exige pues, la aparición de un cambio en el mundo exterior. Llamado por von Liszt resultado a este cambio, perceptible por los sentidos.

3) Relación de causalidad: que debe reunir las diferentes partes en un todo. La relación del resultado con la manifestación de voluntad puede existir una relación objetiva (dolo) y subjetiva (culpa).

El concepto de acción en el casualismo natural, se trata de un concepto unitario, comprendido tanto de la acción en sentido estricto como de la omisión, pero en cualquier caso, que provenga de la voluntad. Según von Liszt la volición que caracteriza la manifestación de voluntad y por consiguiente, el acto, significa simplemente, el impulso de la voluntad. Basta el impulso voluntario, causante de una modificación en el mundo exterior, perceptible por los sentidos, luego no importa el contenido de la voluntad; ya no interesa a la acción lo que el autor quería, sino la mera causación de unas consecuencias por un acto voluntario, cuyo contenido no tienen importancia.

---

acompañada por tres atribuciones: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad (VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, 2005, p. 235).

[15] VON LISZT, Franz, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Reus, Madrid, 1927, T. II, p. 285.

La acción humana, como ataque de un bien jurídico, constituía la piedra básica sobre la que se edificaba el delito y por ello mismo debía tener la suficiente amplitud, objetividad y neutralidad, a fin de abarcar todos los posibles ataques humanos a un bien jurídico[16].

Ernst Beling entiende que acción es un comportamiento corporal (fase externa) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular), (fase interna); ello es, un comportamiento corporal voluntario, consistente ya en un hacer ello es un movimiento corporal, y a un no hacer (omisión), ello es, distensión de los músculos. En palabras de Beling: la acción es una cadena causal, puesta en funcionamiento por una manifestación de voluntad, que es configurado como expresión de un fenómeno de enervación muscular.

Este concepto naturalista de acción pretendía ser un concepto unitario aplicable tanto a la acción como a la omisión; ya como hemos visto para von Liszt la omisión era una forma de acción, esta unión hace difícil la comprensión; por esta razón Radbruch entendió que en el marco del concepto causal, que él también defendía, no era posible la defensa de un concepto unitario de acción, fundamentando entonces la dualidad de la acción y la omisión.

Esta posición de determinación de relación de causalidad deviene justamente por la influencia de los avances que tenía en su momento el desarrollo de las ciencias naturales, es por ello que se adoptaban posturas naturales a la determinación de la responsabilidad penal.

Pero al concepto naturalistico de acción se puede objetársele además que al apoyarse en unas leyes causales de índole mecanicista, se muestra incapaz de explicar la omisión en la que por definición, falta la causalidad entendida de manera física-mecánica[17]. Es decir, que a este planteamiento se conducía a una concepción muy insatisfactoria de la omisión, que no es movimiento corporal que cauce una modificación en el mundo exterior.

---

[16] BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas*, ARA, Lima, 2005, T. I, p. 396.

[17] COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 370.

Esta tesis no es completamente idónea como elemento básico, toda vez que su explicación no convence en lo que respecta a la omisión e incluso en la omisión por imprudencia inconsciente. La teoría de la acción causal desconoce la función constitutiva de la voluntad como actor de dirección para la acción, convirtiéndola en un proceso causal liberado por un acto voluntario cualquiera, desconociéndose así que la acción es obra de la voluntad humana que dirige el suceder causal.

Sus principales criticas de basan en que el concepto causal se muestra inadecuado para delimitar correctamente las modalidades conductuales jurídico-penalmente relevantes.

La teoría causal de la acción también traía ciertos problemas acerca de la tentativa, por no llevar un contenido dentro de la voluntad de la manifestación de voluntad, es decir que no se podría saber si este impulso tenía una finalidad a un resultado que se deseaba.

El Concepto causal de acción, con su distinción entre el proceso causal externo, independiente de la voluntad, constituyó la base del sistema conocido hoy comúnmente como sistema *clásico* del Delito.

Algunos autores denominan el concepto causal de la acción como concepto clásico, entre los que destacan Miguel Polaino Navarrete y Hans-Heinrich Jescheck.

6.2. Concepto causal-valorativo: Neokantismo

Surge en la década de los treinta del siglo pasado, cuando se renovaba el pensamiento de Kant dejando de lado la teoría causal - natural de la acción.

Ya en las postrimerías del siglo XIX, Dilthey señaló, desde una perspectiva historicista, el carácter autónomo de las ciencias del Espíritu, frente a las ciencias naturales. A principios del siglo XX el renacimiento de Kant en Alemania, a través de dos posiciones Neokantianas (la escuela de Marburgo y la escuela sudoccidental alemana) planteó la misma problemática, desde una perspectiva valorativa, de la ciencia de los valores. Si bien los planteamientos de la escuela de Maburgo (también llamada "Logicista", representada en el ámbito de la filosofía por Cohen,

Notarp y especialmente por Stammler) tuvieron una gran trascendencia en el campo de la metodología del Derecho, en el Derecho penal tuvieron escasa repercusión. Diferente es en cambio la situación respecto de la escuela Sudoccidental Alemana (también llamada Baden o escuela de los valores representada por Rickert, Windelbond y Lask), para la cual lo distintivo de las ciencias de la cultura frente a los naturales es el concepto de valor y en tal sentido, el Derecho como tal, aparece como una rama de las ciencias naturales empíricas y la jurisprudencia justamente como un método referido al valor[18]. Esta dirección tuvo una gran influencia en Edmund Mezger y Max Ernst Mayer, siendo Mezger el máximo representante del Neokantismo o de la teoría del concepto causal - valorativa de la acción.

La consecuencia para el concepto de acción es que ya no podía contentarse con ser un hecho naturalístico ajeno al valor, sino que debía ser susceptible de soportar los juicios de valor (disvalor) representados por las categorías de antijuricidad y culpabilidad[19].

Pues el Neokantismo sigue teniendo la idea de causalismo porque lo esencial de la acción radica en la causación procedente de la voluntad, pero diferenciada de las ciencias naturales a poner de relieve la valoración en la acción. Mezger asume los conceptos fundamentales que componen la noción de acto en el Derecho penal: el comportamiento humano que expresa el "querer personal" de un sujeto, aparecen unidos entre sí por una conexión de causalidad.

La valoración que lleva a cabo la doctrina neoclásica en el seno del concepto de acción puede calificarse como una valoración provisional, por cuanto denota una valoración incipiente, tenue, que no prejuzga las características de la antijuricidad del acto ni la culpabilidad del autor, y que solo requiere la constatación de la presencia de voluntariedad en la conducta, pero sin entrar a valorar, en verdad el contenido de esa voluntad[20].

---

[18] BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., PPU, Barcelona, 1994, p. 342.

[19] MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 6ª ed., Reppertor, Barcelona, 2004, p. 180.

[20] POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, Bosch, España, 2000, T. II, Vol. I, p. 225.

Para el concepto causal neoclásico, son elementos de la acción, de un lado, la manifestación exterior de la voluntad (expresiva de que un sujeto actúa voluntariamente), y de otro lado, todos los efectos derivados de la misma (esto es el resultado, indicativo de todo lo producido como efecto causal del querer humano)[21].

Para Mezger, la acción es la "conducta corporal dominada por la voluntad" que pasó a determinar a la acción como *comportamiento humano,* von Hippel también denominó a la acción como comportamiento voluntario y Mayer como realización de la voluntad de un ser humano.

Mezger señala que la acción no debe verse como un concepto puramente causal, que pertenece al mundo del ser, sino que pertenece al mundo de los valores. Añade Mezger que el concepto de acción solo puede presentar exclusivamente las posibilidades ontológicas de valuación a las que es posible concertar una selección normativa ulterior, por ello afirma Mezger que el concepto de acción es un concepto ontológico, el ser jurídico[22].

Para concluir en palabras de Mezger, él sostiene que el concepto de acción señala en la conducta humana un acontecimiento natural-real en el mundo de la experiencia, indicando lo que debe ser castigado con pena, y sirviendo -afirma- para la apreciación de determinadas finalidades humanas. Pero es siempre -la acción- un concepto realista, y por consiguiente ontológico, el ser jurídico (esencial). La apreciación normativa (el deber ser jurídico) de sus distintos elementos, no tiene lugar en la acción, sino en sus elementos atributivos de la antijuricidad y de la culpabilidad, de ahí que sea un elemental error metódico el querer deducir de los elementos ontológicos de la acción, orientaciones para la estructuración normativa de la antijuricidad y culpabilidad. De ahí se deduce, que el concepto de acción, al tener que proporcionar y contener una descripción "neutral" de todo acontecimiento que se tome en cuenta, no debe ser recargado de antemano con valoraciones innecesarias.

---

21 Ibídem, p. 227.

22 MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Revista de Derecho privado, Madrid, 1995, T. I, pp. 165 y ss.

6.3. Teoría finalista del concepto de acción

Hans Welzel es el indiscutible jurista que da nacimiento a la llamada teoría finalista de la acción que plantea una sistematización de la dogmática jurídico penal que se aparta del causalismo; la formulación de dicha doctrina se remonta a un memorable trabajo de Welzel, titulado "Causalidad y acción", aparecido en el año 1931. A partir de entonces, y a través de sucesivas formulaciones, el introductor del finalismo en el Derecho penal, por medio de la formulación de la teoría finalista de la acción, con transcendencia en todo el sistema jurídico-penal, eleva la noción de acción a concepto central de la teoría del delito. Este autor sostiene que la fusión entre elementos ópticos y axiológicos se encuentra en las estructuras lógico objetivas del mundo (impregnado de por la vida comunitaria), que no son otra cosa que constantes antropológicas que preceden al derecho y que el legislador no puede modificar; en el caso del Derecho penal la acción humana constituye la estructura lógica objetiva fundamental, la misma que esta orientada a un fin determinado, es así que toda persona es capaz de prever los efectos posibles de sus actividades, esto debido a su conciencia de la causalidad, a los efectos posibles de su actividad, a que se propone logar diversos fines y es capaz de dirigirla según su plan hacia un objetivo previsto.

La teoría finalista de la acción surgió para superar la teoría causal de la acción, dominante en la ciencia alemana del Derecho penal a principios del siglo XX, en lo que consistía otorgarle un contenido a la voluntad. Pues esta teoría plantea que la acción desde un plano óntico, la acción vendría hacer una conducta dirigida hacia un fin, con una anterioridad psíquica.

Así Welzel afirma que la acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer final, no solamente causal. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos limites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse por tanto, fines diversos y dirigir su actividad conforme su plan, a la consecución de estos fines[23].

[23] WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 53.

Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es resultante causal de la constelación de causas existentes en cada momento. La finalidad es, por ello vidente, la causalidad ciega.

Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente.

La acción, para los finalistas tiene dos fases, a) La fase Interna, es la que se realiza en el pensamiento del autor cuando se propone un fin (lesionar, matar, etc.), empieza con la anticipación del ponerse el fin que el autor quiere realizar, luego selecciona los medios necesarios para su realización. Ahora bien, los factores causales elegidos como medios van siempre unidos a otros efectos además del fin perseguido. Por ultimo se tiene que considerar también los efectos concomitantes, que van unidos a los factores causales elegidos, como la consecución del fin[24]; b) la fase externa consiste en la puesta en marcha de los medios seleccionados conforme a la norma y usual capacidad humana de previsión, es decir pone en movimiento, conforme a un plan, los medios de la acción anteriormente elegidos (factores causales), cuyo resultado es el fin junto con los efectos concomitantes que han sido incluidos en el complejo total a realizar[25].

Este concepto de acción, es de naturaleza óntica, como ya lo habíamos manifestado antes, porque es el que se da en la realidad, es para el finalismo el concepto que de la misma manera debe manejarse en Derecho penal. Ello se debe a que el derecho regula conductas y por eso, como cualquier técnica que quiere dominar algo, no puede desconocer la naturaleza de lo que pretende regular. De ahí que el legislador se encuentre vinculado necesariamente al concepto óntico de conducta (esto es lo que Welzel llama "estructuras lógicos-objetivas")[26].

---

[24] WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 42.

[25] Ibídem, p. 43.

[26] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Acerca del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito", en *Nuevo Foro Penal*, Nº 16, 1982, pp. 983-984.

La finalidad no debe ser confundida con la voluntariedad a que se refieren los causalistas. La voluntariedad significa un movimiento corporal y sus consecuencias pueden ser reconducidas a algún acto voluntario, siendo indiferente qué consecuencias quería originar el autor. Para el finalismo, no es suficiente la mera voluntariedad, sino que es necesario determinar su contenido, y ello es posible solo en relación a un determinado resultado querido. "A la finalidad le es esencial la referencia a determinadas consecuencias queridas; sin ella queda solo la voluntariedad, que es incapaz de caracterizar una acción de un contenido determinado"[27].

Argumenta Welzel que con la explicación de los causalistas el acto aparece condicionado por la cadena infinita del acontecer; pero tal acontecimiento no estaba dirigido finalmente a ese objetivo. Por el contrario, la explicación finalista de la acción descansa en la realidad, pues, lo cierto es que el sujeto domina o intenta dominar los factores causales y hacerlos concurrir en la forma apetecida para la obtención de una meta. La persona humana al querer algo dirige finalísticamente su acción hacia dicha meta, con arreglo a un plan previamente realizado. El hombre sobredetermina el proceso causal en función de sus conocimientos, con la idea de llegar a un fin.

El concepto final de acción logró adeptos como por ejemplo: Armin Kaufmann, Maurach, Niese, Schaffstein, Stratenwerth y von Weber, en Alemania; y Cerezo Mir, Córdova y Beraistain, en España[28].

Una de las principales críticas fue la de Engisch, pues él se refirió a las dificultades de comprender dentro del concepto propuesto por Welzel no solo a la culpa, sino también al dolo indirecto y al dolo eventual, porque en ninguno de estos casos el autor dirige directamente su acción a un fin determinado.

La teoría finalista resolvió adecuadamente los problemas del delito de acción, pero tuvo grandes problemas en el ámbito de la imprudencia y en el de omisión. En efecto, en la omisión no existe una dirección final de un proceso causal, y en los delitos imprudentes la finalidad no es la causación del resultado producido.

---

[27] WELZEL, HANS, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 28.
[28] JAÉN VALLEJO, *El concepto de acción en la dogmática penal*, cit., p. 40.

La tercera crítica principal fue la de Stratenwerth, respecto a su reacción automatizada.

Jakobs por su parte refiere como crítica a su maestro, que la finalidad, como dirección consciente e intencional de las consecuencias de la ejecución de la acción, no se extienden a las consecuencias secundarias, realizadas dolosamente, ni mucho menos a las consecuencias realizadas imprudentemente. A fin de cuentas, la finalidad es una metáfora que se refiere abreviándolas, a las condiciones del comportamiento evitable, y nada más.

Durante la vida de Welzel, su sistema fue objeto de importantes críticas, básicamente deben destacarse las realizadas por Engisch, Bockelmann, Mezger, Stratenwerth y Maihofer. Estas críticas hicieron reflexionar a Welzel y su pensamiento fue, en parte, modificándose en algunos extremos. Así pues, el concepto final de acción es un concepto evolutivo en el que es observable que ha pasado por diversas formulaciones[29] / [30].

6.4. Teoría social del concepto de acción

A esta Teoría se le suele decir que es una síntesis entre el concepto causal y el concepto final de acción porque su objetivo exclusivo es ofrecer un concepto unitario de acción, en el que habrían fracasado tanto los causalistas como los finalistas, y no una estructura sistemática del delito.

---

29 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho penal. Parte general*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, T. I, p. 99.

30 WELZEL en un primer momento acentúa la importancia del sentido social del concepto de acción como expresión de sentido; posteriormente sostiene que la "acción humana es ejercicio de la actividad final" (naturaleza de las cosas), con esto intenta situar la estructura ontológica de la acción en el punto central del sistema del Derecho penal y devolverle de este modo la base de las leyes del ser que había sido demolida por el concepto natural de acción. Indica que a la finalidad le es esencial la referencia a determinadas consecuencias queridas, sin ella queda solo la voluntariedad que es incapaz de caracterizar una acción de un contenido determinado; es por eso, que la acción final se produce no solo en el caso de que el resultado fuera el fin de la conducta voluntaria, sino también cuando era el medio para un fin ulterior, o si era un efecto concomitante comprendido por la voluntad de la realización. Ante las dificultades que presentaba esta teoría en especial para referirse a la acción culposa, en la que la finalidad no es un elemento específico común de los diferentes tipos de acciones; Welzel optó por sustentar el *concepto de acción cibernética* para la dirección y encauzamiento de la acción.

Esta teoría procede de Eberhard Schmidt, quien hizo verdaderos esfuerzos por superar el puro concepto naturalistico de la acción, primero en la ultima edición, póstuma, que realizo del tratado de su maestro Franz von Liszt (1932), y después, principalmente, en el Homenaje a Engisch. Fue el primero en resaltar la importancia de lo social para comprender el concepto de acción.

La acción, según Schmidt, es un comportamiento proveniente de la voluntad en relación al mundo social exterior, luego, se trata de un concepto valorativo, en el que el sentido social de la acción debe determinarse de un modo objetivo, de acuerdo con las concepciones, las experiencias y las costumbres de la propia vida social.[31]

El concepto social de acción fue desarrollada por Engisch y Maihofer. El primero trata de insertar la teoría de la causalidad adecuada en la teoría de la acción, entendiendo que la acción, como concepto natural-social, comprende todas aquellas, consecuencias que, según la experiencia, son adecuadas, es decir define el actuar como "la producción voluntaria de consecuencias calculables socialmente relevantes", en dicha definición abarcaba tanto a las acciones dolosas finales como a las imprudentes.

Según Maihofer, la acción es todo comportamiento objetivamente dominable dirigido a un resultado social objetivamente previsible[32]. Él parte de la consideración de la acción como fundamento del delito.

Jeschek en su tratado manifiesta que la acción es toda "conducta humana socialmente relevante", para lo cual sostiene que conducta es toda respuesta del ser humano a una exigencia conocida o al menos cognoscible a través de una posibilidad de reacción a su disposición. Esta conducta humana puede consistir en el ejercicio de la actividad final y también puede asimismo limitarse a la causación de consecuencias intencionadas en la medida en que el acontecimiento puede ser dirigido con la intervención de la finalidad (imprudencia) y por ultimo presupone la concurrencia con carácter general de la posibilidad de dirección (omisión).

---

31 JAÉN VALLEJO, *El concepto de acción en la dogmática penal*, cit., p. 57.

32 Loc cit.

El contenido del término "socialmente relevante" significa que afecta a la relación del individuo con su mundo circundante que le manifiesta como "persona social".

La finalidad y la posibilidad de la finalidad serán los dos criterios que, junto al de trascendencia exterior, concederán relevancia social a un comportamiento humano: la finalidad en los hechos dolosos, y la posibilidad de finalidad en la imprudencia, porque el hecho causado podía haberse evitado mediante la conducción final del proceso, y en la omisión, porque también el no hacer lo esperado podía haberse evitado finalmente.

A palabras de Hans-Heinrich Jescheck el hacer positivo y la omisión pueden integrarse en un concepto acción unitario cuando se alcanza a encontrar un punto de vista superior de carácter valorativo que aúne en el ámbito normativo los elementos que, por su esencia material, resultan incompatibles. Esta síntesis debe ser buscada en la relación del comportamiento humano con su entorno entonces con ello la acción es un comportamiento humano con trascendencia social[33].

Respecto a esta teoría, Muñoz Conde[34] dice: "puede ser aceptada en la medida en que solo atendiendo al contenido de la voluntad del autor se puede determinar el sentido social de la acción. Pero a este concepto de relevancia social es excesivamente ambiguo y, en última instancia, es un dato prejurídico que no interesa directamente al jurista. Lo que a este le interesa es, en definitiva, la relevancia típica".

Según Mir Puig la teoría Social de la acción entiende que la única forma de encontrar un concepto común a los delitos dolosos, culposos y los de omisión, es remontarse a un denominador común que pueda aglutinar las distintas modalidades de comportamiento que dan lugar a cada una de aquellas clases de delitos. Para reunir estas categorías en un concepto unitario de acción hay que remontarse a un punto de vista superior de naturaleza valorativa, que aúne lo incompatible en la esfera

---

33 JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Comares, 5ª ed., Granada, 2002, p. 785.

34 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*, Temis, Bogota, 1989, p. 27.

del ser. Tal punto de vista ha de ser la perspectiva social: será todo comportamiento humano socialmente relevante"[35].

El concepto social de acción engloba con ello todas las modalidades de conducta que se tienen en cuenta para el enjuiciamiento penal. Además, encierra los contornos de una definición que no solo describe abstractamente la acción sino que también lo hace en su esencia material de una forma concreta; de este modo, pueden ser mejor determinados, sin necesidad de anticiparlos, los elementos generales del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad). Finalmente, excluye aquel tipo de comportamientos que no pueden tener significado alguno desde una perspectiva penal[36].

En conclusión nos referimos al gran precursor de esta teoría, Hans Heinrich Jescheck, gran defensor de esta teoría; para este autor se debe buscar una síntesis en la relación del comportamiento humano con el mundo circundante. Este es, el sentido del concepto social de la acción. Acción es por ello, comportamiento socialmente relevante se entiende reiteradamente que el "comportamiento" es toda respuesta del hombre a una exigencia situacional reconocida o, al menos, reconocible, mediante la realización de una posibilidad de reacción de la que se dispone gracias a su libertad. Un comportamiento humano es "socialmente relevante", si atañe a la relación del individuo con el mundo que le rodea y le afecta por sus consecuencias. Para ello se requiere que el comportamiento se haya proyectado hacia el exterior, siendo suficiente, en caso de omisión, la ausencia de los efectos que hubiera tenido el hacer esperado y dirigible.[37]

---

[35] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 187. El comportamiento de acción que importa al Derecho penal no puede obtenerse de la sola contemplación de la realidad de los hechos humanos, sino que depende también de las exigencias del Derecho penal. Del concepto de acción no puede, pues, seguirse ninguna consecuencia para el contenido del injusto, sino que, al contrario, son las exigencias del injusto las que permiten delimitar el concepto de comportamiento que importa al Derecho Penal (MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, cit., p.189).

[36] Ibídem, p. 186.

[37] JESCHEK y WEIGEND, *Derecho penal*, cit., pp. 201-202. Para estos autores el concepto social de la acción abarca así todas las formas de comportamiento humano que de alguna manera son tomadas en cuenta para el juicio de imputación. Encierra, además, los perfiles de una definición que, siendo no solo abstracta, sino concretamente descriptiva del modo de ser de la acción, puede determinarse con mayor precisión mediante los elementos generales del delito, sin anticiparlos por ello. Se excluye, por último, aquellas

Se deduce del concepto social de acción, que no todos las conductas son tenidas en cuenta para la imputación penal.

- No constituye acción los reflejos corporales, movimientos corporales en situación de inconsciencia y la fuerza irresistible.
- Cuando alguien permanece frente a una expectativa de acción por faltarle la capacidad de acción.
- Las múltiples actividades que se desarrollan por parte de las agrupaciones de personas.
- Por ultimo todos aquellos sucesos que tienen lugar exclusivamente en el interior de la persona.[38]

Entre las principales criticas contra esta teoría se sostiene que el concepto de "relevancia social" no es conveniente como elemento sistemático de unión, ya que en ella no se trata del sustantivo al que hay que agregar los predicados jurídicos valorativos, sino que con la misma se designa ya una cualidad de importancia solo en la valoración del injusto y que la relevancia social es una cualidad que la acción puede tener o no tener, y si falta, no desaparece la acción, sino solo su importancia social.

Cerezo Mir manifiesta que se trata de una doctrina de la acción valorativamente neutra, al ser criterio de peligro concreto, y para la determinación del cuidado objetivamente debido, elemento del tipo de lo injusto de los delitos imprudentes. Alude, asimismo, a la escasa utilidad del concepto debido a su carácter sumamente abstracto[39].

Silva Sánchez crítica al concepto social, porque este toma como única perspectiva al Derecho penal y, a partir de ahí, que ensamblara las decisiones acerca de si un determinado hecho tiene algún sentido (es interpretable) o no (es simplemente explicable) con la del sentido concreto del ilícito que habría que atribuirle eventualmente[40].

---

formas de comportamiento que carecen de importancia para una consideración jurídico penal.

38 Ibídem, pp. 240-241.

39 SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 2002, T. I, p. 125.

40 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?", en *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, Nº 4, Lima, 2003, p. 385.

7. Principales formulaciones contemporáneas del concepto de acción

Fruto de la evolución doctrinal han ido surgiendo alo largo del siglo pasado diversas posturas en torno al concepto de acción que trataron de completar a las anteriores corrigiendo con mayor o menor acierto los defectos que se habían ido observando en ellas. De entre todas podemos destacar, al menos, las siguientes

7.1. Concepto adscriptivo de acción

El profesor alemán Joachim Hruschka partiendo de planteamientos semióticos de la filosofía del lenguaje sostiene un concepto adscriptivo de acción, por cuanto la define como conducta reglamentada, es decir regulada por la norma, que ha de ser determinada justamente *por mor* de la aplicación de la regla apreciada por un sujeto. Según este concepto, la acción no consiste en la verificación de un hecho, sino en una interpretación normativa, esto es, fundamentadota de la aplicación de una regla.

7.2. Concepto negativo de acción

Según esta teoría, la acción consiste en el hecho de no evitar lo que puede ser evitado, cuando se está obligado a actuar y se tiene la posibilidad de hacerlo. Dicha obligación no concierne solo a los delitos de omisión, sino también a los de comisión. En este último caso, consiste en evitar el peligro creado por la acción de comisión. Se considera el hecho de "no evitar" como el rasgo común de las dos formas de acción[41].

La búsqueda de un concepto que ubique un denominador común entre la acción y la omisión, ha originado al denominado modelo conceptual negativo de acción, que entiende no solo la omisión, sino también la comisión como no evitación de un resultado pudiendo hacerlo, basándose por ello en el denominado "principio de evitabilidad". Siguen esta tendencia Kahrs (1968), Herzberg (1972), Behrendt (1979).

Una inicial definición de este concepto se atribuye a Kahrs: "Al autor se le imputa un resultado si no lo ha evitado aunque podía evitarlo y el

[41] HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2005, T. I,, p. 392

Derecho se lo exigía. Solo ve en la evitabilidad un principio de imputación propio al tipo[42].

Por su parte fue Herzberg quien utilizó por primera vez este principio como fundamento del concepto de acción que denomina "negativo" y que abarca por igual la comisión y la omisión al sostener "la acción del Derecho penal es el no evitar evitable en posición de garante", pues para él no solo el autor de un hecho omisivo podía haber evitado el resultado típico con su intervención, sino que también podía haberlo evitado el autor de un hecho comisivo desistiendo de hacerlo. La posición de garante, que se elaboró para la omisión con el objeto de eludir la enorme amplitud prohibitiva resultante de que cualquier no evitación pudiese ser típica, se generaliza y extiende también a la actividad, entendiendo que cualquier persona actualiza su peligrosidad para bienes con un movimiento físico delictivo y, por ello, en función de una conducta precedente, asumiría la posición de garante. No obstante, el concepto así formulado deja fuera de su ámbito los tipos que no exigen la posición de garante, como es claro en las llamadas omisiones propias, que se reconocen como excluidas del concepto[43].

Behrendt, caracteriza a la acción desde una perspectiva psicoanalítica, como una "contraconducción omitida". Define a la acción y a la omisión como el "no evitar evitable de la adecuación típica" o "no emprendimiento de una acción evitadora del peligro".

Estas posiciones son sujetas de cuestionamientos en el sentido de que son rechazables al ser totalmente normativas y concretamente jurídicopenalmente normativas, por solo se centra en delitos (exclusivamente en los de resultado) y en el significado de los delitos de comisión o de omisión respecto de la producción de un resultado típico, y no en la simple conducta como tal, con independencia de sus ulteriores características relativas a la producción de resultados típicos; de otro lado, en el concepto negativo de acción no se ha introducido la razón específica de la inevitabilidad que excluye no solo la imputación jurídicopenal en cualquier peldaño de la valoración, sino precisamente la imputación a la acción.

---

42 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 286.

43 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 410.

7.3. El concepto funcional–social de acción

El profesor español Miguel Polaino Navarrete, en un día inolvidable para la Universidad Nacional Federico Villarreal (09/06/2006), cuando recibe el grado de *Doctor Honoris Causa* nos regala con su basto conocimiento en las ciencias penales, su posición respecto al concepto jurídico penal de acción. El maestro español defiende un concepto funcional-social de la acción, en el que la naturaleza ontológica o normativa se halla en su segundo plano, y en el que el aspecto de la Sociabilidad es plenamente constitutivo. Expone que si un sujeto viviera aislado de forma absoluta del mundo social, y cometiera un delito, no sería necesario recriminar dicha conducta, es decir si por ejemplo "A" cometiera un delito de hurto o robo en estas circunstancias, se exigiría primero la existencia del derecho de propiedad, y este es un derecho social, o mejor dicho personal – social: esto es interpersonal. Ello quiere decir que ese derecho lo disfruta una persona, pero existe pro convención social[44].

8. El funcionalismo y el concepto de acción

El concepto de acción sigue siendo válido en cualquiera discusión científica, especialmente en el Derecho. Sin embargo, lo que debe orientar la discusión no es si debe ser adoptado por este o aquél concepto de acción, sino como un concepto de acción puede ser configurado en función del sujeto como ser responsable, como etapa limite del proceso de imputación[45]

Para enfocarnos a esta parte del trabajo, desarrollaremos el estudio del funcionalismo jurídico-penal divido en el enfoque de los dos grandes penalistas contemporáneos del Derecho penal, Claüs Roxin con la teoría del funcionalismo moderado y el maestro de la Universidad de Bonn, Günther Jakobs, con la doctrina del funcionalismo sistémico o radical.

---

[44] POLAINO NAVARRETE, Miguel, *¿Qué queda del concepto jurídico-penal de acción en la dogmática actual?*, Grijley, Lima, 2007, p. 101.

[45] TAVARES, Juárez, "Algunas reflexiones sobre un concepto comunicativo de conducta en sistemas penales iberoamericanos", en JAÉN VALLEJO, Manuel (dir.) y REYNA ALFARO, Luis Miguel (coord.), *Libro homenaje al profesor Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*, Ara, Lima, 2003, p. 123.

Estas dos escuelas tienen diferentes posiciones de analizar el concepto de acción, pero ante ello, analizaremos las bases sociológicas y el contexto histórico del funcionalismo, para dar mayor esbozo a estas nuevas tendencias y así desarrollar las dos posiciones referidos a la acción.

A partir de los años 70 del siglo pasado comenzaron los ensayos de una construcción sistemática funcional, según la cual los conceptos jurídicos penales no pueden prescindir de sus fines penales (políticos-criminales o políticos en general) ni tampoco están dispuestos por la naturaleza ni por datos ónticos, sino que se construyen exclusivamente en función de los objetos penales prefijados. Se trata de una corriente que recibe fuerte influencia del funcionalismo sistémico sociológico, y sus autores reconocen haber tenido su punto de partida en Welzel, aunque luego se apartan considerablemente de él. Roxin afirma que su teoría es un desarrollo del modelo sintético neoclásico-finalista, mientras que Jakobs dice partir del funcionalismo ético del finalismo.

Roxin denomina a su sistema funcional o racional conforme a objetivos, siendo una de sus características particulares su teoría de la imputación objetiva. Y sostiene que la dogmática es una herramienta para resolver problemas, resultando imprescindible acudir a la política criminal, que debe impregnar todas las categorías del delito. Los fines del Derecho penal son los de la política criminal y cada una de las categorías del delito cumple funciones político-criminales.

Se trata entonces de orientar las categorías de la teoría del delito a la función del Derecho penal en la sociedad moderna, centrando la cuestión en los fines que debe cumplir el sistema.

Roxin normativiza la concepción de acción aduciendo que no puede ser solamente un concepto ontológico, pues en alguna medida depende de valoraciones que la dotan de sentido. Va más allá de un proceso causal y su sentido es determinado social y jurídicamente. Es la manifestación de la personalidad, entendiendo por ella (acción) todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual.

Y luego revisa todo el sistema del delito, puntualizando el carácter dinámico que adquieren cada uno de sus elementos a la luz de los

criterios político-criminales. Para la tipicidad, el criterio básico es el de la determinación legal; para la antijuricidad, es el de la solución social a los conflictos; y para la culpabilidad, es el de los fines de la pena.

En función del criterio *ut supra* referido, el tipo consiste en la plasmación del principio de legalidad; con la noción de antijuricidad queda garantizada la unidad y no contradicción del ordenamiento jurídico; y en cuanto a la culpabilidad es condición de cualquier pena, no basta para su imposición pues debe establecerse si el autor del injusto merece una pena. La culpabilidad es necesaria pero no suficiente para imponer la pena. Debe mediar para esto una necesidad preventiva (general y especial) de punición, en forma tal que, los requerimientos de la culpabilidad y de la prevención se limiten recíprocamente, surgiendo de su efecto conjunto la responsabilidad personal del autor.

Jakobs, a partir de su tratado emprende una tarea de refundación normativa de los conceptos sistemáticos del Derecho penal, abarcando la teoría del delito y el método dogmatico en general. Su posición ha sido considerada como una radicalización extrema del funcionalismo.

Niega las estructuras lógicas-objetivas de Welzel y dice que el contenido de la totalidad de los conceptos dogmáticos debe llenarse a partir de las funciones del Derecho penal, que él las orienta hacia los fines de la pena, que residen en la prevención general positiva.

Así sostiene que la pena tiene como objeto restablecer el equilibrio normativo alterado por el delito, y que su función es tender a sustentar la confianza de la sociedad en el cumplimiento de las expectativas creadas por el ordenamiento jurídico, o sea las normas. Procura en síntesis, reafirmar la vigencia de la norma.

El fin esencial del Derecho penal no es entonces la protección de los bienes jurídicos sino la protección de la norma, que es el verdadero bien a tutelar. El delito es disfuncional no porque lesione o ponga en peligro un bien jurídico, sino porque significa una falta de fidelidad hacia el derecho, lo que viene a ser reparado por la pena.

Para Jakobs, la acción no es un concepto ontológico sino jurídico y consiste en el reconocimiento de la vigencia de la norma, renorma-

tivizando el concepto del tipo a través de la teoría de la imputación objetiva.

Concluimos esta parte señalando que para Jakobs la culpabilidad no es más el reproche por no haberse motivado en la norma: culpabilidad es haberse comportado de un modo que no se puede tolerar si se quiere mantener la vigencia de la norma.

8.1. Teoría personal de acción

La concepción personal reacción está reflejada en la propuesta de Kaufmann (1966) quien la define como la objetivización de la persona, y en Rudolfhi con su teoría de la atributabilidad personal (1987). Sin embargo, ha sido Roxin, influido en parte por el psicoanalismo de Sigmud Freud plantea un concepto de acción ajustada a sus funciones, entendiéndola como una manifestación de la personalidad[46].Esto significa que la acción es todo lo que se puede atribuir a un ser humano como anímico-espiritual de acción, es decir que la conducta esté sometida al control del "yo", a la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano, de la "persona" lo que no pasa en los efectos que parten únicamente de la esfera corporal(somática) del hombre o "del ámbito material, vital y animal del ser" sin estar sometidos al control del "yo", de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano; y para que se trate de una "manifestación" de la personalidad requiere que el pensamiento o la voluntad salgan de lo interno y se pongan en relación con el mundo exterior[47].

Este concepto esta basado en la afirmación según la cual el elemento especifico de toda acción humana es el hecho de que esta siempre constituye "una expresión de personalidad".

Es, pues, acción todo suceso que pueda ser atribuido a una persona en calidad de centro psíquico y espiritual de actividad.

---

46 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 288, referido a la concepción de Roxin del concepto de acción.

47 GIMBERNAT influido por las concepciones psicoanalíticas, al igual que Roxin, define a la acción como la "relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales (incidiendo en la alteración los procesos causales, evitando que estos sigan su curso o evitando que su inicio) contiene, asimismo, un concepto que le viene dado desde fuera del Derecho penal.

No lo son, por el contrario, aquellos que escapan al control de la instancia psíquica y espiritual y que corresponden más bien a la esfera solo somática, instintiva, material del individuo (actos reflejos, hechos realizados en estado de delírium o inconsciencia, etc.). Tampoco constituyen acciones las ideas o los deseos, aunque pertenecen a la esfera psico-espiritual de una persona, mientras no se concreten en el mundo exterior.

El concepto de acción como manifestación de la personalidad es idóneo como elemento básico, al abarcar todas las formas de manifestación de la conducta delictiva y, aparte de ello, todo lo que en el campo prejurídico tiene sentido calificar como "acciones". Las acciones dolosas e imprudentes son manifestaciones de personalidad tanto como las omisiones. E incluso la omisión por imprudencia inconsciente es una manifestación de la personalidad que se le puede imputar al sujeto como infracción de la norma y contraria a la prohibición como obra suya; si no se pudiera, no sería posible tampoco fundamentar la antijuricidad o incluso la punibilidad de aquélla[48].

Es así como Roxin manifiesta este concepto como elemento básico dentro de la teoría del delito en su totalidad, pero además en el enjuiciamiento del suceso como manifestación de la personalidad penetran finalidades subjetivas y consecuencias objetivas, así como valoraciones personales, sociales, jurídicas y de otro tipo, y solo el conjunto de todas ellas agota su contenido significativo.

El concepto de la manifestación de la personalidad enlaza con la forma prejuridica de entender la acción, sin distanciarse de la concepción ordinaria de la vida de un modo naturalista (como el movimiento muscular) o normativista (como la no evitación evitable), y que simultáneamente abarca gráficamente el fragmento de la realidad relevante para una primera y previa valoración jurídica.[49]

---

[48] ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, T. I, p. 252.

[49] Ibídem, p. 256. El concepto de manifestación de la personalidad no es completamente neutral en todos los casos frente al elemento valorativo que supone el tipo, pues en el ámbito de la omisión dicho concepto tampoco puede prescindir sin excepciones de la valoración jurídica.

EL CONCEPTO DE MANIFESTACIÓN DE PERSONALIDAD DESCRIBE TAMBIÉN EL CRITERIO DECISIVO PARA LA DELIMITACIÓN ENTRE ACCIÓN Y FALTA DE ACCIÓN.

- No son acciones los efectos que proceden de animales.

- No son acciones los actos de personas jurídicas, pues, dado que les falta una sustancia psíquica-espiritual, no pueden manifestarse a sí mismas.

- No son acciones los meros pensamientos, actitudes internas, disposiciones de ánimo y todos los afectos que permanezcan en la esfera interna.[50]

- También falta una manifestación de la personalidad y por tanto una acción allí donde el cuerpo humano funciona solo como masa mecánica, sin que el espíritu y la psique hayan participado de algún modo o hayan tenido oportunidad de intervenir en el suceso.

- En una zona discutida a palabras de Roxin se penetra en el caso de los movimientos reflejos, automatismos, hechos producidos bajo impulsos afectivos de alta intensidad o en embriaguez sin sentido.

No obstante, hay que tener claro que acción y falta de acción no están separadas mediante una cesura precisa, sino que son fluidos los casos de transición, dado que los productos de la adaptación del aparato psíquico pueden ser tan reducidos que ya no valgan como manifestaciones de la personalidad[51].

En conclusión de Roxin el concepto personal desarrollado es un concepto normativo. Es normativo porque el criterio de la manifestación de la personalidad designa de antemano el aspecto valorativo decisivo, que es el que cuenta jurídicamente para el examen de la acción. También es normativo en la medida en que los terrenos fronterizos atienden a una decisión jurídica correspondiente a esa perspectiva valorativa. Pero no es

[50] En esta parte ROXIN señala diferente a la posición de Jakobs. También son acciones los cálculos mentales, reflexiones, etc. (Ibídem, p. 260).

[51] ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 264.

normativista, ya que acoge en su campo visual la realidad de la vida lo más exactamente posible y es capaz de considerar en todo momento los últimos conocimientos de la investigación empírica.[52]

Como se ha visto, el concepto de acción defendido por Roxin proporciona un concepto general para todas las formas de apariencia del comportamiento delictivo, pero renuncia, como reconoce Roxin, a buscar la unidad terminológica en la unidad del substrato material; Roxin insiste en que el concepto de acción que defiende es capaz de acoger todas las anteriores formas de acción, sin necesidad de acudir al criterio de la finalidad inconsciente, y ello es posible porque mientras que tengamos que ver con actividades de adaptación del aparato mental a circunstancias y hechos del mundo exterior, existe una exteriorización de la personalidad.

La principal crítica es que la omisión como actuación objetivamente imperativa, apenas puede ser entendida como "expresión" de personalidad en los casos de desconocimiento de la situación de peligro, a pesar de lo cual puede ser un comportamiento punible (como hecho omisivo imprudente).[53]

8.2. Teoría de la evitabilidad individual

Esta teoría, por primera vez, es desarrollada por Günther Jakobs, en el homenaje a Hans Welzel con motivo de su 70 aniversario en 1974 en la ciudad de Berlín; donde sustituye la finalidad por el requisito de la evitabilidad y la configura como la producción de un resultado individualmente evitable. Jakobs parte de la base de que la norma como pauta de comportamiento para el autor potencial, solo le resulta alcanzable aquel comportamiento que la persona desarrollaría si estuviera motivada para ello. Pero esta frase condicional no se dirige a la probabilidad psicológica o a la oportunidad de un comportamiento determinado, ni de la rectitud normativa del comportamiento, sino que es puramente hipotética[54]. Como primer criterio establecido por Jakobs, un comportamiento es evitable si el autor, de haber tenido un motivo para evitarlo,

---

52 ROXIN en la esencia del concepto personal de acción, (Ibídem, p. 265).

53 JESCHECK y WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 238.

54 JAÉN VALLEJO, *El concepto de acción en la dogmática penal*, cit., p. 73.

hubiera podido realmente, en todo caso la posibilidad de una evitación sistemática está al alcance de su motivación.

Para Jakobs, existen comportamientos (el movimiento, el reposo) que pueden influenciarse por motivación; y los comportamientos que en el caso de una motivación dominante de evitación se "arreglarían" en el ámbito de la motivación son acciones, como por ej., la actividad inconsciente de frenar en una determinada medida ante la iluminación repentina de las luces de freno del coche precedente, mientras que los comportamientos que no requieren únicamente una actividad motivadora son omisiones, como los reflejos, cuya evitación requiere -si es que es posible- un esfuerzo del miembro del cuerpo que reacciona. En cambio, si la reacción se produce tan rápidamente que no queda tiempo para su influencia mediante la motivación, no procede la evitabilidad de la reacción, luego no habrá ni acción ni omisión[55].

En su manual, Jakobs, estudia a la acción como causación del resultado individualmente evitable.[56] En el primer punto, Jakobs excluye el control de los impulsos del concepto de acción y consiguientemente del injusto, ya que no tiene lugar forzosamente desde el punto de vista ontológico o de lógica objetiva, sino que es el resultado del intento de formular la clase de expectativas penalmente relevantes y de sus garantías en el contacto social. La imputación penal del injusto no puede permitirse tener en cuenta hasta tal punto la constitución de cada individuo, pues el Derecho penal debe posibilitar también la seguridad de la expectativa en contactos sociales poco asegurados y anónimos, es decir, en situaciones en que tener en cuenta el aspecto de los impulsos está descartado ya por falta de previsibilidad[57].

Respecto a la evitabilidad individual, Jakobs manifiesta que la garantía individualizadora tiene por contenido que las normas jurídicas siempre sean el motivo dominante. Lo que aparece en el individuo, sobre la base del motivo dominante, en cuanto a ejecución de acciones, depende de la capacidad individual para dirigir la acción. Si ya no se frustran las posibilidades de la dirección individual de la acción, como

---

[55] Ibídem, p. 75.
[56] JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Marcial pons, Madrid, 1997, p. 168.
[57] Ibídem, p. 170.

ocurre cuando el individuo causa inevitablemente (ni siquiera imprudentemente) un resultado, por ejemplo, una muerte, falta una expresión de sentido individual de que algo es más importante que respetar con carácter dominante la vida humana; falta pues, un proyecto no conforme a Derecho y la norma no resulta lesionada. Un acto no llega a ser "expresión de sentido individual" mediante propiedades psíquicas (o de otro tipo) *per se*, sino mediante la intelección de qué es un sujeto y cuándo este es responsable de las consecuencias de su organización. No se trata, por tanto, de un problema de Psicología, sino de teoría de la imputación. La interpretación de la norma orientada subjetivamente en tan gran medida no goza desde luego de validez general, sino que constituye el intento de una descripción de condiciones de interacción practicadas efectivamente en el ámbito del Derecho penal. La posibilidad de atender en la imputación a lo pretendido individualmente (dolo) o a lo pretendible individualmente (imprudencia), y no a lo realizado, presu-pondría que las interacciones no acaben en daño con alta probabilidad. Allí donde existe fundamento para una gran desconfianza, el concepto de acción se vuelve más objetivista, así como también en las interacciones ritualizadas[58].

En definitiva, pues, el control de los impulsos ha de excluirse del concepto de acción, pero la dirección de la acción ha de determinarse siempre en función de las capacidades individuales del autor. Solo así se puede garantizar que la expresión de sentido de la acción sea en todo caso expresión de sentido de un sujeto.

En la evitabilidad no importa si el autor puede conocer que está prohibida la ejecución de la acción en sí (delitos de mera actividad, tentava) o por sus consecuencias (delitos de resultado). La evitabilidad es, pues, independiente de la cognocibilidad de la regulación jurídica y tiene que ser así porque la cognocibilidad no aporta nada en absoluto al poder del autor de realizar algo, sino que solo da un buen motivo al autor leal al Derecho para utilizar su poder a fin de evitar lo prohibido[59].

La evitabilidad se determina con ayuda de la hipótesis de que el autor, si hubiese tenido el motivo dominante de evitar una determinada

[58] Ibídem, p. 172.
[59] Ibídem, p. 173.

acción, la habría evitado. Así pues, el motivo se da por supuesto meramente; cómo se desenvuelve, no interesa en el ámbito del injusto.

La causación del resultado individualmente evitable el supra-concepto que engloba el actuar doloso e imprudente. El conocimiento de la ejecución de la acción y en su caso de sus consecuencias (en el dolo), o la cognocibilidad individual (en al imprudencia), como condiciones de la evitabilidad, pertenecen a la acción y, por tanto, al injusto. En el ámbito del solo, pues, no existe en definitiva diferencia alguna con el concepto final de acción; solo que el punto de vista se ha desplazado desde la finalidad en relación con el resultado a las condiciones de la evitabilidad del resultado. Este cambio del punto de vista proporciona un concepto de acción que incluye genuinamente acciones imprudentes, también como reacciones imprudentes automatizadas, y ello a través de las respectivas condiciones de la evitabilidad[60].

Jakobs sostiene que no solo hay responsabilidad por causaciones, sino también por omitir evitar un suceso. También el delito de omisión presupone la evitabilidad, aunque frente a la comisión, en relación inversa con la motivación y con el movimiento corporal. En la comisión, una concurrencia de impulsos conscientes o inconscientes conduce a la formación de un motivo para el movimiento corporal y este causa un resultado; en la omisión se produce un suceso que no se habría producido si el autor se hubiera motivado a impedirlo y hubiese realizado los movimientos corporales necesarios. Así como en la comisión la evitabilidad es el dolo o la imprudencia de la propia conducta, del mismo modo también en la omisión la evitabilidad está vinculada a la propia conducta. Por eso no solo contiene el conocimiento o la cognocibilidad de las condiciones de la producción de un resultado, sino además que esas condiciones dependen de la propia conducta, es decir, la posibilidad propia de influir en el suceso.

La acción y omisión tiene en común el ser formas de conducta de la persona. En relación con la conducta delictiva: En la acción hay un motivo de más, y como consecuencia de este un movimiento corporal de más: el motivo delictivo (el autor ha causado algo prohibido, que habría debido omitir), en la omisión hay un motivo (etc.) de menos: el motivo de

[60] Ibídem, p. 175.

evitar el resultado delictivo (el autor no ha causado algo prohibido, pero habría debido actuar)[61].

El maestro alemán a partir del concepto de acción como causación evitable del resultado y del concepto de omisión correlativo como no evitación evitable de un resultado, se puede formar un supraconcepto de comportamiento que en la respectiva diferencia de resultado, evitable, abarque la comunidad entre actuar y omisión.

Jakobs señala los problemas en supuestos límites que ocurren en su concepto de acción concurriendo los siguientes casos de no acción:

SUPUESTOS LÍMITES DE NO CONCURRENCIA DE ACCIÓN

- Falta acción si la realización del resultado ocurre inevitablemente, o sea, ni siquiera imprudentemente.

- Desarrolla el ámbito del problema de los automatismos.

- El hecho de que los movimientos corporales obtenidos mediante *vis absoluta* no son acciones es propio de la opinión general: Las modificaciones de la situación del cuerpo de un sujeto en que no cabe intervención susceptible de motivación no son acción; en caso de fuerza absoluta, no se pueden resolver mediante contraactividad, es decir, no son tampoco omisión.

- No constituyen acciones también las reacciones de sujetos en estados de sueño profundo y de total inconsciencia.

La culpabilidad como presupuesto de acción, Jakobs concluye que la acción en cuanto "asunción culpable de la competencia por una lesión de la vigencia de la norma", es la acción en un Derecho penal de culpabilidad. La versión más ampliada, también abarca la acción en un Derecho penal de responsabilidad pro resultado, y la versión aún más ampliada además abarca la responsabilidad por una situación de hecho. Las razones de la competencia en cada caso y el concepto de lesión de la vigencia de la norma pueden ser muy diversos, pero la construcción

[61] Ibídem, p. 176.

normativa siempre es la misma: se vincula una lesión de la vigencia de la norma con una persona y se compensa mediante una pena que se impone a esta persona. De esta manera, el concepto de acción se convierte en la llave maestra del Derecho penal de distintos sistemas sociales[62].

Jakobs termina de señalar algo que nos debe dejar bien en claro respecto a su posición y no desvirtuar la idea con falsas hipótesis; el concepto de acción que defiende Jakobs, es material en su relación con una determinada sociedad. Biene s cierto que fija de manera insuficiente de qué sociedad se trata, y por ello, su carácter material es derivativo; pero al menos deja en claro que se trata de la sociedad, y no de peculiaridades individuales[63].

9. Teoría cognitiva de la acción

Dentro de las últimas concepciones de la evolución de las teorías acerca de la acción, el profesor de la Universidad de Frankfurt Walter Kargl plantea un nuevo criterio de acción denominándola "Concepto cognitivo de acción". Esta teoría evita los déficits de las teorías de la acción existentes hasta la actualidad y podría por ello tener la perspectiva de volver a despertar el interés de Luhmann por el "bajo vientre" (perteneciente a la teoría de la acción) de la teoría de los sistemas[64].

Walter Kargl afirma que las teorías de la acción existentes han fracasado por dos razones entrelazadas: Por un lado el voluntarismo de toda variedad de la (hoy todavía discutida) teoría de la acción y, por otro lado, su necesario anclaje en la ontología en la que se debe suprimir los valores y las valoraciones de la arbitrariedad humana.

Para bosquejar por lo menos los criterios centrales de la teoría cognitiva hay que volver a traer a colación el atributo central de los sistemas autorreferenciales, su determinabilidad de estado. Si se asume como verdad que la conciencia se ve determinada decisivamente por sus estados interiores, la "voluntad" no puede ser algo que exista fuera de la

62 JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 124.

63 Ibidem, p. 125.

64 KARGL, Walter, "¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad?", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.), *Teoría de los sistemas y Derecho penal*, Comares, Granada, 2005, p. 49.

adecuación a leyes del estado del sistema. La voluntad es más bien dicho estado mismo y precisamente como consecuencia de la historia conjunta de interacciones del ser humano con el entorno. La psicología evolutiva de Piaget y la biología del conocimiento de Maturana apoyan dichos puntos de partida. De acuerdo con ello se forman en paralelo a lo largo del desarrollo infantil tanto los esquemas cognitivos como los afectivos, que se jerarquizan de forma totalmente idéntica a las estructuras intelectuales. De esa manera surgen las estructuras afectivas e intelectivas de forma absolutamente conjunta, no pudiendo los sentimientos cursar instrucción alguna al sistema mental que no se encuentre ya en las cogniciones. Las referencias a la "voluntad libre" implican, sin embargo, la superioridad y preferencia de la voluntad sobre el conocimiento, poniendo a salvo la voluntad de las experiencias vitales y estilizándolas en una entidad transempírica que la convierte en fungible para cualquier fin que se quiera -para la libertad tanto como para el control-. En sentido contrario el concepto del sistema afectivo de referencia acentúa la igualdad de rango entre el conocer y el querer. Tal y como se organiza el conocimiento en jerarquías cognitivas de valores, el sentimiento desarrolla una jerarquía afectiva en la que los sistemas de referencia superiores dominan a los inferiores. La "voluntad" no es, por tanto, otra cosa que la articulación del tema de relación cognitivo-afectivo tomado como más importante en la correspondiente situación[65].

El sistema se encuentra estructuralmente acoplado a su entorno, aquél reacciona siempre "adecuándose", es decir la conducta del organismo "se ajusta" a la conducta del medio. Si se quiere variar, la transformación del sistema tiene que concordar con la transformación del medio. Para aquél que se encuentra en el entorno del sistema ello tiene la consecuencia de que él tiene que cambiarse a sí mismo si quiere cambiar la conducta del sistema[66].

10. Conclusiones

1. El concepto de acción no se busca antes que la sociedad, sino dentro de ella. No es la naturaleza la que enseña que es acción. La acción debe entenderse como un concepto que se halla determinado por la

[65] Ibídem, p. 52.
[66] Ibídem, p. 53.

imputación y no como un elemento natural como pretendía la escuela de Von lizst con su separación entre lo físico y lo psíquico. Tampoco puede extraerse el concepto de acción de la ontología, como lo planteaba Welzel, desde la finalidad del actuar humano; el concepto de acción ha de entenderse como una toma de postura relevante frente a la validez de la norma en el plano de la comunicación, una expresión de sentido comunicativamente relevante. Una acción jurídica penalmente relevante no reconoce ninguna norma que le impida actuar, bien porque no la conoce o porque conociéndola la quiere vulnerar. El autor expresa con su comportamiento que para él no rigen las expectativas generalizadas de conducta, desautoriza la vigencia de la norma como modelo de contacto social. Por eso, la acción es convertirse en culpable. Acción es la asunción culpable de la competencia por una lesión a la vigencia de la norma.

2. La evolución del concepto de acción en el pensamiento penal, nos demuestra que esta institución ha ido mejorando en el recorrer del tiempo superando y abarcando el estudio de todos los presupuestos penales. Creemos que la acción, ya no puede seguir siendo la piedra angular del delito, pues se ha demostrado que el carácter prejurídico o natural nos lleva a contenidos irrelevantes para el Derecho penal.

3. Se debe incluir dentro de nuestro sistema penal peruano, la función de imputación que contiene la acción. Superando los criterios de responsabilidad anticuados e ineficientes, mas si acercarnos y establecer los fundamentos de la imputación objetiva como medio de solución en los casos de relevancia penal.

4. En la actualidad la discusión sobre la acción se debe ceñir en nuestro Código Penal, dentro de la imputación de los comportamientos reprochables de nuestra sociedad. El problema recae en que los tipos penales y su estudio en particular de cada uno, debe basarse en la evitabilidad de los comportamientos de las personas en sociedad, analizando los parámetros de la no evitación de los diversos delitos y no más bien en seguir criminalizando problemas de política legislativa.

5. La acción y la omisión –compartiendo esta posición del funcionalismo sistémico– tienen el mismo sentido de responsabilidad porque

en las dos, la motivación de la evitabilidad del resultado delictivo es evidente.

6. Se debe llegar a una conclusión respecto a la relación de la interpelación de la acción y la omisión dentro del sistema normativo funcional moderno.

7. El estudio del concepto de acción en la actualidad se debe expandir al análisis de la responsabilidad de la persona jurídica, un tema muy importante de desarrollo dogmatico, y el estudio de las no acciones, que excluirían de imputación ciertos movimientos, para mejor solución en los operadores de justicia de nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

- Berdugo De la Torre, Ignacio, Arroyo Zapatero, Luís, Ferrè Olivè, Juan Carlos , Serrano Piedecasas, José Ramón, García Rivas, Nicolás. *Lecciones de Derecho Penal Parte General.* PRAXIS, 1ª ed,. España, 1996.

- Bramont-Arias Torres, Luís Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* 2ª ed., EDDILI. Lima, 2002.

- Busato, Paulo César, *Derecho penal y acción significativa,* Tirant lo Blanch, 1ª ed., España, 2007.

- Bustos Ramírez, Juan, *Introducción al Derecho Penal*, este libro se encuentra dentro de las OBRAS COMPLETAS, Tomo I de la Parte general publicada en ARA editores, Colección IUSTITIA. Lima, Perú, 2005.

  Manual de Derecho penal, Parte general, 4ª ed., aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée. Barcelona-España, 1994. Editorial PPU

- Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Teoría Jurídica del Delito.* Volumen II, TECNOS, 6ª ed., España-Madrid, 2000

- Polaino Navarrete, Miguel y Günther Jakobs. *Las Condiciones de Juridicidad del Sistema Penal, Derecho penal del enemigo y Concepto*

jurídico – penal de acción en una perspectiva funcionalista, libro homenaje a la investidura de Doctores Honoris Causa por la Universidad Nacional Federico Villarreal, Grijley, Lima, 2006.

- Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, *Teoría Jurídica del Delito*. Volumen I. BOSCH. 1ª ed., Febrero, 2000, España.

- Jaén Vallejo, Manuel, *El Concepto de Acción en la Dogmática Penal*. Editorial COLEX. Madrid-España 1994.

- Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal, Parte General I,* Editorial UNIVERSITAS, España, 1999

- Franz von Liszt. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo II, Traducido por Luís Jiménez de Asúa y adicionado al Derecho penal español por Quintiliano Saldaña, 2ª Edición, Madrid, 1927.

- Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás. *Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición, corregido, aumentado y actualizada. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 1999.

- Mir Puig, Santiago *Derecho Penal Parte General*, 6ª ed., Barcelona, Reppertor, 2004.

- Edmund Mezger, *Tratado de Derecho Penal*, *Parte General*, Traducción española y notas de Arturo Rodríguez Muñoz, Tomo I, nueva edición, revisada y puesta al día, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1995

- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Traducción de alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yánez Pérez. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

  El Nuevo Sistema del Derecho Penal, Una Introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Impreso en Argentina-Buenos Aires Junio del 2002.

- López Barja De Quiroga, Jacobo. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I Gaceta Jurídica, 1ª ed., Lima, 2004. Con anotaciones y referencias al Derecho penal peruano por el Dr. Luís Miguel Reyna Alfaro.

- Hans-Heinrich JESCHECK y Thomas WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal Parte General.* Traducción de Miguel Olmedo Cardenote. 5ª ed., Granada, 2002. Editorial Comares.

- Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito*, Temis, Bogota, 1989.

- Suárez-Mira Rodríguez, Carlos, *Manual de Derecho penal, Parte general, Tomo I*. Civitas, España, 2002.

- Silva Sánchez, Jesús María, "¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 4, Lima, 2003.

- Hurtado Pozo, José, *Manual de Derecho penal, Parte general I,* 3ª edc., Grijley, Lima, 2005.

- Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general,* EDIAR, Buenos Aires, 2002.

- Claus Roxin. *Derecho Penal. Parte General.* Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2° edición alemana y notas por Diego Luzón Peña, Miguel Días y García Conllad y Javier Vicente Remesal. CIVITAS, 1997.

- Kargl, Walter, "¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad?", en Teoría de los sistemas y Derecho penal, Carlos Gómez-Jara Díez (edit.), Comares, Granada, 2005.

- Stratenwerth, Günter, *Derecho Penal. Parte general I,* Hammurabi, 4ª ed., traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, 2005.

- Gómez Benítez, José Manuel, *Teoría jurídica del delito,* Civitas, España, 1984.

- Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte general,* traducción: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2ª ed., Marcial pons, Madrid, 1997.

  Estudios de Derecho Penal, traducción de Enrique Peñaranda, Carlos J. Suárez y Manuel Cancio Melía, 1ª ed., Civitas, España, 1997.

- Villavicencio Terreros, Felipe, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, editorial Cuzco, Lima, 1990.

  Derecho Penal, Parte General, Grijley, Lima, 2005.

SOBRE LA PRETENDIDA REALIDAD Y EFICIENCIA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, COMO MEDIO DE ASEGURAMIENTO DE "ESPACIOS DE VERDADERA LIBERTAD"

APOSTILLAS A POLAINO – ORTS Y A CARO JOHN

Juan Carlos Manríquez R.
Profesor de Derecho Penal
Universidad Andrés Bello, Viña del Mar. Chile

RESUMEN:

El profesor chileno Juan Carlos Manríquez R. nos presenta a continuación valiosas apostillas respecto al debate, de plena actualidad, acerca de denominado Derecho Penal del Enemigo. Partiendo del contrapunto entre los profesores Miguel Polaino-Orts y José Antonio Caro John, el autor reseña las principales polémicas suscitadas en torno a la interpretación de uno de los aspectos centrales de la política criminal actual. Las conclusiones apuntan al hallazgo de un acuerdo entre las dos visiones aparentemente opuestas, en el que el Derecho Penal del (de) Enemigo (s) es real y eficiente *ex ante*, y que su existencia y vigencia debe ser una garantía estatal de una "libertad real" del ciudadano en el moderno Estado de Derecho.

PALABRAS CLAVE:

Derecho Penal del Enemigo, política criminal, libertad real, garantías penales.

I. INTRODUCCIÓN

Invitado a Perú, una vez más por la gentileza y bondad enorme de su gente y del elevado grado de tolerancia y generosidad de sus penalistas, antes que por méritos, tuve la feliz oportunidad de reencontrarme en la Universidad de Huánuco, entre los días 7 y 8 de junio del año

pasado, con el apreciadísimo profesor Dr. Dr. H.C. Mult. Miguel Polaino Navarrete, en el marco de su nombramiento como Doctor Honoris Causa por dicha Casa de Estudios.

De igual forma compartí el honor de la ocasión exponiendo un par de trabajos recientes sobre cuestiones de la parte especial: *"Máquinas Tragamonedas y Derecho Penal: Una problemática actual"* y *"Tráfico y Trata ilegal de personas"*[1], junto a los más destacados y noveles colegas de ese país, entre otros: José Antonio Caro John, Walter Vilcapoma, Fernando Corcino, Juan Carlos Villavicencio, César San Martín Castro; de Argentina: María Eloísa Quintero, y desde Bonn, Alemania, Miguel Polaino - Orts.

El título de la Convocatoria dedicada al Maestro de Sevilla fue *"El Derecho Penal en el contexto del funcionalismo: ¿Qué queda en el Siglo XXI de la Dogmática Tradicional"*.

Por tanto, la idea era ver qué ha quedado del Derecho Penal Clásico o qué espacio puede quedarle, ante las nuevas realidades. De la misma forma, se trataba de exponer con claridad y en perspectiva de comparación y crítica científica, cómo se posiciona el funcionalismo jurídico – penal frente a iguales cuestiones.

La tarde del viernes 7 de julio nos sorprendieron, al final del Panel de exposiciones, con un contrapunto entre Polaino - Orts y Caro John de por sí sugestivo. Además, recibimos de manos de aquellos una novedad igual o mejor, se trataba de un pequeño trabajo que reunía la polémica entre ambos jóvenes penalistas respecto de un punto que les ha sido común, pero esta vez desde ópticas distintas: Sobre el Derecho Penal del Enemigo, los citados confrontaban sus posturas desde veredas opuestas.

Se polemiza en el texto sobre uno de los aspectos centrales de la política criminal actual, azuzado por el Maestro de ambos, Günther Jakobs. La invitación doble prometía disensión de altura entre dos comunes coincidentes.

---

[1] La primera elaborada en honor del Prof. Polaino Navarrete para esta ocasión solemne, en redacción final y la segunda en prensa, para el Libro del Congreso Internacional *"Las nuevas tendencias delictivas en el Siglo XXI"*, organizado por la Red de Capacitación de los Ministerios Públicos de Iberoamérica (RECAMPI), y el Ministerio Público de Venezuela, en Isla de Margarita, Venezuela, del 26 de mayo al 1 de junio de 2007.

Tomé, por ende, palco y me di al solaz de escuchar –y al mismo tiempo de pensar – lo que tan destacados juristas pasaban a exponer.

Fue un ejercicio profundo e interesante, tanto escuchar su panel, como más tarde leer con calma el texto recibido. Ambos trabajos en verdad lograron la altura a la que nos tienen habituados estos autores.

Pero del escrito aún guardo el dejo que la confrontación y la inconcordancia anunciadas entre Polaino – Orts y Caro John fueron menores, o quizás más formales que materiales. Es más, creo y adelanto que en el fondo siguen estando de acuerdo en que el Derecho Penal del (de) Enemigo (s)[2] es real y eficiente ex ante, y lo que es más, creo que ambos comparten la idea acerca de que su existencia y vigencia, esto es, que el Derecho Penal de Enemigos es (debe y debiera ser) una garantía estatal de una "libertad real" del ciudadano, como lo expresó Caro John al inició del debate, resulta un imperativo para los tiempos actuales. Más todavía: quizás debiera ser una nota característica del moderno Estado de Derecho.

Confirme el lector esa impresión (o quizás quiero que lo haga) cuando reciba el Volumen I, Nº 91, 2007, de los Cuadernos de Política Criminal, Segunda Época[3], en que se contiene el grueso de esa polémica.

Caro John plantea que, en definitiva, lo que el Estado procura garantizar mediante las normas propias del Derecho Penal de Enemigos, no son más que las condiciones de ejercicio de la libertad real del

---

[2] Prefiero usar la expresión "Derecho Penal de Enemigos", porque a pesar de su ya discutible (y quizás inapropiada) nomenclatura universalmente difundida - "Derecho Penal del Enemigo" - la que proponemos se ajustaría más al sentido y fundamento último de la tesis expuesta por Jakobs, la cual "constata" la existencia real de un Derecho Penal necesariamente distinto y aplicable al individuo que no queda comprendido en la categoría de "ciudadano" y que por ende no puede ser sujeto del Derecho Penal concebido para la persona que se desenvuelve dentro de la juridicidad y estatalidad (kantiana) que conciben ese autor y su Escuela. Así, la función primordial del Derecho Penal (del Ciudadano y del Enemigo), sería asegurar la vigencia de la norma. Tomo en esta parte algo de lo tratado con el Prof. Polaino Navarrete en Sevilla, en marzo de 2006, en la generosidad de su hogar. Vid. fvr. Polaino Navarrete, Instituciones de Derecho Penal, P. G.,Grijley 2005, pp.95 y ss. El mismo, Derecho Penal: Modernas bases dogmáticas, Grijley 2004, pp.24 – 46. Imprescindible, Jakobs / Cancio Meliá, Derecho Penal del Enemigo, 2ª edición, Thomson- Civitas, Madrid, 2006.

[3] Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, CESEJ, 2007.

ciudadano (la libertad de convivir "razonablemente" en sociedad, dice), en cumplimiento de su deber de garante del mantenimiento de la vigencia del ordenamiento jurídico, y por ende, de la libertad misma del ciudadano. *"Se trata de una libertad real, y no meramente deseada, la misma que sólo es posible cuando la seguridad del ciudadano es garantizada estatalmente por medio de mecanismos legítimos y propios del Estado de Derecho…"* agrega.[4]

Polaino-Orts en su réplica sostiene fundamentalmente que, excluyendo la crítica recurrente sobre su ilegitimidad, hecha al Derecho Penal de Enemigos por ser "Derecho Penal de autor", lo cual niega y controvierte estando por ello en línea con Caro John[5], y profundizando la idea central de la obra suya que da origen a la polémica[6], lo que ocurriría hoy en verdad es que los modernos Estados de Derecho regulan dos niveles de personalidad: una *personalidad mínima*, común a todos los sujetos – personas, individuos, enemigos – integrantes del grupo social; y una *personalidad completa*, que únicamente es para quien se la gana.[7]

Explica que en su concepto el enemigo que se autoexcluye *no gana, sino que pierde esa personalidad completa:* se le mantienen algunos derechos (los que él no malogra), pero se le restringen aquellos que se refieren a un ámbito en el que él se autoexcluye.

Así, para garantizar la personalidad completa de los que sí se la ganan, el Estado moderno habría decidido "hetero-administrar" un sector de la personalidad del enemigo, manteniéndole en todo caso la personalidad mínima.[8]

Como vemos, mientras Caro John le atribuye al Estado la posición y función de garante de la vigencia de su propio orden jurídico – entendemos, que en cuanto obra que le pertenece – y a ese orden la eficacia de permitir el ejercicio de la libertad real de los sujetos imperados por él, en

---

[4] Cuadernos, p.272. Se explica recurriendo a la interrogante de SOFSKY (¿De qué me sirve la libertad cuándo ya esté muerto?), diciendo además que el Derecho Penal del Enemigo no tiene otro sentido que el de servir al aseguramiento de las condiciones de vigencia de la libertad real del ciudadano fiel al Derecho.

[5] Cuadernos, pp.275 -277.

[6] Derecho Penal del Enemigo. Desmitificación de un concepto; Grijley, Lima, Perú, 2006.

[7] Cuadernos, p.280.

[8] Cuadernos, p.280.

la medida que su convivencia resulte "razonable", lo cual tendrá lugar caucionándose uno a los otros –y viceversa– espacios de seguridad dentro de la estatalidad; Polaino-Orts concuerda con esa afirmación, al sostener que la "hetero – administración" que el Estado hace de parte de la personalidad del enemigo (reconociéndole después de su autoexclusión una *personalidad mínima*) tiene por fin garantizar la *personalidad completa* de aquellos sujetos imperados que sí se la ganan, asegurando a los otros (y al Estado mismo) los espacios de libertad real que éste ha querido configurar para ellos, por medio del ordenamiento jurídico.

A mi modo de ver ambos coinciden en el postulado central: El Derecho Penal de Enemigos es y se ve como un medio y un fin en sí mismo de una particular concepción del Estado de Derecho, y en cuanto tal se contradicen en la línea central de su construcción.

A nuestro modo de ver no hay polémica en ellos, y sí cabe disentir de su conclusión común.

II.- LA DÚPLICA, Y PORQUÉ DEL TERCERO EXCLUYENTE.

El Derecho Penal de Enemigos, a nuestro juicio, de acuerdo al propio planteamiento de los penalistas citados, termina no siendo (real), ni eficiente, ni asegurador de espacios de "libertad real" en el concreto mundo de los hechos.

Por eso, con gusto e intuición más que con saber, he recogido el guante lanzado por Polaino - Orts al someter sus opiniones a una Dúplica[9], que por no provenir de Caro John, y por no estar en su línea, es la de un tercero independiente, planteada a riesgo de ser declarada inadmisible de plano, ya por extemporánea, ya por imprudente carencia de fundamentos.

En efecto, se dice que mientras el Estado es garante de la vigencia de su propia juridicidad, la cual debe mantener asegurando espacios de libertad real a los sujetos fieles al Derecho que él dicta, los mismos sujetos imperados demuestran esa fidelidad viviendo en sociedad "razonable-

[9] Cuadernos, p. 280 in fine.

mente", vale decir, sin configurar inseguridades ni para el Estado, ni para ellos, ni para los demás, cerrando así el sinalagma.

Ello sólo sería posible si se concibiera lógicamente que alguien (incluido el Estado) puede "auto – avalarse", ya que eso es lo que se dice en verdad cuando se postula que el Estado se compone de cuotas de libertad cedidas por cada uno de sus integrantes, a cambio de seguridad, para gozar de las otras cuotas de libertad que restan (las no cedidas).

Al final, cada individuo termina asegurándose y afianzándose a sí mismo, antes que a los demás.

Pero resulta que ambos polemistas aceptan *contrario sensu* que ese Estado es al mismo tiempo garante y configurador de la negación de espacios de libertad para aquellos que no logran "personalidad completa" y que *no se la ganan*.

O sea, sobre la pretendida realidad, fin y función del Derecho Penal de Enemigos (que es la cuestión central del tema) Caro John y Polaino-Orts no disienten, sino que únicamente lo hacen en apariencia sobre el método para afirmar tales cuestiones: constatación o descripción.

A nuestro juicio, al pretender los noveles juristas que el Derecho Penal de Enemigos puede (debe) optimizar la prestación de seguridad frente a determinadas formas de criminalidad en que sus autores no prestan al Estado mínimas garantías cognitivas de comportarse como ciudadanos respetuosos con las normas penales (a los cuales se les asegura realmente su no – libertad plena o, positivamente, se les reconoce sólo una "personalidad mínima", que es lo mismo), el Derecho Penal de Enemigos no supera en los hechos el problema básico del Derecho Penal del Ciudadano:

Igualmente llega tarde y es ineficaz para lograr su pretendido objeto.

Entonces, tampoco es un Derecho real, construido sobre una realidad. Es claramente un postulado de lo que debiera ser la estatalidad ideal.

El Derecho Penal de Enemigos no es eficiente ni existe, en cuanto garantía de "libertad real" efectiva para el Ciudadano, ni asegura tales espacios de libertad, ni aún negándole la "personalidad completa" a los que no se la ganan ni se pliegan al sinalagma.

En el mundo real siempre quedará lugar para configurar escenarios de inseguridad, los que por estrechos que sean, supondrán espacios de libertad para quienes así obren (los Enemigos), aunque sea ello injusto formal y sustantivamente, y aunque se diga que se malogra la "personalidad completa", o se auto excluye el individuo (por deficiencias cognitivas no reforzables) a espacios en que se le reconocen "algunos derechos".

Aún cuando se pretenda la existencia misma de la libertad para algunos, o se le llame con otro nombre, ni el máximo de seguridad la negará realmente por entero.

Es más, afirmar la posible existencia y concreción de una "seguridad total" para algunos miembros de la estatalidad (los sujetos fieles al Derecho, que se han ganado la contraprestación) no asegura para ellos una "libertad total" dentro del anillo normativo que genera o define ese anhelo de seguridad, sino más bien produce lo contrario: seguridad total es igual a negación de toda libertad.

En la seguridad total no queda libertad, ni personalidad, hacia adentro ni hacia fuera del perímetro normativo.[10]

En los mismos términos de los polemistas: la desestabilización de la vigencia de la norma o la defraudación de su imperativo o guía (y con

[10] Ese parece el fin último de las políticas y demandas por mayor "seguridad ciudadana". Por ejemplo, en estos momentos, la clase política chilena critica duramente por la prensa a los jueces de garantía o de control de la instrucción penal por no decretar prisión preventiva en *"casos preocupantes"*, lo que contribuiría a acentuar los índices de percepción de inseguridad de la población. Debiera deducirse, entonces, que si los jueces del sistema acusatorio decretan más prisiones preventivas para "los que debieron merecerla desde el principio", los ciudadanos necesariamente estarán más seguros, y el Estado estará cumpliendo su deber. Vid. fvr. www.elmercurio.cl, A1 y C 1, 2 y 3, del 6 y 7 de julio de 2007 a la fecha. En especial, las modificaciones al Derecho Penal Sexual de Menores desde 2004 en adelante, han introducido en el Código Penal Chileno (arts. 361 y ss.) y en el art. 1º de la Ley Nº 18.216, sobre medidas alternativas, una real categoría de "enemigos sexuales" a los que hétero administra lo poco de personalidad que el Estado les reconoce.

ello, la configuración de espacios de inseguridad), no puede ser impedida por el Derecho Penal de Enemigos *ex ante* y a todo evento, ni aún postulado o pensado éste para actuar únicamente en el ámbito en que es (sea) necesario anticiparse a las configuraciones de riesgo para la libertad del Ciudadano, atribuibles a sujetos especialmente peligrosos.

Veamos porqué opinamos así.

1.- Sobre la función del DPE:

Parece sostenerse que el Derecho Penal de Enemigos "coadyuva" al ciudadano fiel al Derecho, porque aseguraría condiciones de vigencia de la libertad real de ese sujeto fiel, asegurando al mismo tiempo – como efecto reflejo y lógico – las condiciones de no vigencia (negación) de la libertad plena (personalidad completa) de otros sujetos in-fieles (los Enemigos).

Así, asegurando el DPE la contención de "los otros" por medio de hétero – administrar su libertad y reconociéndole sólo "ciertos derechos" (la personalidad mínima), crea una diferencia binaria (a nuestro juicio artificial) entre lo que podría llamarse una "libertad buena / seguridad buena" para el "hombre bueno" (el ciudadano) versus una "libertad mala / seguridad mínima" para el "hombre malo" (el enemigo).

Al hombre bueno se le reconoce personalidad y al hombre malo se le niega.

Esta distinción la provoca al pretender impedir el ejercicio absoluto de la libertad para algunos sujetos en ciertas áreas de riesgo consideradas en extremo indeseables por el propio Estado que se vale del Derecho Penal de Enemigos. Queda entonces a medio camino entre el Derecho Penal de Autor y las Medidas de Seguridad, y si exige al menos un acto externo jurídico- penalmente relevante para entrar en acción (remo-viendo la objeción más común)[11] y ese es anterior a la tentativa punible, entonces queda más cerca de las medidas profilácticas pre – penales que de la acción del Derecho, y no precisamente del Derecho Penal.

[11] Vid, fvr al respecto, Cuadernos, pp.275 y ss; Cancio Meliá, op. Cit, pp. 137 y ss, y Feijoo Sánchez, citado por Polaino – Orts, en Cuadernos, p. 276, con Nota (3).

Ahora si se sostiene que el Derecho Penal de Enemigos es una herramienta "complementaria" y "excepcional" para asegurar la plena vigencia del Derecho Penal del Ciudadano –o sea, que sí es un "Derecho real"– no podría devenir en la regla primera de interpretación de los tipos penales vigentes del Derecho Penal del Ciudadano, ni ser la vía privilegiada para escudriñar en ellos o en ese sistema punitivo o sus categorías, supuesto que ellas existan, máxime si esos tipos pre – existen al Derecho Penal de Enemigos mismo. No admitiría aplicación extensiva, ni analógica y su interpretación y aplicación debiera ser siempre restrictiva.

En la afirmación contraria, más que una constatación, el Derecho Penal de Enemigos deja de ser un "Derecho real" y se convierte en un mecanismo de justificación anticipado de sí, para fundar la decisión política de hasta dónde se desea negar la libertad del otro (asegurar la no – libertad del individuo), por lo que entonces no estabiliza nada, ya que la desestabilización real de la norma se habrá producido de todas maneras antes del momento de auto – justificarse.

Su función y razón serían autopoyéticas.[12]

2.- Sobre la capacidad de garantía efectiva y oportuna del DPE para asegurar espacios de "libertad real" al ciudadano.

El Derecho Penal de Enemigos no deviene en "Derecho real" al pretender negar todo espacio a la libertad posible que le resta al enemigo de la estatalidad.

Al igual que la vida latente en el desierto más agreste o el agua entre el derrumbe del basalto más compacto, la libertad confinada (para bien o para mal) halla el espacio para manifestarse, aún de las formas más sutiles e ingrávidas. Para evitar este hecho no hay herramienta posible ni eficaz.

Entonces, el DPE se atribuye una capacidad irreal, que pretende ejercer por medios también irreales: no puede asegurar espacios de "libertad real" al Ciudadano por la vía de negar *ab initio* las capacidades de acción del otro, aún en el caso de que "goce" de "personalidad

[12] Coincidimos en este punto con Polaino Navarrete.

mínima", salvo que se entienda por tal la batería básica de facultades procesales indispensables para enfrentar el poder persecutor del Estado o del sistema penal, nacional o internacional,[13] con un mínimo de legitimidad o justicia, que no es lo que apreciamos afirmar ni en Polaino - Orts, ni en Caro John.

De otro lado, resulta que incluso en el planteamiento de los penalistas a quienes se duplica oficiosamente, no se salva el problema de la oportunidad de acción del DPE, pues de una parte y en los hechos es el mismo quien define *ex post* al acto realizado como peligroso, para luego profesar la "auto exclusión" de su autor.

El Derecho Penal de Enemigos llega tarde al hecho, al igual que el Derecho Penal del Ciudadano (y lo mismo le ocurre al Derecho Penal Clásico).

No puede tampoco el Derecho Penal de Enemigos, ni el Estado que se vale de él, "hétero – administrar" una libertad que en el fondo niega de antemano para los enemigos, aunque la llame "personalidad mínima".

No se puede administrar lo que se profesa inexistente.

III.- CONCLUSIONES.

Bajo estas postulaciones, el Derecho Penal de Enemigos no es, ni puede ser, una garantía estatal de ejercicio de una "libertad real" para el ciudadano.

No es concebible ser garante de uno mismo.

Además, lo que se pretende caucionar para unos (espacios de "libertad real"), por medio de "seguridad total" para otros, nos lleva al

[13] Sobre las proyecciones del problema desde la óptica funcionalista, en el ámbito internacional y sobre el Tribunal Penal Internacional y el Tratado de Roma, Vid. fvr, Perdomo, Justicia Penal Internacional, Grijley, 2006, pp 37 y ss. También, en Chile la polémica sobre la derogación del DL de Amnistía, en causas judiciales pendientes, sobre violaciones de derechos humanos, a propósito del "Fallo Almonacid c/ Estado chileno", CIADH, y la opinión mía dada a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado sobre este punto. También, en Seminario Internacional de Derecho Penal, UNAB, 2006 y en Iquique, UNAP, con Polaino Navarrete, Orts González y Abanto, Panel de Cierre, Chile, octubre 2006.

contrasentido de verificar que la "seguridad máxima aspirable", si se logra, involucra por sí la negación de la libertad, inclusive la del ciudadano:

¿Debiera el ciudadano confinarse a la seguridad de ciertas áreas de la ciudad, muy reducidas, o a su propio hogar?.

No se puede ofertar asegurar absolutamente a otros, lo que no se puede asegurar para sí.[14]

Tampoco sirve como un mecanismo por el cual el Estado administra sectores de "personalidad disminuida" del enemigo.

La personalidad disminuida equivale a que la personalidad quedaría reducida a la capacidad mínima del imputable en juicio, o sea, a los derechos procesales indispensables en una sociedad civilizada y humanizada. En este caso, no se administra "la personalidad", se administra "a la persona" como un sujeto no virtuoso, no reconducible, ni expiable.

La administración conlleva las posibilidades y facultades de acrecentar, aminorar o mantener la integridad de aquello que se maneja, pero en este caso, sólo se podría obtener de "esa administración" una merma, y si todo anda bien, que la situación se mantenga. Aquí no hay administración entonces, sólo perdida o *status quo* de la defendida "personalidad mínima". Para ésta nunca habrá ni siquiera posibilidad de ganancia.

Afirmar lo inverso sería otra vez una contradicción en sí misma.

Le devuelvo la pregunta a Caro John: *¿De qué me sirve estar seguro (muerto), sino tengo libertad (vida), aún para enfrentar cómo supero los riesgos?*

---

[14] En todo caso, creemos que un tolerable "aseguramiento parcial" de seguridad (y por ende, una oferta viable de afianzamiento de espacios de libertad para unos, y por tanto de negación de la misma para otros) puede (¿debiera?) darse en el ámbito del Derecho Penal de Segunda Velocidad – en expresión de Silva Sánchez - especialmente, en áreas del Derecho Penal Económico (*Droit Penal d´les affaires*).
Al respecto, Vid. fvr, en Chile, Van Weezel, Delitos Tributarios, Jurídica 2007, p.7 cuando expresa que cree en un Derecho que asegura la realización de la libertad personal (en este caso, de empresa); y Manríquez, Criminalización en el negocio naviero, Revista Derecho de la Empresa, Nº 8, oct-dic.2006, p.47 – 68, y el mismo, en Blanqueo y Lavado de activos, operaciones sospechosas…, Revista de Derecho U.del Mar, Nº 2, Valparaíso, 2005, pp.107 – 127, especialmente con Notas 1 y 2.

EL IMPULSO DELICTIVO U HOMICIDA EN LA EPILEPSIA

María Laura Quiñones Urquiza
Catedrática argentina

RESUMEN:

Un breve pero muy interesante planteamiento es el que propone la autora de este trabajo: la epilepsia como trastorno psicomotor que remite al sujeto enfermo a un estado sin claridad de conciencia y, por ende, a un status jurídico de inimputabilidad. Se repasan conceptos médico-pisiquiátricos esclarecedores que asemejan a la epilepsia con una demencia transitoria en sentido jurídico, en la que la falta de lucidez y la suspensión de las facultades cognitivas, conativas y afectivas, durante los trances, confirmarían la tesis sugerida.

PALABRAS CLAVE:

Epilepsia, inimputabilidad, impulsos delictivos, demencia transitoria, derecho penal.

El Impulso Delictivo u Homicida en la Epilepsia

¿Es posible robar, matar, violar, incendiar o fugarse durante una crisis epiléptica?, Es posible, pero no en todos los tipos de epilepsia.

Para Henry Ey, la epilepsia es susceptible de una definición FISIOLÓGICA: se trata de una descarga en masa de un grupo de neuronas cerebrales, o de su totalidad, momentáneamente afectadas de una sincronía excesiva. NEUROLÓGICAMENTE: consiste en las manifestaciones convulsivas de esta hipersincronía, o sus equivalentes, PSIQUIÁTRICAMENTE: por partes comprende los aspectos de desestructuración de la conciencia, en relación a las crisis y accidentes comiciales y por otra, las modificaciones de la personalidad que eventualmente están asociadas a esos trastornos.

Los también llamados accidentes comiciales, pueden ser de origen químico, tumoral, traumático, perinatal, por malformaciones congénitas o derivada de otras enfermedades como por ejemplo la meningitis.

Existen dos grandes divisiones que a su vez agrupan subtipos. Las formas más conocidas son las CRISIS ICTOCOMICIALES con sus Gran Mal y Pequeño Mal, acompañados de ausencias amnésicas, posibles desajustes en las funciones vegetativas, estados convulsivos generalizados o espasmos recortados.

Las CRISIS GRADUOCOMICIALES, es decir, parciales con o sin generalización, tienen su descarga neuronal en una zona determinada del cerebro, es decir en un foco epileptógeno, son difíciles de detectar a simple vista y se presentan con conflictos intrapsiquicos. De éstas, me voy a referir a las que traen consigo automatismos psicomotores y equivalentes (PENFIELD).

Observemos un automatismo: imaginemos que vamos a sacar una fotocopia, sólo una hoja, se la entregamos al joven de la fotocopiadora: él, 1º levanta la tapa de la fotocopiadora, 2º coloca el papel, 3º cierra la tapa del aparato y 4º oprime el botón. De pronto, ya sin nada en la mano, repite innecesaria y sucesivamente los pasos 1, 2, 3 y 4 por varios minutos. Curiosamente para quien lo observa, tampoco responde a la pregónta: ¿qué esta Ud. haciendo?. A los pocos minutos, el epiléptico sale de su oscurecido estado de conciencia, entrega la hoja y se sorprende con las más de 30 de fotocopias en blanco que de pronto aparecieron en la bandeja de salida de la máquina, no se explica cómo es que aparecieron allí, si él apretó el botón solo una vez. Esos “otros momentos” quedaron ajenos a su memoria, debido a que el proceso normal de captación de los hechos, se vió alterado durante su trance, es por ello que no se fijaron, tampoco podrán ser evocados, ni recordados o reconocidos como propios, porque no están inscriptos, es decir, no forman parte de sus registros mnésicos.

Estas conductas complejas, automáticas y perseverantes, pueden convivir en un individuo durante horas e incluso días, apareciendo bruscamente, y desembocando en un estado sin claridad de conciencia, refiriéndome con esto, a los diferentes grados de esta estructura, desde su

extremo mínimo: coma, pasando por los estados confusional, embotamiento, crepuscular, onírico, oniróide, llegando a los exacerbados como la hipervigilia e hiperfrenia.

Para la comprensión del presente tema, es importante dejar en claro de qué hablamos cuando lo hacemos refiriéndonos al oscurecimiento de conciencia, aquí un sujeto no posee lucidez para el juicio crítico (Juicio suspendido), ya que se encuentran disminuidas sus facultades cognitivas, conativas y afectivas, haciendo de él un ser inimputable frente la comisión de cualquier delito, en este caso, preso de una desestructuración de la conciencia, un quiebre que podría asemejarse a una demencia transitoria en sentido jurídico.

Una de las formas de los estados psicomotores, es el estado confusional psicomotor, que se presenta con alteraciones groseras de la personalidad tales como, obnubilación de la conciencia, desorientación témporo espacial (sin conciencia de espacio, tiempo y situación), es decir no saber dónde se encuentra uno en ese momento, ni en qué día calendario; desorientación auto y alopsiquica: no responder al propio nombre y al país o ciudad en que se encuentra; la incoherencia en el pensamiento se hace evidente cuando el individuo articula palabras vagas, imprecisas y que no cumplen con las leyes asociativas lógicas, por ende lo judicativo, es decir el conocimiento de la consecuencia de sus actos, es nulo momentáneamente.

Este estado también puede irrumpir en una forma agitada, donde el epiléptico se encuentra ansioso, hasta furioso y con alucinaciones impregnadas de reproducciones oníricas polimorfas, respondiendo claramente a impulsos delirantes basados en su ensueño, actuándolo. Estos signos pueden definirse claramente como episodios psicóticos agudos, es decir de corta duración. La amnesia luego de haber robado, violado, masacrado, incendiado, no obedece a un olvido simulado, si no más bien a la pobre captación de engramas o recuerdos como consecuencia de la instalación de su perturbación. El electroencefalograma positivo podrá ayudar al diagnóstico de este cuadro, siendo además de importancia médico-legal.

Los síntomas, en estos casos, se caracterizan por un proceso de despersonalización, que por su localización cerebral, afecta no solo al

sensóreo, si no también a la afectividad y psicomotricidad. La presencia de Auras puede ser una señal de alarma frente a la precipitación de una de estos accidentes, este fenómeno podría manifestarse con la percepción por parte del enfermo de olores penetrantes y nauseabundos, sensación de sabores repulsivos (crisis uncinadas), ruidos ensordecedores, visualización de luces cegadoras o de personas ausentes, dolores epicríticos sin definición (pródromos).

Si el foco alterado es en lo paramedial (rinencéfalo) aparecen las equivalencias del Mal Psicomotor, caracterizadas por trastornos antisociales de conducta, complejos, ordenados, forzados y automático-ambulatorios de larga duración.

La forma de estados crepusculares epilépticos, suele presentarse en sujetos con otros antecedentes más graves de epilepsia, el grado de conciencia es más claro que el anterior, es por ello que puede responder lentamente en una conversación y repentinamente enfurecerse violentándose al hablar de temas de poca importancia. Aquí también se vivencian imágenes oniróides, que se intercalan con las de la vigilia generando un conflicto, puesto que no pueden diferenciarlas entre sí. Las sensaciones de dejà-vu o jamais-vu también se manifiestan y son signos que alertan a quienes están a su alrededor. La fluidéz viscosa de su pensamiento, los contenidos delirantes, a veces místico placenteros, experimentados con una hipersensibilidad exagerada, fugas (dromomanía), conductas insólitas, incoercibles e involuntarias, ya que la facultad volitiva se encuentra abolida, estos son actos en Cortocircuito (MARIETAN). A diferencia del estado anterior, acá el epiléptico se adapta parcialmente a la realidad.

Estos impulsos delictivos u homicidas se traducirían en escenas criminales predominantemente desorganizadas, con victimas de oportunidad, dejando testigos y vestigios de gran valor criminalístico. Por ejemplo en el caso de violaciones llenas de ira, la firma se expresaría en verbalizaciones extrañas. Los homicidios irían desde lo simple y oportunista hasta el homicidio en masa (Spree Killing) con muertes por estrangulación o golpes letales y rápidos o con armas de oportunidad.

Los estados maniaco depresivos epilépticos, también plantean semejanzas con los observados en las manías o depresiones mayores, donde se va desde la excitación, furor inmotivado hasta la melancolía irracional,

siendo a veces dominando por delirios de persecución, llegando incluso al suicidio.

El diagnóstico precoz, el monitoreo médico y el cumplimiento de la terapia medicamentosa, son útiles para prevenir estas crisis.

BIBLIOGRAFÍA:

TRATADO DE PSQUIATRÍA, H. Ey, P. Bernard, CH. Brisset – Reed. 1996

CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE PSICOPATOLOGÍA I, Hector R. Fischer y Col. CEA 1996.

SEMIOLOGÍA PSIQUIÁTRICA, Hugo Marietan. Ananké

NEUROPSYCHOLOGIE DE LA MEMOIRE HUMAINE, Raymond Bruyer, Martial Van Der Linden. Presses Universitaires de Grenoble Edisem Inc. 1991.

A ECONOMIA GLOBALIZADA E A CRIMINALIDADE

Renato Ribeiro Velloso
MBA em Economia e Directo do Sistema Internacional,
pela Universidade de São Paulo-USP,
e co-autor do livro "Crimes Tributários e Econômicos",
pela Editora Quartier Latin do Brasil
renatov@ajato.com.br)

RESUMEN:

El autor desgrana un tema de actual relevancia para el Estado Democrático de Derecho: la relación entre la economía globalizada y la criminalidad, tópico de constante preocupación para los legisladores. Haciendo un preliminar recuento de la historia política del mundo occidental a partir de la posguerra, el autor se acerca al tema central aseverando que la criminalidad posee tentáculos firmemente arraigados en diversos sectores del Estado; lo cual no sólo que posibilita un mayor campo de actuación de aquella, sino que también permite la constancia del mercado consumidor y la mezcla de actividades lícitas e ilícitas, todo lo cual dificulta el combate eficaz a dichas formas criminales a gran escala.

PALABRAS CLAVE:

Criminalidad, Globalización, Economía global, Corrupción, Estado de Derecho.

A Economia Globalizada e a Criminalidade

A partir de 1945, quando houve prolongada inimizade entre a América e a URSS; a Ásia e partes da África foram libertadas do domínio europeu, a economia internacional tomou ares de cooperação internacional.

O mundo passou a ser dividido em dois blocos: o Ocidental (capitalista) e o Oriental (socialista / comunista). O Ocidental ficou sendo liderado pelos Estados Unidos e o bloco Oriental liderado pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

O pós-guerra tem uma característica importante da ordem mundial, o compromisso liberal, com a economia internacional permitindo a liberalização econômica multilateral, regulado pelo GATT[1], que foi se aperfeiçoando com sucessivas rodadas, eliminando barreiras tarifárias, abrindo a economia dos países, mas garantindo a estabilidade doméstica.

O comércio internacional se desenvolveu através de regras estabelecidas pelo GATT, onde se aprofundaram as negociações multilaterais, já que inicialmente eram feitas entre dois países, ou seja, bilateralmente.

A liberalização econômica se fixou no rebaixamento de barreiras alfandegárias, por meio de concessões tarifárias entre os países membros do GATT, regulados pelo princípio multilateral da não-discriminação, representado pela cláusula da nação mais favorecida, permitindo aos países subdesenvolvidos participar e auferir os benefícios da liberalização econômica sem concessões equivalentes.

As premissas econômicas do GATT, à primeira vista, possuem teor mercantilista, entretanto, grupos domésticos, legitimam a troca de favores no GATT, alem da vantagem de poder acomodar negociações de mais de dois parceiros, exigidas pelo critério de equivalência de concessões.

Como a principal preocupação dos países em desenvolvimento era a falta de um órgão responsável pela solução de controvérsias e limitações ao seu controle de exportações, e a inclusão de novos temas mais complexos, a Rodada Uruguai[2] verificou que o GATT, estava defasado. Os países em desenvolvimento pouca voz tiveram em sua criação e poucos benefícios também. A operação dos mecanismos criados provocou o descompasso do crescimento econômico, criando instáisfações, fato de esses temas possuírem alto grau de complexidade, sua regulamentação, só poderia se dar no âmbito de uma Organização Internacional, prevista na Declaração de Marrakesh, foi criada assim a

---

1 CIESIN Thematic Guide on Political Institutions and Global Environmental Change http://www.ciesin.columbia.edu/TG/PI/TRADE/gatt.html.

2 BATISTA, Paulo Nogueira. - Perspectivas da Rodada Uruguai: implicações para o Brasil - DOSSIÊ AMÉRICA LATINA. Estud. av. vol.6 no.16 São Paulo Dec. 1992. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000300009

Organização Mundial do Comércio (OMC)[3], que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1995.

A OMC é uma organização que tem por funções principais facilitar a aplicação das normas do comércio internacional já acordadas internacionalmente e serve também como foro para negociações de novas regras, dotada também de um sistema de controvérsias em comércio internacional. Surgiu ao final da Rodada Uruguai. Engloba não só acordos referentes ao comércio de bens agrícolas e industriais, como também serviços, propriedade intelectual, solução de controvérsias, regras de origem e outros, buscando assim promover a efetiva liberalização do comércio entre seus membros. A OMC tem sede em Genebra, Suíça.

Com o final da Guerra Fria, a bipolaridade entre os EUA e URSS, que dividiu o mundo em capitalistas e socialistas, deu inicio à globalização econômica mundial, que se deu na segunda metade do século XX. A internacionalização das economias levou a expansão do comércio, instalação de empresas transnacionais, livre circulação de capitais e tecnologias, o aumento da circulação de capitais do sistema financeiro internacional, a liberalização do comércio internacional de bens e serviços, etc.

A globalização conduz a crescente integração das economias das sociedades dos vários países, especialmente no que toca à produção de mercadorias e serviços, aos mercados financeiros, e à difusão de informações, ou seja, corresponde a internacionalização do setor produtivo, possibilitando a comercialização (compra/venda) de mercadorias ou serviços em qualquer parte do mundo; tudo objetivando uma melhor competitividade mundial.

Assim economia internacional e a criminalidade se fizeram presentes em todas as atividades humanas, nos setores primário, secundário e terciário da economia. O crescimento do comércio internacional, ajudou com que alguns grupos que atuam universalmente, fossem favorecidos pela globalização da economia, comércio livre, desenvolvimento das

[3] World Trade Organization
http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact1_e.htm

telecomunicações, universalização financeira[4], colapso do sistema comunista, processo de unificação das nações, totalmente adaptados ao novo cenário mundial, as organizações criminosas há muito já estabeleceram, um grande mercado comum, conectadas por meio da chamada netwoork do crime organizado, que movimenta ¼ do dinheiro em circulação do mundo, sem limitações de fronteiras.[5]

Com a liberalização econômica, os criminosos passaram de simples apostadores, para estrategistas calculistas, buscando ainda o lucro, mas com o menor risco possível. O que restou por transformar esses criminosos em uma nova criminalidade organizada, abandonando sua estrutura medieval, tomando um caráter empresarial.

Abandonando sua estrutura medieval, o crime organizado, tomou um caráter empresarial, ou seja, a característica mais expressiva da organização criminosa é a transnacionalização, debilitando o Estado, tendo em vista que sua atuação não só extrapola fronteiras nacionais, como também se utiliza desta capacidade para atingir seus fins[6], utilizando a racionalização empregada nas empresas lícitas como meio de administração de seus negócios criminosos.

Então a lendária figura do criminoso mudou[7] com o passar dos anos, antigamente eram apenas vistos como bandidos que impunham suas leis

---

4 CERQUEIRA, Atuo Antônio. *Direito penal garantista & a nova criminalidade*. Curitiba Juruá, 2002, p.53. "A nova criminalidade tem por origem as transformações tecnológicas e econômicas que a humanidade vem experimentando nas últimas décadas, especialmente após o encerramento da 2ª Grande Guerra, além do excepcional incremento do comércio entre os países. De tal sorte, torna-se difícil precisar se tais transformações econômicas se devem ao progresso tecnológico ou, ao contrário, se são os avanças científicos que produzem o progresso econômico, mas é incontestável que, ao longo do século XX, esses fatores produziram evoluções comerciais, tanto, representados por novos instrumentos quanta por novos caminhos para o comércio internacional que, utilizados indevidamente, produziram uma nova criminalidade. Tais são os casos da revolução informática e da chamada globalização da economia".

5 MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *As organizações internacionais criminosas e as drogas, in justiça penal – 6 criticas e sugestões.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p.131.

6 QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *Manual operacional do policial civil: doutrina, legislação, modelos* / coordenação Carlos Alberto Marchi de Queiroz – São Paulo: Delegacia Geral de Polícia, 2002. p.257

7 GOMES, Luiz Flávio, CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoque criminológico*, jurídico (Lei nº 9.034/95) e político-criminal. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.77 "Uma nota mais recente da criminalidade organizada, pelo menos na América

perversas às favelas, hodiernamente, o criminoso pertence a uma classe social mais abastada para poderem entrar nesse comércio, assim sendo, membros das classes média e alta[8], pessoas com alto poder de influência na vida econômica, política e social das comunidades.

Todo lucro obtido pela criminalidade, é deslocado para fundos sujos de capitais, lavados de modo a esconder a origem ilícita. O mercado de capitais, há tempos é o meio mais preferido e utilizado pelos chamados lavadores de dinheiro, criminosos com alto poder de influência, empresários, políticos, entre outros.

As grandes somas de capital sem nacionalidade que circulam por esse mercado, e a facilidade que o avanço tecnológico trouxe à movimentação desses valores pelo mundo[9], são freqüentemente

---

Latina e no que se relaciona especificamente ao narcotráfico, foi destacada por Jorge G. Castañeda: o narcotraficante atual está cada vez mais diferente daqueles jovens com pulseiras de ouro, cintos largos, anéis brilhantes...tornou-se um executivo, um empresário moderno, que se dedica a um negócio altamente lucrativo. Estão participando ativamente da vida econômica de vários países, assim como da vida política. Marcam presença principalmente nos processos de privatização, não só para 'lavar dinheiro', senão sobretudo para incorporar-se na vida econômica lícita. Estão integrando o 'narcotráfico' na vida institucional de cada país e desse modo buscam uma convivência pacífica, evitando-se a guerra fratricida e sangrenta".

8 THIELMANN, Beatriz. *Jornada em direção ao perigo*, Making of http.//globoreporter.globo.com/globoreporter/0,19125,tok0-2706-6834-2-0.00.html.
"Outra grande surpresa de nossa equipe foi encontrar uma ex-atleta olímpica que se transformou numa traficante de cocaína. E ainda: o motivo alegado por ela foi uma grande paixão, um imenso fascínio por um traficante.
O novo perfil do criminoso, daquele que se envolve com o tráfico de drogas, foi apresentado, pela primeira vez, pelo Departamento de Narcóticos de são Paulo e pela Polícia Federal no final do mês de setembro. Como a droga da moda é a droga sintética, como o extasy, feito com substâncias químicas que requerem alta tecnologia na manipulação, ela é muito cara. Assim, os traficantes têm de pertencer a uma classe social mais abastada para poderem entrar nesse maldito comércio. E ai aparecem os universitários das classes média e alta".

9 CERVINI, Raúl, OLIVEIRA, William Terra de e GOMES, Luiz Flavio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p.43. Para Raúl Cervini, encontramos, no sistema financeiro, um cenário favorável à lavagem de dinheiro, "*em términos generales, puede decirse que las actividades bancarias internacionales y, más especificamente, el mercado de capitales, tienen contemporáneamente, ciertas notas que operan como telón de fondo de los processos de lavado de dinero, ya sea facilitándolos o creando uma complejidad operativa que dificulta el esclarecimiento de dichas operaciones críticas. A modo de síntesis, esas notas serian: globalización de las operaciones bancarias; dificultad de regular y controlar esas operaciones globalizadas; crecimiento acelerado del comercio mundial; crecimiento del intercambio entre euromonedas, advenimiento del "Euro" e generalización en el empleo de las transferencias via electrónica*".

empregados em atividades legais empresariais, permitindo ao fabuloso fluxo de capitais lavados, a conquista de espaço e poder, que podem gerar interferência na vida econômica, política e social da população mundial. Formando um poderoso antiestado, isto é, um estado dentro do Estado, com uma pujança econômica incrível, até porque existe muita facilidade na lavagem de capitais e grande poder de influência.

Economia globalizada e criminalidade é tema de relevo mundial, que preocupa e atenta contra O Estado Democrático de Direito. Afora o glamour emprestado pela ficção, os criminosos e suas interferências na economia internacional, é constante preocupação por parte dos legisladores do mundo que sempre tentaram conter seu avanço, nem sempre com sucesso.

Como verificamos, a criminalidade possui tentáculos, firmemente arraigados nos diversos setores do Estado, quer na forma de um acordo meramente financeiro, com o pagamento de propina aos membros dos órgãos repressivos, administrativos ou a alguns políticos profissionais,[10] que como os antigos corsários recebiam autorização do governo fazendo pilhagem por razões de estado, mas que na prática, sempre buscavam a vantagem pessoal.

A atuação desses criminosos em diversos setores do Estado, possibilitou um maior campo de atuação, contando com a constância do mercado consumidor, o que acabou por mesclar atividades lícitas com ilícitas, a ponto de Zaffaroni não encontrar "um conceito que possa abranger todo o conjunto de atividades ilícitas que podem aproveitar a indisciplina do mercado e que, no geral, aparecem mescladas ou confundidas de forma indissolúvel com atividades lícitas".[11]

O Estado procura respostas para o triunfo da criminalidade na economia globalizada, procurando formas para combater esses criminosos, mas, infelizmente, notamos que suas ações não atingem seu objetivo. Isso se deve a uma política criminal mal direcionada, sem efeitos para a sociedade.

---

[10] MINGARDI, Guaracy. O Estado e o Crime Organizado, IBCCRIM 5, Complexo Damásio de Jesus, 1998.

[11] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime Organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos;* crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, Relume-Dumará, 1996.

Bibliografia:

- BATISTA, Paulo Nogueira. - Perspectivas da Rodada Uruguai: implicações para o Brasil - DOSSIÊ AMÉRICA LATINA. Estud. av. vol.6 no.16 São Paulo Dec. 1992. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000300009
- CERQUEIRA, Atuo Antônio. *Direito penal garantista & a nova criminalidade*. Curitiba Juruá, 2002.
- CERVINI, Raúl, OLIVEIRA, William Terra de e GOMES, Luiz Flavio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.
- CIESIN Thematic Guide on Political Institutions and Global Environmental Change http://www.ciesin.columbia.edu/TG/PI/TRADE/gatt.html.
- GOMES, Luiz Flávio, CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoque criminológico*, jurídico (Lei nº 9.034/95) e político-criminal. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *As organizações internacionais criminosas e as drogas, in justiça penal – 6 criticas e sugestões.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- MINGARDI, Guaracy. O Estado e o Crime Organizado, IBCCRIM 5, Complexo Damásio de Jesus, 1998.
- QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *Manual operacional do policial civil: doutrina, legislação, modelos* / coordenação Carlos Alberto Marchi de Queiroz – São Paulo: Delegacia Geral de Polícia, 2002.
- THIELMANN, Beatriz. *Jornada em direção ao perigo*, Making of http://globoreporter.globo.com/globoreporter/0,19125,tok0-2706-6834-2-0.00.html.
- World Trade Organization http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact1_e.htm.

LESIONES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR*

Alex van Weezel**

RESUMEN:

El régimen de la violencia intrafamiliar en la Ley N° 20.066 expresa una parte del despliegue del concepto de familia en la sociedad actual. El trabajo examina la ley en su relación con la sistemática tradicional de los delitos de lesiones, siguiendo la hipótesis de que el estudio de las modificaciones sistemáticas que de ella se derivan permitirá ponderar luego con mayor precisión la transformación que la normativa ha introducido o pretende introducir en la comprensión social de las relaciones familiares. Se advertirá que las modificaciones sistemáticas –en primer lugar, el alcance de los deberes cualificados de solidaridad que emanan del contexto intrafamiliar definido en la ley– tienen consecuencias en materia de error y obligan a realizar precisiones importantes en el ámbito de la teoría de la intervención delictiva y de la punibilidad de las lesiones culposas. Queda asimismo en evidencia el potencial expansivo del derecho penal que encierra la estrategia legislativa frente a la problemática de la violencia intrafamiliar.

PALABRAS CLAVE:

LESIONES - VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - MALTRATO - PARRICIDIO

Lesiones y Violencia Intrafamiliar

Las relaciones entre el parentesco que liga a la víctima con el autor, por un lado, y la culpabilidad delictual de este último, por otro, son y han sido tortuosas a lo largo de la historia. Ello nada tiene de extraño, pues

* El presente estudio tuvo su origen en una consulta realizada al autor por el Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública.

** Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Chile y en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

dependen de la comprensión de las relaciones de familia que predomina en una sociedad, y esta comprensión ha evolucionado significativa y no siempre pacíficamente con el transcurso de los siglos.[1] Para advertirlo ni siquiera hace falta referirse a los ordenamientos jurídicos que reducen el matrimonio a un supuesto de índole tributaria, sino que basta considerar que en la mayoría de los países occidentales, Chile incluido, el ordenamiento ya no reconoce un matrimonio exclusivamente civil que sea indisoluble. Esta imposibilidad de *contraer* el vínculo matrimonial indisolublemente (otra cosa es que *de hecho* no se disuelva), sumada a la equiparación de las parejas y de los hijos matrimoniales con las parejas y los hijos no matrimoniales, ha tenido como consecuencia que el matrimonio y la filiación matrimonial pasaran a ser algo irrelevante en lo que respecta a cuestiones centrales del derecho civil.

En concordancia con este desarrollo en el ámbito civil, algunos países han suprimido también del ordenamiento *jurídico-penal* las normas que implicaban reconocer un estatus especial a las relaciones formales de familia. El ejemplo más claro de ello es la supresión del delito de parricidio en muchos países. En Alemania, por ejemplo, "matar al padre" no es en principio más grave que matar a otra persona cualquiera, mientras que en España sólo lo es en los términos de la circunstancia mixta del art. 23 CP.[2] No obstante, precisamente esta última norma da cuenta de la paradoja que se encierra en el estado actual de la evolución de las relaciones entre el parentesco y la culpabilidad o el injusto penal: al equiparar jurídicamente el matrimonio con las "relaciones análogas de afectividad" presentes o pasadas y la filiación matrimonial con la calidad de "descendiente por naturaleza", el legislador penal termina por ampliar significativamente la punibilidad en relación con el régimen precedente. Mientras la equiparación a efectos civiles parece traer sólo beneficios para el conviviente y el hijo extramatrimonial, su equiparación a efectos penales se devela como un arma de doble filo (precisamente porque el parentesco es una relación, es decir, opera en ambas direc-

---

1 Cfr. por ejemplo, respecto de la evolución en Europa central entre fines del siglo 18 y fines del siglo 20, SIEDER (1987), p. 282 ss. y passim.

2 "Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente".

ciones). En la actualidad no se trata realmente de suprimir del ordenamiento jurídico los efectos de las relaciones tradicionales de familia, sino de ampliar dichos efectos a otras situaciones, como las relaciones pretéritas de afectividad que puedan considerarse "análogas" al matrimonio.[3] Dicho de otro modo: el desbaratamiento de las relaciones tradicionales de familia no conduce a menos, sino por el contrario a (mucho)[4] más derecho penal.

Es un hecho que la violencia intrafamiliar aún reviste en la gran mayoría de los casos la forma de un delito de lesiones,[5] es decir, de una figura delictiva que la jurisprudencia tradicionalmente ha considerado más grave cuando se verifica respecto de personas vinculadas por lazos familiares.[6] Lo interesante es que con esta interpretación la jurisprudencia se había apartado –y muy prontamente[7]– de la concepción diferenciadora que había estado en los orígenes de la normativa del Código Penal. Pues mientras el Código Penal español de 1850 consideraba el parentesco como circunstancia agravante en todo caso, Pacheco quería distinguir, en lo que se refiere a los delitos contra las personas, entre delitos de mayor y de menor entidad.[8] Mientras que en los primeros el parentesco siempre habría de surtir efecto agravante (y la ley así lo establece expresamente en ciertas figuras de la parte especial), respecto de los segundos sería preciso distinguir: si el ofendido es el "superior", el parentesco agrava, mientras que atenúa si el ofendido es el "inferior". Los comisionados chilenos, haciendo propia la crítica de Pacheco más que su concepción jerárquica de la familia, decidieron entregar el asunto a la prudencia judicial (arts.

---

3 Ello es perfectamente posible desde que se concibe el matrimonio como vínculo disoluble.

4 Según la División de Seguridad Pública del Ministerio del Interior, entre el año 2006 y el año 2007, por ejemplo, las detenciones por violencia intrafamiliar se incrementaron en un 79,4 %; este aumento se produjo sobre uno del 205,7 % registrado en el periodo 2005-2006.

5 Cfr. CASAS BECERRA *et al.* (2007), p. 150.

6 Véase la interpretación habitual del art. 13 CP, KÜNSEMÜLLER (2002), p. 226.

7 Cfr. KÜNSEMÜLLER (2002), p. 226. Las razones: art. 400 CP (en la mayoría de los delitos de lesiones el parentesco agrava) y art. 489 CP (en ciertos delitos patrimoniales el parentesco excluye la responsabilidad penal). Es cierto que las personas enumeradas en estas normas no coinciden plenamente con las que menciona el art. 13 CP, pero reflejan, en expresión de ETCHEBERRY (1987 a), p. 327, refiriéndose a la primera de estas normas, una "elocuente muestra del pensamiento legislativo".

8 PACHECO (1867), p. 214 ss. Entre los primeros PACHECO menciona sólo el homicidio, pero es razonable suponer que se refiere también a las lesiones severas.

13 y 494 N° 5 CP), pero no deja de ser llamativo que el enfoque tradicional –y en parte, con razón, obsoleto– que Pacheco tiene de la familia sea precisamente el que conduzca a una solución punitiva más liberal.

En cualquier caso, el régimen de la violencia intrafamiliar en la Ley N° 20.066 expresa una parte del despliegue del concepto de familia en la sociedad actual. En lo que sigue no se trata de enjuiciar política o filosóficamente el estado de esta evolución, sino sólo de examinar más de cerca una de sus manifestaciones, la regulación penal de la así llamada "violencia intrafamiliar", como primer paso para establecer qué dice esta regulación acerca del concepto de familia, de la clase de vinculación que hace más grave la violencia física. Este breve estudio pretende, por lo tanto, contribuir a responder esta pregunta situando a la Ley N° 20.066 en relación con las instituciones dogmáticas tradicionales en el ámbito de las lesiones, incluida su sistemática, pues parece plausible que si se analizan con cierto detalle las modificaciones que ha introducido esta ley y los puntos de fricción con el régimen previo a su vigencia, resulte luego un poco más sencillo ponderar la transformación que ella ha introducido, o al menos pretende introducir, en la comprensión social de las relaciones familiares.[9]

I. La sistemática de los delitos de lesiones en el Código Penal

Los tres tipos fundamentales de lesiones que contiene el Código Penal son los siguientes:

a) Las lesiones del art. 397 CP, cuya tipicidad se encuentra co-definida por la clase de resultados imputables a la conducta de herir, golpear o maltratar de obra. Sobre esta misma base, el propio art. 397 CP

[9] Por lo tanto, aquí no se discurre sobre el principal problema práctico de la regulación penal de la violencia intrafamiliar, que no radica en su articulación dogmática con el derecho penal general, sino en la misma idoneidad del instrumento penal para hacer frente a la dolorosa realidad de la violencia que tiene lugar en el seno de la familia (el fenómeno habitual de la retractación de las supuestas víctimas una vez iniciado el procedimiento es sólo una manifestación de ello). Al respecto, sugiriendo una aproximación más realista y menos ideológica al problema a la luz de la experiencia española, MAQUEDA ABREU (2007), p. 1 ss.

distingue dos supuestos de diferente gravedad. Las lesiones del art. 397 CP son denominadas en la ley como "lesiones graves", y la doctrina –para diferenciar entre los dos supuestos de la norma– habla además de "lesiones gravísimas"(Nº 1) y "lesiones simplemente graves" (Nº 2).

El art. 398 CP –que para todos los efectos se considerará como parte de la figura prevista en el art. 397 CP– dispone que si se provoca alguno de los resultados señalados en el art. 397 CP mediante la administración a la víctima de sustancias o bebidas nocivas, o bien abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu, se aplicarán las penas que correspondan de acuerdo al art. 397 CP según la intensidad de los resultados.[10]

b) Las lesiones del art. 399 CP, que se configuran cuando a la conducta del autor no se le puede imputar alguno de los resultados que señala el art. 397 CP. La doctrina y la jurisprudencia utilizan, con base en la ley, la denominación de "lesiones menos graves" para este delito.

c) Las lesiones del art. 494 Nº 5 CP, que el propio texto legal denomina "lesiones leves". Las lesiones son "leves" cuando no es posible imputar alguno de los resultados tipificados en el art. 397 CP a la conducta del autor, y cuando además concurren en el hecho tales circunstancias, y en las personas tales calidades, que en concepto del tribunal fundamenten un injusto menor que el del simple delito establecido en el art. 399 CP. En consecuencia, las lesiones leves se distinguen, por una parte, de las lesiones del art. 397 CP en razón de los resultados que en cada caso se pueden imputar a la conducta; y, por otra, se distinguen de las lesiones del art. 399 CP en razón de la apreciación que el juez realice respecto de la calidad de las personas y las circunstancias del hecho, en cuanto permitan fundamentar un injusto menor.

[10] La castración (art. 395 CP) y las demás mutilaciones (art. 396 CP) también constituyen formas especialmente graves del delito de lesiones, pero el legislador ha optado por tipificarlas en forma separada. Existe acuerdo, sin embargo, en que este tratamiento legislativo es superfluo, y en que –en cuanto se trata de lesiones cuya tipicidad se halla co-definida por la clase de resultados imputables a la conducta– han de asimilarse *sistemáticamente* a las hipótesis de lesiones graves.

Si se atiende solamente a las normas contenidas en el Código Penal, la sistemática utilizada por el legislador respecto de las lesiones propiamente tales parece clara:[11]

(i) las lesiones graves del art. 397 CP responden a un modelo típico basado en la intensidad de los resultados imputables a la conducta;[12]

(ii) las lesiones del art. 399 CP y las lesiones del art. 494 Nº 5 CP responden a un modelo típico que sólo negativamente tiene en cuenta los resultados, pero que positivamente se basa en otros criterios valorativos;

(iii) por lo tanto, los delitos de lesiones en el Código Penal pueden agruparse en dos clases fundamentales, al interior de las cuales se contienen a la vez dos grados distintos de gravedad que *responden al mismo criterio que da origen a la clase correspondiente*;

(iv) las dos clases son: la de aquellos delitos que se definen positivamente en función de la magnitud de los resultados (art. 397 N° 1 y N° 2 CP), y la de aquellos delitos que se definen negativamente en función de los resultados y positivamente en función de otros criterios (art. 399 y art. 494 Nº 5 CP);

(v) las subclases son: por una parte, las lesiones gravísimas y las lesiones simplemente graves (art. 397 Nº 1 y Nº 2 CP, respectivamente) y, por otra, las lesiones llamadas "menos graves" (art. 399 CP) y las lesiones leves (art. 494 Nº 5 CP).[13]

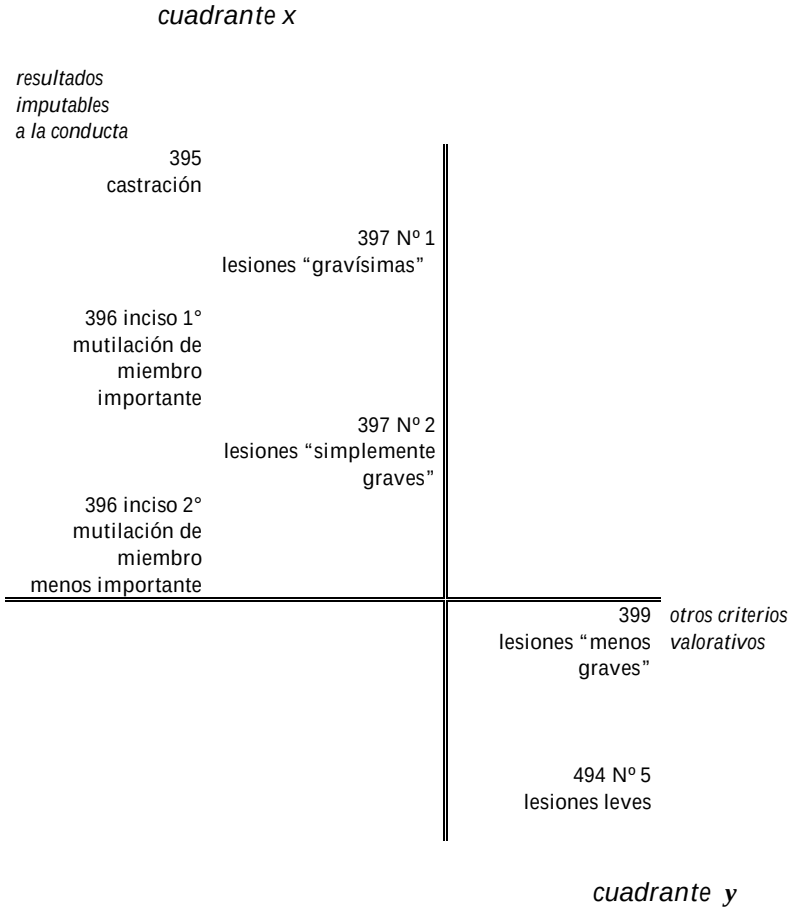
---

[11] El detalle de nuestra propuesta al respecto puede consultarse en VAN WEEZEL (2001), p. 166 ss.

[12] Ello es válido también, como se ha indicado, respecto de las lesiones del art. 398 CP y de las mutilaciones de los arts. 395 y 396 CP.

[13] Esta opción sistemática fue adoptada conscientemente por la Comisión Redactora del Código Penal. En la Sesión 108 (de 13.VIII.1872), los comisionados decidieron apartarse del modelo español de 1850, que basaba la sistemática en la intensidad de los resultados, para dejar la calificación de ciertas lesiones como delitos o como faltas en manos de la prudencia del juez. La Comisión tuvo en cuenta el criterio de que "no siempre el impedimento de cierto número de días es un motivo bastante para calificar la gravedad de las lesiones (...) De este modo, las lesiones se clasificarán en tres especies distintas, 'graves y menos graves', penada como delito, y leves que sólo se reputan faltas. *La determinación del límite que separa a éstas de aquéllas corresponderá hacerlo al juez en cada caso especial*" (*Código Penal y Actas de la Comisión Redactora*).

Lo anterior se puede expresar gráficamente[14] de la siguiente forma:



Respecto de las lesiones propiamente tales, esta sistemática tiene como consecuencia que entre las lesiones menos graves del art. 399 CP y las lesiones leves del art. 494 Nº 5 CP no existe una relación

[14] Para que tenga utilidad didáctica, el cuadro sólo refleja en forma aproximada la relación entre las mutilaciones y las lesiones propiamente tales. Esto se debe a que aquellas, aunque materialmente constituyen una forma grave de lesiones, son amenazadas por el legislador con penas que en parte se superponen entre sí y, en parte, con las asignadas a las lesiones propiamente tales.

regla/excepción. Por lo tanto, cuando un hecho no puede subsumirse en el art. 397 CP, el juez tiene simultáneamente a su disposición dos tipos alternativos, el de lesiones menos graves y el de lesiones leves. La subsunción del hecho en una u otra figura no depende de la magnitud de los resultados imputables a la conducta, sino de otros criterios de índole valorativa que se establecen en el propio art. 494 Nº 5 CP y cuya ponderación en el caso concreto el juez siempre debiera fundamentar. En efecto, si no existe una relación de regla/excepción entre ambas clases de lesiones, los fundamentos de la calificación nunca pueden darse por supuestos.

A lo expresado se opone una interpretación de la figura de lesiones leves, basada en la letra de la ley, como un tipo penal de carácter subsidiario. El art. 494 Nº 5 CP sanciona al "que causare lesiones leves, entendiéndose por tales las que, en concepto del tribunal, *no* se hallaren comprendidas en el artículo 399", por lo que existiría una figura fundamental de lesiones, la del art. 399 CP, respecto de la cual todas las demás constituirían excepciones, de manera que el tribunal no estaría obligado a fundamentar especialmente la calificación del hecho como lesiones menos graves, a no ser que los intervinientes en el proceso hayan allegado pruebas en orden a justificar una calificación diversa.[15] Esta comprensión es posible conforme al tenor de la norma, pero no es claro que resulte apropiada desde el punto de vista de su *sentido* (art. 19 CC), por las siguientes razones:

a) No tiene suficientemente en cuenta que, a partir del art. 399, el Código Penal adopta un paradigma de carácter valorativo para la calificación de las lesiones, distinto de la magnitud de los resultados, y que este paradigma se aplica por igual a las lesiones menos graves y a las lesiones leves. Por eso es que, en dos hechos paralelos, el menoscabo del bien jurídico puede ser cuantitativamente idéntico, y no obstante uno de ellos calificarse como lesiones menos graves y el otro, como lesiones leves.

b) Al parecer, el tipo de las lesiones leves se encuentra *verbalmente* subordinado al de las lesiones menos graves, pero de esta

[15] Cfr. SCS 6.XII.2004, cons. 10°: "La regla general es la de que todas las lesiones deben calificarse de menos graves y sancionarse conforme al señalado artículo 399".

subordinación formal no se desprende necesariamente una subordinación material como ocurre, en cambio, en el caso de los delitos de injurias. La relación entre los tipos de injurias graves (art. 417 CP), injurias leves (art. 419 CP) e injurias livianas (art. 496 Nº 11 CP) se encuentra claramente definida por la ley en términos de subordinación material: si las obras o palabras no constituyen injurias graves, serán leves cuando se hayan realizado por escrito y con publicidad; si, no siendo graves, se han realizado sin escrituración y sin publicidad, se consideran livianas.

c) De las actas de la Comisión Redactora aparece que la ponderación judicial de la gravedad de las lesiones en el caso concreto, y específicamente en lo que respecta al juego entre las lesiones menos graves y las lesiones leves, fue reconocida e introducida de propósito por los comisionados. Por el contrario, el criterio basado en la relación regla/excepción implica sustraer la decisión de la valoración judicial y reemplazarla por una valoración legal general y abstracta.

d) La penalidad de las lesiones menos graves es relativamente elevada. Si se las considera además como "regla general", se fomenta aquello que acertadamente denunciaba Politoff, a saber, que la policía resulte obligada a conducir ante el juez "cuanta equimosis, rasguño o bofetón intrascendente recogen en su actividad cotidiana".[16]

e) El Código Penal combina dos elementos en la incriminación de las lesiones: uno de carácter descriptivo-cognitivo (el menoscabo del bien jurídico salud o integridad corporal), y otro de carácter valorativo-normativo (las circunstancias del hecho y la calidad de las personas). La presencia de este último introduce una importante cuota de flexibilidad al sistema, y permite una adecuación del alcance de los tipos conforme a un modelo social de interpretación. El primero, por su parte, establece una pauta necesaria y limitadora, restringiendo teleológicamente las posibilidades interpretativas del tenor literal para todos los tipos penales de lesiones. Este equilibrio

[16] Véase en POLITOFF/BUSTOS/GRISOLÍA (2001), p. 230.

parece deseable,[17] aunque la plasmación del mismo en las escalas vigentes de penalidad no sea afortunada.

f) Por el contrario, el único efecto práctico de la interpretación de la figura de lesiones menos graves como regla, y de las lesiones leves como excepción, consistiría en eximir al juez de la exigencia de fundamentar la calificación. Este efecto no parece una razón suficiente para prescindir del modelo sistemático exigido por los diferentes paradigmas de criminalización de las lesiones que utiliza el Código Penal.

II. La Ley de Tránsito

Tanto en la Ley N° 18.290 como en la Ley N° 20.066 se contienen normas que parecen afectar la sistemática de los delitos de lesiones prevista en el Código Penal. En primer término se hará breve referencia a la Ley de Tránsito.

En el inciso 1° del art. 196 E de la Ley de Tránsito, que tipifica el delito de conducción en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, se contiene una definición de lo que, para los efectos de dicha norma, ha de entenderse como "lesiones leves". En efecto, la figura "simple" de conducción en estado de ebriedad contiene un elemento negativo del tipo, consistente en que a la conducción, operación o desempeño en las condiciones señaladas no sea posible imputar la producción de lesiones menos graves, graves o la muerte de una persona. Si, por lo tanto, a la conducta sólo puede imputarse la producción de daños materiales o las lesiones que la norma define como "leves" (o bien ninguna de las anteriores), tiene aplicación la figura simple contenida en el inciso primero del art. 196 E. Para definir el tipo penal de la figura simple de conducción en estado de ebriedad, el legislador no ha querido remitirse a las valoraciones judiciales exigidas por el art. 494 N° 5 del Código Penal, sino que ha preferido una solución cuantitativa: "Se reputarán leves, para estos efectos [definir el alcance del tipo de conducción en estado de ebriedad en su forma simple], todas las

[17] Y de paso evita que el componente de "causación", que de modo inevitable se halla presente en una sistemática que tenga en cuenta los resultados, llegue a interpretarse en términos de cualificación por el resultado.

lesiones que produzcan al ofendido enfermedad o incapacidad por un tiempo no mayor de siete días".

Una parte de la doctrina y, al parecer, también algunos tribunales,[18] han entendido que esta norma viene a proporcionar un criterio legislativo para la calificación de todas las lesiones leves, de modo que tendría aplicación no sólo más allá de la figura de conducción en estado de ebriedad, sino incluso de los delitos tipificados en la Ley N° 18.290. Esta verdadera integración analógica sería necesaria tanto por razones prácticas como dogmáticas. En primer lugar, conforme al estado actual de la medicina una incapacidad que tarda casi 30 días en recuperarse no podría considerarse una lesión "leve". En segundo lugar, la aplicación de la sistemática del Código Penal conduciría a la impunidad de muchas lesiones en el ámbito de los delitos imprudentes. En efecto, se argumenta que en el caso de los cuasidelitos "lo involuntario del hecho" podría bastar para calificar el delito como lesiones leves, al mismo tiempo que impediría tomar en cuenta elementos como la "calidad de las personas". Pero como los delitos-faltas imprudentes sólo son punibles cuando la ley lo señala expresamente –lo que no hace respecto de las lesiones–, entonces una proporción significativa de lesiones imprudentes resultaría impune.

Ambos argumentos tienen una misma raíz y apuntan a aquellos casos en que la calificación del hecho como lesiones leves no resulta objetivamente plausible. Pero enfrentan también al menos dos dificultades importantes. Por una parte, es discutible que la forma de alcanzar soluciones razonables pase necesariamente por limitar la apreciación judicial, como ocurre si se sustituyen los criterios valorativos del art. 494 N° 5 CP por el criterio cuantitativo del inciso 1° del art. 196 E de la Ley de Tránsito. Por otro lado, la aplicación de esta última norma a situaciones distintas de aquella para la que se estableció –la definición del alcance del tipo de conducción en estado de ebriedad en su forma simple– comporta una integración analógica, que, al menos según la comprensión generalizada del principio de legalidad, sólo es admisible cuando se realiza *in bonam partem*. No obstante, en las hipótesis que justificarían dicha integración analógica se trata precisamente de exasperar la penalidad.

[18] En este sentido POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ (2004), p. 120.

Por eso, no es de extrañar que la jurisprudencia haya sido reticente a la hora de interpretar el art. 196 E de la Ley de Tránsito como una modificación de la sistemática general de los delitos de lesiones. Así, por ejemplo, la sentencia del Juzgado de Garantía de Quillota, de 5.II.2005 (recurso de nulidad declarado inadmisible por la Corte Superma en resolución de 16.V.2005) señala:

"Se debe decir primero que el artículo 399 no entrega ningún parámetro que permita orientarnos en esta tarea. Sin embargo, tenemos el artículo 494 Nº 5 del Código Penal, que nos indica: constituyen lesiones leves 'las que, en concepto del tribunal, no se hallaren comprendidas en el artículo 399, atendidas la calidad de las personas y circunstancias del hecho'. Esta última norma deja entregada al tribunal la calificación de las lesiones, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 397 (...) Las lesiones leves se distinguen, por una parte, de las lesiones del artículo 397 del Código Penal en razón de su resultado, que en cada caso se pueden imputar a la conducta y por otra, se distinguen de las lesiones del artículo 399 en razón de la apreciación que el juez realice respecto de la calidad de las personas y las circunstancias de hecho, en cuanto permitan fundamentar un injusto menor".[19]

El fallo sigue la doctrina sustentada al respecto por el Supremo Tribunal. En una sentencia de 2004, la Corte Suprema señaló:

"Tampoco se aceptará la calificación de leves que de las lesiones ocasionadas a N.N. hace la defensa, aparentemente fundada en la circunstancia de haber la herida cicatrizado en una semana (...) La mera circunstancia de durar una semana en cicatrizar no es suficiente para configurar la falta de lesiones leves, como lo pretende la defensa, toda

[19] El fallo continúa: "Así, en la tarea el juez debe considerar el primer elemento proporcionado por el artículo 494 Nº 5 del Código Penal (la calidad de las personas). En el caso de autos nos encontramos en presencia de una agresión física de un varón hacia una mujer (el sexo es una de los parámetros que la doctrina entrega al respecto). En relación a las circunstancias de hecho, debe tenerse presente que la agresión ocurrió al interior de la propiedad del cónyuge de la ofendida, hasta donde llegó el requerido sin motivo alguno y sin que haya sido invitado por sus moradores, agrediendo a la víctima en presencia de un hombre desconocido para la ofendida, pero conocido para el agresor, el cual conducía la camioneta en la que éste se movilizaba, añadiendo con ello ignominia a la lesión. En estas circunstancias, corresponde calificar de menos graves las lesiones sufrida por doña N.N."

vez que el Nº 5 del artículo 494 del Código Penal, califica de tales a aquellas que no se encuentran comprendidas en el artículo 399 del mismo código, atendida la calidad de las personas y la circunstancias del hecho, las que no se dan en la especie".[20]

En ambos casos se trataba de lesiones cometidas en un contexto diverso del que se encuentra regido por la Ley N° 18.290, y en ambos se prescindió, para la calificación de las lesiones como menos graves o leves, de cualquier parámetro de índole exclusivamente cuantitativa. Por lo tanto, si por razones sustantivas no sería apropiado estimar que la Ley N° 18.290 vino a alterar la sistemática de los delitos de lesiones prevista en el Código Penal, también se puede sostener que así lo han entendido por regla general los tribunales de justicia.

III. La Ley sobre Violencia Intrafamiliar

Más complejo es el escenario que plantea la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar.[21]

1. Las normas legales

La Ley N° 19.325 había introducido en el ordenamiento jurídico el concepto de "violencia intrafamiliar".[22] La nueva ley, que derogó a la anterior, lo recoge en los siguientes términos:

---

[20] SCS 6.XII.2004, cons. 10°. Cfr. también SCA Santiago 19.III.2004, cons 1°: "El sistema ideado por el legislador para calificar el delito de lesiones mediante la clasificación del daño producido, atendiendo a su gravedad, duración de la enfermedad o incapacidad para el trabajo, llega sólo hasta los límites señalados en los artículos 397 y 398 del Código Penal, pues, más allá de estos extremos, el tribunal debe moverse entre las lesiones menos graves que indica el artículo 399 y las lesiones leves que sanciona el artículo 494 Nº 5, siendo de advertir que, en ambos casos, la ley no atiende a la duración de la enfermedad o incapacidad para la calificación, la que queda únicamente entregada a la prudente apreciación del tribunal".

[21] Publicada en el Diario Oficial el 7.X.2005, comenzó a regir con efecto retroactivo el 1.X.2005 por disposición del art. 25 de la misma ley.

[22] El art. 1° de la ley, publicada el 27.VIII.1994, la definía –en términos más restrictivos que los actuales– como "todo maltrato que afecte la salud física o psíquica de quien, aun siendo mayor de edad, tenga respecto del ofensor la calidad de ascendiente, cónyuge o conviviente o, siendo menor de edad o discapacitado, tenga a su respecto la calidad de descendiente, adoptado, pupilo, colateral consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive, o esté bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar que vive bajo un mismo techo".

"Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar" (artículo 5°).[23]

Por su parte, los artículos 6°, 13 y 14 de la ley contienen las normas relevantes para definir el alcance de las implicancias penales del concepto de violencia intrafamiliar. El art. 6° dispone que "los actos de violencia intrafamiliar que no constituyan delito serán de conocimiento de los juzgados de familia y se sujetarán al procedimiento establecido en la ley Nº 19.968". El art. 13 establece que "en las investigaciones y procedimientos penales sobre violencia intrafamiliar se aplicarán, además, las disposiciones del presente Párrafo" (se refiere al Párrafo Tercero, relativo a la violencia intrafamiliar constitutiva de delito). El art. 14 tipifica una nueva figura delictiva denominada "maltrato habitual":

"El ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5º de esta ley se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste.

Para apreciar la habitualidad, se atenderá al número de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima. Para estos efectos, no se considerarán los hechos

[23] Esta norma es complementada por el art. 24 de la Ley N° 20.066. Para los efectos de la ley, quienes ostenten "la calidad de adoptantes o adoptados conforme a los dispuesto en las leyes N° 7.713 y N° 18.703, se considerarán ascendientes o descendientes, según corresponda".

anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria.

El Ministerio Público sólo podrá dar inicio a la investigación por el delito tipificado en el inciso primero, si el respectivo Juzgado de Familia le ha remitido los antecedentes, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la ley N° 19.968".

En lo que sigue se procurará mostrar qué consecuencias tiene esta normativa para la sistemática de los delitos de lesiones conforme al Código Penal.

2. El carácter "intrafamiliar" de la violencia y sus consecuencias

La definición de la violencia intrafamiliar en el art. 5° de la Ley N° 20.066 se compone de un elemento objetivo y de uno subjetivo.[24] Objetivamente, debe tratarse de un maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de la víctima. Subjetivamente, debe existir entre el autor y la víctima alguna de las relaciones que el mismo art. 5° establece. Ambos elementos son constitutivos de la violencia intrafamiliar, pero, como es natural, es el último de ellos –la relación entre autor y víctima– lo que le da a la violencia su carácter específicamente intrafamiliar.

Desde el punto de vista objetivo, la definición adoptada por el legislador es tan amplia que comprende la práctica totalidad de las posibles formas de maltrato a otra persona. Ello obliga al intérprete a concluir que la violencia intrafamiliar con relevancia penal comprende tanto el delito de maltrato habitual –tipificado en la misma ley– como cualquier otro delito tipificado en el Código Penal o en leyes especiales que pueda considerarse como una forma de maltrato que afecta a la vida o a la integridad física o psíquica de alguna de las personas relacionadas con el autor en los términos del art. 5° de la Ley N° 20.066.[25] Existiendo esta relación, constituyen por lo tanto violencia intrafamiliar los delitos

[24] Este último, en el sentido de "personal" o relativo a el o los sujetos. Como se verá, esta "subjetividad" tiene consecuencias también en el plano de la así llamada "imputación subjetiva".

[25] En este sentido, también, la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, en Oficio FN N° 551 de 29.IX.2005, II, 2.2.

de injurias, de abandono de niños o personas desvalidas, de lesiones, de violación, de robo con violencia, etc.

La conjunción entre el elemento objetivo y el subjetivo establecidos en el art. 5° de la Ley N° 20.066 hace que el contexto intrafamiliar adquiera relevancia *respecto de cualquier delito* que implique ejercicio de violencia sobre una persona. De allí que no sea correcto lo señalado por la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, en el sentido de que "es posible que algunos eventos delictivos se verifiquen entre personas unidas por los vínculos (...) previstos en la ley, sin que importe, necesariamente, el contexto de violencia intrafamiliar que se comenta, como cuando con ocasión de una riña o pelea entre miembros de una misma familia se causan lesiones perseguibles penalmente, sin que dicho evento se encuentre precedido por un historial de violencia de este carácter o existan elementos de juicio que hagan prever su repetición. Podría darse el caso, también, que, existiendo antecedentes de otros eventos similares, no se acredite un contexto familiar de intimidación en que se identifiquen situaciones de abuso o vulnerabilidad que hagan necesaria la adopción de resguardos especiales para alguna víctima".[26]

El Fiscal Nacional confunde, al igual que el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago,[27] lo que constituye violencia intrafamiliar –definido inequívocamente en los arts. 5° y 13 de la ley sin ninguna referencia a la habitualidad, a un contexto de intimidación, superioridad o elementos semejantes– con lo que es necesario para configurar el delito de maltrato habitual o para que el juez adopte alguna de las medidas establecidas en el Párrafo Tercero de la ley. Por estas mismas razones, pero desde la perspectiva inversa, es errónea la sentencia del Tribunal de Garantía de Copiapó, que aprobó un acuerdo reparatorio en contra-

[26] Oficio FN N° 551 de 29.IX.2005, II, 2.3.

[27] Sentencia de 1.IX.2006, cons. 8°: la existencia de una relación matrimonial entre víctima y victimario sería "insuficiente por sí sola para establecer la concurrencia del tipo", pues se requeriría "además aquel contexto situacional que *exige* [¿?] el artículo 5° de la Ley N° 20.066, que importa el mayor plus de injusto de las lesiones provocadas en el contexto de la violencia intrafamiliar"; en el caso concreto, se habría asentado que "la víctima y el victimario vivían en un mismo domicilio en una estructura familiar biparental, con un hijo de tres años, en una situación de permanente violencia que le atribuyó al acusado *esa ventaja comparativa de reproche penal mayor*" (cursiva sólo aquí). El fallo se remite a la sentencia del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, RIT N° 1044-2006, que habría resuelto de igual forma.

vención al art. 19 de la Ley N° 20.066, en razón de que, a falta de habitualidad, los hechos habrían sido constitutivos de un delito de lesiones menos graves y no de "violencia intrafamiliar".[28] La violencia intrafamiliar no se limita al delito de maltrato habitual.

Por regla general, el carácter "intrafamiliar" de la violencia no tiene consecuencias penales sustantivas, sino sólo procesales. Esta consecuencias se encuentran reguladas en el Párrafo Tercero de la Ley N° 20.066. En efecto, el art. 13 ya citado dispone que "en las investigaciones y procedimientos penales sobre violencia intrafamiliar se aplicarán, además, las disposiciones del presente Párrafo". La regulación contiene normas especiales sobre medidas cautelares (art. 15), establece expresamente la procedencia de las denominadas "medidas accesorias" (art. 16 en relación con el art. 9), establece condiciones especiales para la suspensión del procedimiento (art. 17), permite la imposición de apremios y obliga al tribunal a poner el eventual desacato en conocimiento del Ministerio Público (art. 18), prohíbe los acuerdos reparatorios (art. 19) y permite bajo ciertas condiciones la intervención del Servicio Nacional de la Mujer como representante de la mujer víctima en el proceso (art. 20). La naturaleza procesal de los efectos que surte el carácter "intrafamiliar" de la violencia conforme a la ley, permite concluir que el contexto intrafamiliar no constituye –salvo en el caso de de los delitos de lesiones, según se verá en el apartado siguiente– un elemento del tipo de los delitos correspondientes. Esto implica que ni el dolo ni la denominada consciencia de la antijuridicidad necesitan referirse a él, y que las variantes procesales son pertinentes aunque el autor no tuviera ni pudiera haber tenido conocimiento de su relación con la víctima al ejecutar el hecho.

3. La Ley sobre Violencia Intrafamiliar y los delitos de lesiones

Cuando se trata de los delitos de lesiones, no obstante, el carácter "intrafamiliar" de la violencia no sólo determina un régimen procesal especial, sino que además implica una auténtica alteración de la sistemática de los delitos de lesiones prevista en el Código Penal. Esta alteración se produce en virtud de la oración final agregada al art. 494 N° 5 del Código Penal por la Ley N° 20.066 (art. 21 letra c]). En relación con

[28] Sentencia de 16.XI.2005.

ello, también surte efectos sustantivos relevantes la sustitución del art. 400 del Código Penal en los términos que se explicarán a continuación.

a) La modificación del artículo 494 N° 5 del Código Penal

La Ley N° 20.066 agregó la siguiente oración final al art. 494 N° 5 CP: "En ningún caso el tribunal podrá calificar como leves las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar".

Si se contrasta esta norma con la sistemática de los delitos de lesiones reseñada más arriba, se obtiene que aquella implica en parte la centralización, en manos del legislador, de una valoración que anteriormente –también bajo la vigencia de la Ley N° 19.325– se hallaba descentralizada en manos de los jueces. El efecto consiste en que el contexto intrafamiliar –determinado por las relaciones expresadas en el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar– es valorado directamente por el legislador como elemento capaz de fundar por sí solo un injusto mayor que el de las lesiones leves. Esta definición legislativa da origen a dos clases fundamentales de lesiones menos graves:

(i) las lesiones menos graves que son calificadas como tales *en razón de una valoración judicial*, con independencia de que se verifiquen en un contexto intrafamiliar, y

(ii) las lesiones menos graves *que la ley define* como tales únicamente en razón del contexto intrafamiliar.

La distinción es importante pues tiene consecuencias sistemáticas, cuyo surgimiento está estrechamente ligado a la nueva redacción del art. 400 CP. A continuación se analizan y descartan diversas hipótesis interpretativas de esta modificación para finalmente afirmar la que se considera correcta:

aa) *No se ha creado un nuevo tipo penal*. La modificación del art. 494 N° 5 CP *no* ha significado, en primer término, la creación de un nuevo tipo penal, el de lesiones que no son graves en el contexto intrafamiliar. Es cierto que las definiciones legislativas que determinan la adscripción de un hecho a un tipo penal determinado con exclusión de otros constituyen

generalmente elementos del tipo penal correspondiente. Pero en este caso ocurre que el juez no está obligado a tener en cuenta el contexto intrafamiliar para calificar el hecho, sino que únicamente se excluye una posibilidad de calificación. Dicho con un ejemplo: si, atendidas las diferencias de sexo y edad (un varón adulto golpea a una niña pequeña sobre la que no tiene derecho de corrección), el juez califica el hecho como lesiones menos graves, da igual, para los efectos de la calificación, que la niña menor de edad "se encuentre bajo el cuidado o dependencia" de algún integrante del grupo familiar. Se podría argumentar que, en un caso así, el juez nunca tendrá la alternativa de calificar el hecho como lesiones leves,[29] pero lo relevante es que el tribunal no está en absoluto obligado a fundamentar su calificación en el contexto intrafamiliar. Éste deberá ser constatado para los efectos procesales arriba mencionados, pero se puede prescindir por completo de él para la subsunción del hecho en el tipo penal del art. 399 CP.

bb) *No hay tipicidad reforzada*. La modificación tampoco ha convertido a las lesiones menos graves en un tipo penal de tipicidad reforzada. Estas figuras se caracterizan por que el legislador formula la norma de conducta utilizando una serie de supuestos análogos, de tal manera que es irrelevante si en el caso concreto se configura uno de ellos, varios o todos. De cualquier forma la conducta será típica y el hecho, unitario. Esta categoría no se ajusta a la situación en comentario. En primer término porque, en caso de que la Ley sobre Violencia Intrafamiliar hubiera creado un tipo penal especial de lesiones menos graves, éste sería paralelo al del art. 399 CP y no estaría "incluido" en él. Como se ha visto, sin embargo, tal tipo penal no existe. En segundo lugar, cuando en el hecho se configuran varios supuestos de los que componen la "tipicidad reforzada" de una figura, esta situación es irrelevante desde el punto de vista del desvalor de la conducta. En cambio, si en el caso de las lesiones concurren los requisitos valorativos para considerarlas como menos graves y *además* se verifica el contexto intrafamiliar, el art. 400 CP obliga a incrementar las penas en la forma que se comentará.

cc) *No cabe hablar de privilegio ni de calificación*. La modificación *no* ha supuesto una calificación del delito de lesiones leves en razón del

[29] Lo cual es efectivo (vid. SCA Arica de 24.08.2007, cons. 7°) e incide ciertamente, por ejemplo, en los plazos de prescripción del delito: SCA Santiago de 16.XI.2006, cons. 3°.

contexto intrafamiliar, pese a que su operación implica una traslación del marco penal, fundamentalmente por dos razones. Lo que se califica son las figuras denominadas "básicas", a partir de las cuales se construye precisamente la figura calificada. En este caso, en cambio, las lesiones leves bajo ningún respecto pueden considerarse como el tipo penal "básico" respecto de las lesiones menos graves, sino que ambas figuras se sitúan en un plano de igualdad hermenéutica. Por el mismo motivo sería errado sostener que las lesiones leves son una figura privilegiada respecto de las lesiones menos graves y que, en la medida en que con la modificación el contexto intrafamiliar impediría apreciar la figura privilegiada, ese mismo contexto importaría una calificación precisamente en el sentido de hacer inoperante el privilegio. Aparte de que, como se ha visto, resulta muy discutible que las lesiones leves sean una figura privilegiada, tal argumentación tiene el inconveniente de que las calificaciones y los privilegios –y ésta es la segunda de las razones anunciadas– responden por completo a valoraciones *a priori* del legislador que resultan vinculantes para el juez, de manera que si éste no las tiene en cuenta, concurriendo sus presupuestos fácticos, comete un error. Como se ha señalado, no es éste el caso de la norma que se comenta, pues el juez puede perfectamente subsumir el hecho en el art. 399 CP prescindiendo por completo del contexto intrafamiliar.

dd) *Contexto intrafamiliar como elemento del tipo*. Para lograr su objetivo –impedir la calificación de lesiones en contexto intrafamiliar como lesiones leves, pero sin realizar un nuevo cambio de paradigma–, el legislador parece haber utilizado un mecanismo difícil de clasificar dogmáticamente, y que podría describirse como la introducción de un elemento "emergente" al tipo de las lesiones leves, con un contenido negativo respecto de la aplicabilidad del tipo penal (similar, en este último aspecto, a la "voluntad" del morador en el art. 144 CP). Por lo tanto, es necesario que dicho elemento, el contexto intrafamiliar, *no concurra* en el caso concreto para poder subsumir el hecho en el tipo de lesiones leves. Lo característico de esta clase de elementos, que hemos denominado "emergentes", es que su concurrencia en el caso concreto obliga a descartar la figura que los contiene,[30] pero no determina

[30] Por eso es que la norma no sólo contiene una regla de determinación de la pena –el hecho seguiría constituyendo lesiones leves, pero habría que sancionarlo con la pena de las lesiones menos graves–, sino una regla de subsunción.

necesariamente la aplicabilidad de una figura distinta. Esta no-determinación podría teóricamente revestir dos formas: (i) para aplicar una figura distinta es necesaria la concurrencia de requisitos adicionales a los presupuestos fácticos del elemento emergente;[31] (ii) la aplicación de una figura distinta no requiere elementos adicionales a los presupuestos fácticos del elemento emergente, pero la subsunción de los hechos bajo ella puede ser realizada con independencia de la concurrencia de tales presupuestos. Esta última es la situación que se verifica en el caso del art. 494 N° 5 CP respecto de las lesiones en contexto intrafamiliar. En efecto, si bien el legislador ha establecido *a priori* y en forma abstracta una determinada valoración de ciertos presupuestos fácticos (la presencia de un contexto intrafamiliar), de modo que cabría en teoría considerar todo hecho en el que ellos concurren como objeto de una determinada valoración legislativa, al mismo tiempo la ley no ha querido privar al juez de la facultad de decidir en concreto si utilizará esa valoración legislativa en su calificación o si, en cambio, se atendrá a los criterios generales para fundar su decisión. Dicho de otro modo: el juez no puede llegar a un resultado de subsunción que contradiga la valoración legislativa, pero sí puede subsumir correctamente prescindiendo por completo de ella. En este sentido, la concurrencia de los presupuestos fácticos de un contexto intrafamiliar es un elemento "emergente" –introduce un dispositivo de corrección del resultado de la valoración judicial, que opera sólo en caso de necesidad– y negativo del tipo de lesiones leves.

b) La sustitución del artículo 400 del Código Penal

El art. 400 CP se refiere *sólo a las lesiones graves y a las menos graves*. En su redacción anterior a la Ley N° 20.066, establecía un incremento de penalidad en los siguientes casos: (i) si los hechos se ejecutan contra alguna de las personas mencionadas en el art. 390 CP (objetos materiales del delito de parricidio); (ii) si las lesiones graves o menos graves se cometen por premio o promesa remuneratoria, por medio de veneno, o con ensañamiento (las tres circunstancias, en el sentido que tienen para el delito de homicidio calificado: art. 391 Nº 1 CP).

[31] El Código Penal contiene una norma que utiliza en forma genérica esta herramienta, el art. 71 en relación con el art. 10 N° 8 y el art. 490: si el mal no se produce por mero accidente, sino que es imputable a la conducta, tienen que concurrir además los requisitos del art. 490 para poder castigar por un delito culposo.

La nueva redacción de la norma sustituyó la referencia a los objetos materiales del delito de parricidio por una referencia a "las personas que menciona el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar". De esta manera, el aumento de las penas en un grado dispuesto en la norma se producirá en forma obligatoria cuando concurra en los hechos un contexto intrafamiliar en los términos del art. 5° de la Ley N° 20.066.

Esta redacción no presenta especiales problemas respecto de los delitos de lesiones graves. Pero como la agravante específica está llamada a operar *siempre* que se verifique el contexto intrafamiliar, cabría pensar que, a causa de la disposición agregada al art. 494 N° 5 CP, en realidad no podría operar *nunca* respecto del delito de lesiones menos graves. En efecto, cuando el contexto intrafamiliar es el fundamento de la calificación del hecho como lesiones menos graves, entonces ese mismo contexto intrafamiliar no puede fundamentar luego una agravación de la pena. Ello se debe a la prohibición de doble valoración, una consecuencia directa del principio *ne bis in idem*, recogido expresamente en el artículo 63 CP respecto de las circunstancias modificatorias: "No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo". Si el hecho es calificado como lesiones menos graves en razón del contexto intrafamiliar al tenor de la parte final del art. 494 N° 5 CP, entonces se trata de un caso en el cual la circunstancia agravante que se pretende aplicar (el contexto intrafamiliar del art. 400 CP) ya ha sido expresada por la ley al describir y penar el delito, pues su concurrencia ha desplazado la aplicación de la figura más benigna de lesiones leves.

De manera que respecto de las lesiones menos graves en contexto intrafamiliar se presentan dos alternativas. La agravante específica del art. 400 CP no se puede aplicar nunca, pues resulta violatoria del *ne bis in idem* y, por tanto, del principio de culpabilidad, o bien existen situaciones en las cuales las lesiones inferidas en un contexto intrafamiliar se consideran como lesiones menos graves con total independencia de dicho contexto. Éste sólo sería el caso si se interpreta el art. 494 N° 5 CP de tal manera que la frase final introducida por la Ley N° 20.066 se entienda como un elemento "emergente" y negativo del tipo en el sentido explicado más arriba, es decir, si se la interpreta como mera garantía de un resultado final de la subsunción judicial.

Concretamente, lo anterior significa que en un caso de violencia intrafamiliar constitutiva de lesiones que no son graves, el juez deberá ponderar en primer lugar si las "circunstancias del hecho" y la "calidad de las personas" –con prescindencia de cualquier contexto intrafamiliar– permiten calificarlo como un delito de lesiones menos graves o, por el contrario, si sólo permiten apreciar un delito de lesiones leves. Cuando el hecho es calificado como lesiones menos graves en razón de los criterios anteriores, el juez estará obligado a aplicar la agravante del art. 400 CP, si se acredita además la existencia de un contexto intrafamiliar. Si, por el contrario, el análisis y ponderación de las "circunstancias del hecho" y la "calidad de las personas" conducen a apreciar un delito-falta de lesiones leves, el juez estará obligado a calificar el hecho como lesiones menos graves en razón del contexto familiar, por aplicación de la frase final del art. 494 N° 5 CP, pero no será posible agravar la pena en virtud de la norma del art. 400 CP en comentario, pues ello implicaría una violación del principio de culpabilidad y se encuentra prohibido por el art. 63 CP.[32]

4. El delito de maltrato habitual

La legislación sobre Violencia Intrafamiliar no se ha limitado a alterar la sistemática general de los delitos de lesiones en los términos explicados. Además, ha creado un tipo penal especial, el delito de maltrato habitual. La figura se encuentra establecida en el art. 14 de la ley, y

[32] El Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago (S. de 1.IX.2006, cons. 11°) no realizó estas distinciones y procedió derechamente a desestimar la agravante del art. 400 CP en un caso calificado como lesiones menos graves, en razón de que el vínculo matrimonial entre el autor y la víctima "fue el fundamento por expreso mandato del artículo 494 N° 5 del Código Penal para definir el delito, ya que por su entidad habría sido imposible arribar a la conclusión de calificarlo como delito de lesiones menos graves". Con este criterio, la agravante prevista en el art. 400 CP no podría aplicarse nunca y la modificación legislativa sería letra muerta. Un criterio similar se sigue en la SCA Valparaíso de 28.IX.2007. Los malentendidos derivan en parte de una comprensión equivocada de la sistemática general de los delitos de lesiones en el Código Penal, que considera la calificación de las lesiones como una cuestión de medicina forense, en circunstancias que se trata de una calificación jurídica. Este error lleva a que en todos los casos en que las lesiones resultan ser "clínicamente" leves, el tribunal se considere obligado a calificar el hecho como lesiones menos graves sólo en virtud del mandato legal introducido por la Ley N° 20.066. No obstante, la misma sentencia contiene en su cons. 7° una reflexión de interés: la agravante del art. 400 CP sólo puede aplicarse respecto de los hechos descritos en los arts. 395 a 399 CP, esto es, respecto de aquellos que conforme a la sistemática base del Código constituyen hasta lesiones menos graves, y con independencia del contexto intrafamiliar añadido al art. 494 N° 5 CP como elemento emergente del tipo.

para una primera aproximación a su análisis desde el punto de vista sistemático, y particularmente en su relación con los delitos de lesiones, parece conveniente examinar los siguientes aspectos:

a) Subsidiariedad expresa del tipo y penalidad

El tipo de maltrato habitual es expresamente subsidiario, y su aplicación se excluye siempre que "el ejercicio de violencia física o psíquica" sobre la víctima –con prescindencia de la "habitualidad"– sea constitutivo de un delito cuya pena es mayor que la de presidio menor en su grado mínimo. Como en los demás casos en que la ley se refiere a "un delito más grave" o "de mayor gravedad", debe establecerse la relación de acuerdo a la pena que la ley asigna *in abstracto* en las normas de sanción correspondientes.[33] Por eso, la agravante específica establecida en el art. 400 CP en razón del contexto intrafamiliar no tiene incidencia para determinar la relación de gravedad.[34]

En el caso de las lesiones propiamente tales, el presupuesto de la subsidiariedad se verifica sólo respecto de las lesiones graves. Las lesiones menos graves, en efecto, están amenazadas con penas alternativas de relegación o presidio menores en sus grados mínimos o multa. Respecto de la pena única de presidio prevista para el delito de maltrato habitual, la pena de las lesiones menos graves es menor, y por lo tanto ellas no constituyen un "delito de mayor gravedad" que active la subsidiariedad del tipo de maltrato habitual. En consecuencia, cuando se trate de violencia física constitutiva de lesiones que no sean graves, el contexto intrafamiliar llevará a la aplicación del delito de maltrato habitual en la medida en que se verifiquen los demás presupuestos típicos de esta figura.

---

[33] Cuando el legislador ha querido tener en cuenta además "las circunstancias" del hecho, lo ha señalado expresamente, como ocurre en el art. 351 CPP; al respecto, p. ej., MATUS (2002), p. 402.

[34] Se trata de otra consecuencia del planteamiento que considera el contexto intrafamiliar como elemento emergente y negativo del tipo de lesiones leves. El marco penal del delito de lesiones menos graves, aunque exista contexto intrafamiliar, no incluye necesariamente el aumento de las penas en un grado previsto en el art. 400 CP. De lo contrario, el legislador hubiera tenido que agregar directamente las lesiones en contexto intrafamiliar a las hipótesis previstas en el art. 397 N° 2 CP (lesiones simplemente graves).

b) Requisito de procesabilidad

La ley ha previsto un requisito de procesabilidad, una condición para que el Ministerio Público pueda dar inicio a la investigación de un delito de maltrato habitual: el respectivo Juzgado de Familia debe haberle remitido los antecedentes en conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley N° 19.968. Más allá de la discusión que se ha suscitado al respecto, la norma parece valiosa en la medida en que el sistema de justicia familiar funcione en forma adecuada. En efecto, la naturaleza de los conflictos familiares aconseja, al menos en principio, que una primera apreciación del contexto y, sobre todo, de la habitualidad, sea realizada por el órgano especializado en justicia fa-miliar con el fin de impedir una escalada del conflicto o que la inter-vención de la justicia penal termine por sepultar toda posibilidad de superarlo.

Esta institución puede considerarse también una forma de enfrentar procesalmente las consecuencias de una situación que afecta a la imputación objetiva del hecho o de sus resultados, y que se presenta con cierta frecuencia en los casos de violencia intrafamiliar: la actuación a riesgo propio de la víctima. El problema, como cuestión general de imputación, se produce en los casos en que el autor y la víctima "organizan conjuntamente" la lesión de los bienes jurídicos de esta última, por lo que es posible dudar si ello no hace desaparecer la calidad de víctima del titular y, consiguientemente, la calidad de autor del otro interviniente, sea porque en la génesis del riesgo intervinieron el autor y la víctima (entrega de objetos peligrosos –máquinas, venenos, etc.– con los que el receptor luego se lesiona; contagio de enfermedades como el sida; accidentes de tránsito con intervención imprudente del lesionado; etc.), sea porque, con posterioridad a la lesión o puesta en peligro por parte del autor, la víctima adopta una conducta descuidada que agrava su situación. En general se acepta que la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima se produce en la medida en que la conducta típica y sus resultados permanezcan en el ámbito de lo que el autor y la víctima han organizado conjuntamente, que la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor (ausencia de responsabilidad por error o coacción), y que el autor no tenga un deber de protección específico respecto de los bienes de la víctima.[35]

[35] Cfr. CANCIO MELIÁ (2001), p. 349 ss.

En este sentido, es interesante que el legislador haya previsto una forma de sustraer ya desde un comienzo ciertos conflictos del ámbito penal y que, por otra parte, sólo lo haya hecho respecto del delito de maltrato habitual y no de las conductas que constituyen lesiones corporales. En efecto, el artículo 90 de la Ley N° 19.968 establece que el juez de familia debe enviar *de inmediato* los antecedentes al Ministerio Público, cuando los hechos en que se fundamenta la denuncia o la demanda revistan caracteres de delito. A este régimen hace excepción precisamente la figura de maltrato habitual (artículo 14 de la Ley N° 20.066), pues conforme al inciso 2° del artículo 90 de la Ley N° 19.968 la remisión de los antecedentes al Ministerio Público sólo procede respecto de este delito en un momento posterior, a saber, luego de que el tribunal de familia ha examinado los antecedentes *en la audiencia preparatoria o en la del juicio* propiamente tal. De esta manera, el legislador tiene en cuenta también procesalmente la incidencia de elementos genuinamente intrafamiliares en la configuración de los delitos correspondientes y su persecución.[36]

c) Elementos centrales del tipo penal

aa) Verbo rector

El *verbo rector* es ejercer violencia física o psíquica sobre una persona. Como es sabido, no se cuenta con un estudio pormenorizado y comprehensivo del concepto de violencia en el Código Penal,[37] y menos aun en las leyes especiales, de modo que, al igual que en el caso de los delitos de robo, amenazas, usurpación, violación de morada, poner manos violentas sobre un ministro de culto, etc., será preciso también aquí desarrollar especialmente el alcance de la expresión "violencia". Conforme a la tradición dogmática continental (véase más abajo cc]), sólo la dimensión física tiene relevancia en relación con los delitos de lesiones corporales.

[36] Desde una perspectiva inversa, pero coincidente en el origen, se plantea la cuestión acerca de si, por ejemplo, la mujer en cuyo beneficio se ha dictado una medida de protección es responsable del delito de desacato que el hombre comete con su intervención al quebrantarla: en sentido afirmativo para el derecho español MONTANER FERNÁNDEZ (2007), p. 1 ss.

[37] Véase, con todo, las contribuciones de MERA (1995), p. 111 ss. y BASCUÑÁN R. (2002), p. 55 ss. en el contexto de los delitos de robo.

bb) Forma de ejecución y resultado típico

En lo que respecta a la relación sistemática de esta figura con los delitos de lesiones, es importante constatar que el tipo del delito de maltrato habitual *no contempla una determinada forma de ejercicio de la violencia ni exige la producción de un determinado resultado*. Ello tiene dos consecuencias fundamentales. Por una parte, significa que toda forma de lesión corporal que no sea grave queda comprendida en el maltrato habitual (y realizará el tipo cuando se verifiquen los demás requisitos de contexto y habitualidad). Por otra, y desde la perspectiva inversa, puede significar que existen formas de ejercicio de violencia física que no constituyen lesiones, pero sí resultan típicas bajo la forma de maltrato habitual. En este sentido: (i) nada parece oponerse a la apreciación de maltrato habitual por omisión, una forma de conducta cuya aceptación como típica ya era relativamente pacífica en la doctrina tratándose de las lesiones menos graves;[38] (ii) la figura de maltrato habitual equivale a la penalización, bajo los presupuestos de habitualidad y contexto intra-familiar, de las denominadas "vías de hecho", que se comenta en el apartado siguiente.

cc) Las "vías de hecho"

Es sabido que en la doctrina existió cierta discusión en torno a si es posible subsumir en los arts. 399 y 494 N° 5 CP hechos en los cuales el maltrato infligido a la víctima no deja huellas físicas, en el sentido de que no provoca alteraciones orgánicas o fisiológicas perceptibles. Esta clase de afectaciones de la salud se conoce tradicionalmente en la doctrina como *vías de hecho*. Sin embargo, entretanto el propio legislador ha ido eliminando buena parte de los argumentos invocados por quienes eran partidarios de considerar las vías de hecho como lesiones.[39] Así ocurre, por ejemplo, con la creación del delito de torturas por la introducción al Código Penal de los arts. 150 A y 150 B. Si, por otra parte, se analiza con cuidado el art. 140 CP, resulta sencillo concluir que cuando el autor pone manos violentas sobre un ministro de culto, lo que está haciendo según la ley es "*injuriarlo* de hecho". Por eso, la Corte de Apelaciones de San Miguel podía constatar hace casi diez años que la doctrina y

[38] POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ (2004), p. 117.

[39] ETCHEBERRY (1998), p. 116; GARRIDO MONTT (1998), p. 159 s.

jurisprudencia mayoritarias se inclinan por rechazar el tratamiento de las vías de hecho como delito de lesiones.[40] Al parecer, el castigo de las meras vías de hecho pasa, como ocurre en otras legislaciones (v.gr. la alemana[41]), por tipificarlas de un modo expreso, intentando en lo posible poner límites a la inagotable casuística que caracteriza a esos sistemas.

Una tipificación expresa aunque compleja de las vías de hecho es la que contiene el art. 14 de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar. El tipo puede realizarse, en lo que aquí interesa, cuando el autor ejerce violencia física sobre la víctima o las víctimas. Si lo hace en forma habitual y en un contexto intrafamiliar, es indiferente que la violencia física ejercida no provoque ninguna alteración fisiológica u orgánica, siempre que implique un sufrimiento físico de cierta entidad.[42] Así, por ejemplo, probablemente no constituiría maltrato habitual hacer cosquillas o lanzar bombas de agua, pero sí podría serlo cortar o arrancar los cabellos, retrasar por lapsos prolongados de tiempo la entrega de alimentos, someter forzadamente y por largo tiempo a ruidos ensordecedores o irritantes[43] o bien a olores nauseabundos, zamarrear enérgicamente, mantear, provocar la caída de la víctima, etc., siempre que concurra el requisito de habitualidad respecto de estas conductas o de ellas y otras semejantes. El desarrollo de una casuística acerca de lo que constituye ejercicio de violencia en el sentido del delito de maltrato habitual será inevitable.

dd) El "contexto intrafamiliar"

El *contexto intrafamiliar* es un elemento del tipo penal y se encuentra definido en el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, fundamentalmente en términos de "relaciones particulares" del delincuente con el ofendido (para usar la expresión del art. 64 CP), lo que se extiende

---

40 SCA San Miguel, de 12.VII.1999.

41 El § 223 StGB sanciona a quien maltrata corporalmente a otro o daña su salud. La fórmula acuñada por la jurisprudencia para "concretar" el maltrato corporal exige que se esté frente a "un tratamiento desagradable e inadecuado, mediante el cual se afecta el bienestar corporal de la víctima de una manera que va más allá de lo meramente irrelevante".

42 Acertadamente, el Tribunal de Garantía de Illapel, en sentencia de 26.I.2006, sólo analiza la posibilidad de que concurran lesiones en ausencia de alteraciones físicas u orgánicas una vez que ha descartado, por falta de habitualidad, el delito de maltrato habitual (cons. 4°, 5° y 6°).

43 Ejemplo utilizado por POLITOFF / BUSTOS / GRISOLÍA (2001), p. 207.

también al supuesto contenido en la parte final del inciso 2° del art. 5°: también hay violencia intrafamiliar cuando la violencia recae en "persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar". En este caso, no obstante, el elemento típico parece atender más bien a la discapacidad o minoría de edad de la víctima que a sus relaciones con el autor y, de hecho, la referencia a los integrantes de un "grupo familiar" resulta bastante confusa. Esta distinción podría tener alguna relevancia respecto de los problemas del error y de la comunicabilidad que se analizarán luego. En cualquier caso, el contexto intrafamiliar se encuentra delimitado con bastante claridad en la ley, salvo en lo que se refiere al concepto de "grupo familiar".

ee) Habitualidad

Finalmente, el tipo penal exige *habitualidad* y proporciona cuatro criterios para enjuiciarla, los que deben utilizarse en forma simultánea: (i) debe tenerse en cuenta el número de actos, así como (ii) la proximidad temporal entre ellos; (iii) es indiferente que las víctimas de los actos de violencia sean personas diversas; (iv) no inciden en el juicio de habitualidad los actos anteriores sobre los que haya recaído sentencia penal condenatoria o absolutoria.

Esta norma presenta una serie de problemas técnicos y dará origen con seguridad a innumerables dificultades de interpretación.

d) Consecuencias sistemáticas y concursos

Desde el punto de vista sistemático, la introducción del delito de maltrato habitual viene a confirmar que las vías de hecho en general no son punibles como delito de lesiones. Por lo tanto, el delito de maltrato habitual puede concurrir con las injurias livianas (496 N° 11 CP), con las amenazas del art. 494 N° 4 CP, con las coacciones del art. 494 N° 16 CP, etc., y en todos estos casos, verificándose los demás requisitos, primará por consunción el delito de maltrato habitual.

Tratándose de figuras que constituyen crímenes o simples delitos amenazados con una pena mayor que la de presidio menor en su grado mínimo, la subsidiariedad expresa del tipo de maltrato habitual llevará –

respecto de ese hecho y en relación con el maltrato habitual– a descartar todo concurso aparente de leyes (por ejemplo, sólo se aplicará el art. 367 inciso 2° CP) y tornará inaplicable la regla del art. 75 CP para los casos de concurso ideal (sólo se aplicará la pena del delito más grave: por ejemplo, la prevista en el art. 142 N° 2 CP), pero no impedirá la apreciación de un concurso real en los casos en que, aparte del crimen o simple delito, el sujeto ha realizado otros actos que en su conjunto reúnen los requisitos típicos del art. 14 de la Ley N° 20.066. Si, en cambio, algunos hechos constituyen un crimen o un simple delito amenazados con una pena igual o inferior que la de presidio menor en su grado mínimo, será preciso decidir entre la aplicación de la figura del maltrato habitual y la apreciación de una reiteración de delitos.

Esta situación se presenta precisamente en los casos en que el maltrato habitual está constituido por varios actos de violencia física, cada uno de los cuales realiza el tipo penal de las lesiones menos graves. Como el delito de lesiones menos graves no es "un delito de mayor gravedad" que el maltrato habitual, no operará la subsidiariedad del tipo penal de maltrato habitual. Por lo tanto, cabe la posibilidad de apreciar un solo delito de maltrato habitual –con una pena de presidio menor en su grado mínimo–, o bien, considerar que en los hechos concurre una reiteración del delito de lesiones menos graves. Para determinar la penalidad en este último caso habría que recurrir a las reglas del art. 351 CPP. Ya que varias lesiones corporales nunca pueden estimarse como un solo delito (esto no es discutido, al menos en el ámbito de los delitos dolosos), corresponde aplicar la pena del delito que con sus circunstancias la merezca más grave, aumentándola en uno o dos grados según el número de delitos. Todo ello, siempre que la acumulación material reglada en el art. 74 CP no resulte más favorable para el condenado. Es decir, en cualquier caso resultaría más beneficioso para el autor que se le condenara por el delito de maltrato habitual. Esto pone en evidencia una vez más que el delito parece estar diseñado especialmente para captar las hipótesis conocidas como "vías de hecho" en el contexto intrafamiliar, exigiendo para su punibilidad el requisito adicional de la habitualidad. Por el contrario, siempre que se producen fricciones con los delitos de lesiones, el sistema elaborado por el legislador muestra sus falencias.

5. La problemática del error sobre el contexto intrafamiliar

Tanto el delito de maltrato habitual como las lesiones que no son graves prevén como elemento del tipo lo que se ha llamado "contexto intrafamiliar", definido en los términos del art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar. Pero mientras que en el delito de maltrato habitual se trata de un elemento del tipo que responde al modelo tradicional, y en esta medida no presenta particularidades en materia de error, en el caso de las lesiones que no son graves el contexto intrafamiliar es sólo un elemento emergente o eventual que define negativamente, por exclusión, el delito-falta de lesiones leves. En efecto, la constatación del contexto intrafamiliar sólo será relevante para la subsunción del hecho cuando el tribunal, una vez que lo ha valorado atendiendo a las circunstancias y a la calidad de las personas, ha llegado a la conclusión de que se ha realizado el tipo de lesiones leves. En tal caso, el juez debe preguntarse si no concurre además el contexto intrafamiliar. Si la respuesta es afirmativa, estará obligado a calificar el hecho como lesiones menos graves, pero no podrá aplicar la agravante correlativa del art. 400 CP.

Desde el punto de vista de la imputación subjetiva, por lo tanto, en principio el conocimiento del hecho y sus circunstancias imputable al autor debe incluir el contexto intrafamiliar para poder atribuirle subjetivamente el hecho a título de dolo. Si no es posible imputar al autor el conocimiento del contexto intrafamiliar, será preciso examinar la evitabilidad de su desconocimiento o, lo que es lo mismo, su excusabilidad. Si el desconocimiento es excusable, quedará excluida la posibilidad de sancionar al autor considerando el contexto intrafamiliar, de manera que el hecho constituirá un delito-falta de lesiones leves o un simple delito de lesiones menos graves según los criterios generales (las circunstancias del hecho, la calidad de las personas). Si el desconocimiento no es excusable, sino imputable al mismo autor, la solución depende de la posición que se sustente sobre el tratamiento del error y, cuando se adopta una perspectiva que distingue los errores según su objeto, del "tipo" de elemento que constituya el contexto intrafamiliar.

En Chile, la doctrina y la jurisprudencia distinguen entre error de tipo y error de prohibición –es decir, definen y tratan los errores según su objeto–, y por lo tanto resultan posibles dos escenarios. Si se considera

que el contexto intrafamiliar es un elemento "normativo" del tipo –como lo es, por ejemplo, la ajenidad de la cosa en el hurto–, cualquier desconocimiento del contexto intrafamiliar, aunque sea inexcusable, excluiría el dolo del delito en cuestión. Se trata de un régimen beneficioso para el autor, pues en las figuras que aquí interesan el contexto intrafamiliar parece revestir un estatus semejante a aquél que ostentan las relaciones descritas en el art. 390 CP para fundamentar el delito de parricidio. Cuando el sujeto desconoce los presupuestos fácticos de la relación que lo liga a la víctima y le da muerte, comete el delito de homicidio simple, aunque el desconocimiento sea inexcusable. Esto se debe a que el desvalor de acción que explica la penalidad más elevada del parricidio sólo concurre cuando al sujeto se le puede imputar el conocimiento de las relaciones, y por eso es que la ley lo ha exigido expresamente en el tipo.[44] Algo análogo podría sostenerse aquí respecto del contexto intrafamiliar, aunque la ley no exprese el requisito de conocimiento.[45] En consecuencia, si el autor desconoce, aunque sea inexcusablemente, la existencia de un contexto intrafamiliar en el sentido de la ley (error de tipo evitable), su conducta sólo puede subsumirse en el tipo de lesiones leves o de lesiones menos graves en atención a los criterios generales del art. 494 N° 5 CP.

La otra alternativa consiste en considerar los tipos penales de lesiones y de maltrato habitual como leyes en blanco (al menos en términos concluyentes), de modo que el art. 5° de la Ley N° 20.066 sería su norma de complemento. Ello obligaría a diferenciar entre el desconocimiento de los presupuestos fácticos del contexto intrafamiliar (error

---

[44] Ello es coherente con la regla del art. 1° inciso 3° CP, con independencia de la discusión acerca de si la norma se refiere también a la *aberratio ictus*. Alguna doctrina suele explicar esta situación señalando que la expresión legal "conociendo las relaciones que los ligan" tiene, entre otros, el sentido de excluir el parricidio culposo, que curiosamente pasaría a ser homicidio culposo. Así, "el sujeto que no sabía, pero que debía saber, que la víctima era su padre, comete *homicidio culposo*" (POLITOFF / BUSTOS / GRISOLÍA [2001], p. 90 s.). Pero no se entiende por qué un sujeto que dirige conscientemente su acción a matar a otro va a ser responsable de homicidio culposo simplemente por no advertir que la víctima era su padre.

[45] La analogía estaría justificada tanto por razones materiales como formales. Con respecto a estas últimas véase, por ejemplo, la nueva redacción del art. 400 CP en relación con la antigua (se sustituyen como causa de agravación las relaciones previstas en el art. 390 CP por las previstas en el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar); asimismo, fue esta misma ley la que modificó el alcance de las relaciones exigidas por el tipo del parricidio (el art. 21 letra a] Ley N° 20.066 agrega al cónyuge el conviviente).

de tipo) y el desconocimiento de la valoración jurídica del contexto (error de prohibición). Con respecto al error de tipo regiría lo ya expresado en la hipótesis anterior. En cambio, cuando el sujeto conoce los presupuestos fácticos del contexto intrafamiliar, pero desconoce inexcusablemente su significado para el ordenamiento jurídico, en el sentido de que tal contexto tiene la potencialidad de co-fundar un injusto mayor, se estaría frente a una hipótesis de error evitable de prohibición, tratado por la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema según los postulados de la teoría de la culpabilidad (es decir, el error deja subsistente el dolo pero puede atenuar la culpabilidad).[46]

Por lo tanto, en esta última hipótesis el hecho podría calificarse tomando en cuenta el contexto intrafamiliar. Si ello no es necesario, porque para calificarlo como lesiones menos graves bastaban los criterios generales, podría presentarse una discusión análoga a la del error sobre el contexto como elemento del tipo respecto de la circunstancia agravante del art. 400 CP. Es decir, acerca de si para aplicar la agravante basta con que el sujeto tuviera conocimiento de los presupuestos fácticos del contexto familiar, o si además se ha de exigir cierto conocimiento de su significación jurídica. En estricto rigor, no existiría ninguna razón para conceder eficacia a un error de esta clase respecto de un elemento fundante del injusto, y luego negarle dicha eficacia cuando el mismo elemento aparece surtiendo un efecto meramente agravante. Por lo tanto, el error inexcusable sobre los presupuestos de la agravante excluiría su aplicación, pero no lo haría el error sobre su significación jurídica.[47]

La situación descrita en la parte final del art. 5° inciso 2° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar tiene un carácter más "real" que las demás relaciones descritas en la norma, y en esta medida podría constituir una excepción en cuanto al tratamiento del error. En efecto, el precepto se refiere a situaciones definidas por dos elementos diversos. Por una parte, la víctima de la violencia debe ser menor de edad o discapacitada: se trata de un elemento por completo ajeno a las relaciones entre la víctima y el victimario. Por otro lado, la víctima debe encontrase bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar al que

---

[46] Véanse especialmente SCS 4.VIII.1998 y SCS 23.III.1999.

[47] Sobre el propio punto de vista, que relativiza la distinción de los errores según su objeto, véase VAN WEEZEL (2008), passim.

pertenece el victimario y, en esta medida, existiría un vínculo "indirecto" (mediado por el "grupo familiar") entre los sujetos del delito. Sin embargo, ambos elementos se encuentran en una relación asimétrica, pues la exigencia de que la violencia se ejerza sobre personas menores o discapacitadas sólo es un requisito adicional para incluir la mencionada relación "indirecta" entre las relaciones intrafamiliares identificadas en el art. 5° de la Ley N° 20.066. Para ampliar en estos términos –todavía más comprehensivos que la ya amplísima formulación del inciso primero– el ámbito de aplicación de la ley, el legislador exige adicionalmente una situación objetiva de desvalimiento en la víctima de la violencia. De allí que el error del sujeto activo acerca de su vínculo (indirecto) con la víctima deba tratarse del modo señalado más arriba –en la variante que se considere más acertada– también cuando dicho error recae sobre la extensión de su "grupo familiar". Lo propio vale respecto del error acerca de la discapacidad o la menor edad de la víctima en lo que dice relación con la aplicación de la Ley N° 20.066, pues, según se ha visto, la exigencia de estas características personales es la contrapartida objetiva de la ampliación subjetiva del ámbito de aplicación de la ley. Por esta razón, a nuestro juicio ambos elementos deben recibir un tratamiento funcionalmente análogo.

6. ¿Maltrato físico no constitutivo de delito?

De lo expuesto precedentemente se desprende que la única forma de maltrato físico en contexto intrafamiliar que no es constitutiva de delito son las vías de hecho que no tienen el carácter de habituales. En efecto, si la conducta aislada excede de las vías de hecho, será constitutiva de lesiones menos graves. Si la conducta no es aislada y excede de las vías de hecho, será posible apreciar un delito de maltrato habitual o una reiteración de lesiones menos graves. Y, finalmente, si la conducta no es aislada y se mantiene en el ámbito de las vías de hecho, constituirá el delito de maltrato habitual.

Por esta razón, cuando el art. 8° en relación con el art. 6° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar se refiere al "maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar" que no constituya delito, y le asigna las sanciones de multa que allí se detallan, se refiere a actos de violencia psíquica, a vías de hecho, o a una combinación de ambos, siempre que no exista habitualidad.

7. La circunstancia mixta del artículo 13 del Código Penal

Siempre que para subsumir un hecho en un tipo penal que implique ejercicio de violencia física o psíquica sobre la víctima, o para agravar la responsabilidad por él, se tenga en cuenta el contexto intrafamiliar, la circunstancia del art. 13 CP no podrá surtir efecto agravante –respecto de las personas que señala: se trata de un círculo más restringido que el del art. 5° de la Ley N° 20.066– en razón de la prohibición de doble valoración (art. 63 CP).

A diferencia de lo que ocurre con las calificantes, las privilegiantes y las circunstancias específicas de aplicación obligatoria, en donde la valoración es adoptada *in abstracto* por el legislador, las circunstancias modificatorias genéricas pertenecen al ámbito de la individualización judicial de la pena. De allí que en cuanto al efecto atenuante del art. 13 CP sea preciso distinguir dos situaciones diversas:

a) Si la relación entre el sujeto activo y la víctima ya ha sido valorada *por el juez* al subsumir el hecho en el tipo o al agravar la responsabilidad del autor, en principio el tribunal no puede acto seguido valorar dicha relación en la dirección inversa, para atenuar la responsabilidad.

b) Si, en cambio, la relación entre los sujetos ha sido valorada *in abstracto* por el legislador al momento de definir el tipo o de establecer agravaciones obligatorias de la responsabilidad penal, el tribunal bien puede considerar las relaciones enunciadas en el art. 13 CP como base para una atenuación de la pena *en el caso concreto*. Por ejemplo: el padre se excede moderadamente en el ejercicio del derecho de corrección de su hijo menor, causándole lesiones de escasa entidad, y el juez se ve obligado a calificarlas como menos graves en razón de la cláusula introducida por la Ley N° 20.066 en el art. 494 N° 5 CP; en este caso, el tribunal podría considerar el parentesco (y el derecho de corrección que emana de él) como fundamento de una atenuación conforme al art. 13 CP. Como se puede advertir, se trata aquí de casos en los que tampoco será procedente la agravación prevista en el art. 400 CP, por lo que la atenuante del art. 13 CP ni siquiera debe concurrir con aquella agravante de eficacia extraordinaria.

8. Intervención delictiva en los delitos con contexto intrafamiliar

La nueva legislación penal sobre violencia intrafamiliar persigue dos objetivos:

(i) Ampliar la punibilidad de las formas de violencia que se presentan en el ámbito que la Ley N° 20.066 define como "intrafamiliar", fundamentalmente a través de la creación del tipo de maltrato habitual, que se extiende, como se ha visto, a las vías de hecho y a formas de maltrato psíquico que anteriormente eran atípicas.

(ii) Elevar la penalidad de conductas que ya eran típicas. Esta exasperación penal se produce en los casos en que el delito de maltrato habitual se superpone a una reiteración de faltas (por ejemplo: injurias livianas o coacciones), y también en las hipótesis de lesiones que, con anterioridad, habrían sido consideradas como leves (oración final del art. 494 N° 5 CP), o bien respecto de lesiones menos graves que resultarán agravadas en razón del contexto intrafamiliar (agravante del art. 400 CP).[48]

Tanto la ampliación de punibilidad como la exasperación de las penas encuentran su fundamento en la existencia de un contexto intrafamiliar, que el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar define tanto en términos de determinadas relaciones entre el autor y la víctima como en función de ciertas características que suponen una mayor indefensión de esta última, en la medida en que la víctima además se encuentre vinculada a lo que la ley denomina "grupo familiar" del autor. Es decir, también en esta última hipótesis prevista en la parte final del inciso 2° del art. 5° de la Ley N° 20.066 debe concurrir, además de un elemento objetivo de indefensión (minoría de edad, discapacidad), una especie de relación "personal" (que puede ser indirecta) entre el autor y la víctima.[49]

---

[48] En cambio, no se produce –posiblemente contra la previsión del legislador, por defectos de técnica legislativa– en los casos de reiteración de lesiones menos graves, donde la aplicación de la figura de maltrato habitual resulta más benigna para el hechor.

[49] Con todo, y tal como se anticipó, sería posible sostener que en estos casos la ley atiende más bien al contexto objetivo de indefensión, lo que permitiría afirmar a nivel de intervención delictiva que en estas hipótesis ni siquiera existe un deber cualificado de solidaridad. Sobre ello véase a continuación en el texto.

Las razones filosóficas, sociológicas y psicológicas por las que el legislador ha decidido convertir lo que entiende por contexto intrafamiliar en una razón para ampliar la punibilidad e incrementar las penas en la forma indicada pueden ser más o menos plausibles, y las normas resultantes deben ser políticamente enjuiciadas desde el punto de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Desde una perspectiva estrictamente dogmática, se plantea la interrogante acerca de si –según la estructura de la regulación– el desvalor de que es portador el contexto intrafamiliar alcanza sólo a quienes se encuentran personalmente relacionados con la víctima en los términos del art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, o si también se extiende a quienes intervienen de alguna forma en el maltrato sin encontrarse en dicha relación personal con la víctima. Se trata, por tanto, de dilucidar si el contexto intrafamiliar convierte a los delitos cometidos en tal contexto en delitos especiales y, en su caso, de qué clase de especialidad se trata para los efectos de la comunicabilidad.

a) La discusión en torno al delito de parricidio

Mientras que la interpretación de la circunstancia mixta del art. 13 CP no ha suscitado mayor controversia (se ha entendido siempre que sólo se aplica a aquellos en quienes concurre personalmente, en los términos del art. 64 CP), la cuestión estuvo lejos de ser pacífica respecto de la relación exigida por el art. 390 CP para calificar el delito de homicidio. De hecho, es posible que la controversia en torno a la comunicabilidad en el delito de parricidio en los años 40 y 50 del siglo pasado sea uno de los capítulos más interesantes de la historia dogmática nacional. Como esta discusión guarda una estrecha relación tanto formal como material con la problemática que aquí interesa, resulta ilustrativo hacerse cargo de ella en forma previa y sintética.

La discusión se refiere, en primer término, a los casos en que el ejecutor material ostenta la cualificación (*intraneus*) que no se verifica en el partícipe (*extraneus*). De las reglas sobre accesoriedad cuantitativa, es decir, de las normas para la determinación de las penas de los cómplices y los encubridores (art. 51 y siguientes del Código Penal), Schweitzer y Schepeler concluyen que el sistema del Código no podría sino basarse también en una accesoriedad cualitativa (es decir, referida a la

cualificaciones personales).[50] Por lo tanto, resultaría inadmisible una ruptura del título de imputación en el castigo de los partícipes, lo que ocurriría si se castigara al autor cualificado como parricida y, en cambio, al partícipe no cualificado como cómplice en un homicidio. En opinión de Schepeler, sin embargo, este razonamiento basado en la accesoriedad de la participación no es aplicable a los coautores, cuya responsabilidad no sería accesoria. Por lo tanto, el coautor *extraneus* responde a título de homicidio, mientras que el coautor *intraneus* lo hace a título de parricidio.

Frente a esta posición se encuentra la tesis de Politoff, Bustos y Grisolía,[51] según la cual el argumento de la accesoriedad bien puede ser decisivo en aquellos delitos donde la cualificación personal es un elemento fundante del injusto, pero no lo es en aquellos donde dicha cualificación no es más que una circunstancia agravante incorporada por el legislador al tipo penal, como las que menciona el art. 63 CP. Estos casos se reconocen principalmente en que, si se prescinde de la circunstancia o cualificación, el hecho no pierde su carácter delictivo (como ocurre, por el contrario, con los delitos que exigen ánimos o tendencias sin las cuales el hecho pasa a ser irrelevante penalmente). Por lo tanto, cuando la cualificación no es más que una circunstancia agravante inserta en el tipo penal, nada impide aplicar la regla de incomunicabilidad de las circunstancias personales establecida en el art. 64 CP. La relación personal sólo agrava la responsabilidad de aquél en quien concurre, y en consecuencia sólo quienes personalmente ostentan las características exigidas por la figura agravada responden en virtud de ese título. Tal sería el caso del art. 390 CP: sólo aquellos en quienes concurren las relaciones personales allí descritas responden a título de parricidio. Este planteamiento puede considerarse dominante en la doctrina y la jurisprudencia actuales.[52]

Con respecto a los casos en que el ejecutor material es el *extraneus*, mientras que el *intraneus* interviene como partícipe, quienes basan su planteamiento en el principio de accesoriedad resuelven coherentemente el problema defendiendo la unidad del título de imputación.[53] Por consiguiente, tanto el *extraneus* como el *intraneus* responderán como

---

[50] SCHWEITZER (1948), p. 198 s.; SCHEPELER (1953), p. 49 ss.

[51] POLITOFF / BUSTOS / GRISOLÍA (2001), p. 97 ss.

[52] Cfr. ETCHEBERRY (1987), p. 330 ss.

[53] SCHWEITZER, D. (1948), p. 199; SCHEPELER (1953), p. 57.

intervinientes en un delito de homicidio. Politoff, Bustos y Grisolía se suman a este planteamiento pues, en su opinión, es preciso estar al tipo legal que efectivamente se ha realizado.[54] De lo contrario, el *extraneus* sería partícipe en un delito que no se ha cometido. En este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia.

Finalmente, Garrido Montt[55] ha sostenido un planteamiento que podría denominarse "teoría subjetiva extrema", y que hace responder a cada interviniente según el contenido de su propio dolo, con independencia de su cualificación personal, pero teniendo en cuenta su rol en la realización del tipo. Así, por ejemplo, si el ejecutor es un *extraneus*, responderá a título de homicidio, mientras que el cómplice *intraneus* será castigado a título de complicidad en un delito de parricidio.

Todas estas posiciones tienen ventajas y desventajas desde el punto de vista práctico, que no es del caso analizar en este lugar. No obstante, en general subyace a ellas una concepción algo mecanicista de la intervención delictiva que atribuye una relevancia quizá excesiva a la ejecución material, de propia mano, del hecho.

b) La problemática en los delitos con contexto intrafamiliar

Como se puede apreciar, la cuestión que es preciso resolver radica en si el desvalor del que, según la ley, es portadora la cualificación de un interviniente se extiende o no a los demás. Se trata por tanto de saber si el injusto que contiene el tipo especial es plenamente "accesible" a terceros en quienes la cualificación o relación no se verifica. A nuestro juicio, esta pregunta debe responderse negativamente sólo respecto de aquellos delitos a los que subyace la infracción de un deber que va más allá del deber general de no dañar a otro. Cuando la cualificación o relación obliga al sujeto a resguardar un bien jurídico, incluso con independencia de que este bien resulte afectado por la conducta de terceros o por el acaso (hechos no imputables a persona alguna), entonces tal relación (o cualificación) es el reflejo de una posición jurídica que el ordenamiento jurídico atribuye precisamente a ese sujeto y que no es comunicable a terceros. Esta clase de posiciones jurídicas, que constituyen un estatus en

[54] POLITOFF / BUSTOS / GRISOLÍA (2001), p. 100 ss.
[55] GARRIDO MONTT (1998), p. 82.

la sociedad, se expresan en lo que un sector de la doctrina ha llamado "deberes positivos" (pues no se limitan al *neminem laede*) o "deberes institucionales". Tal es el caso, por ejemplo, del deber del funcionario público establecido en el art. 233 CP, respecto de los caudales o efectos que tiene a su cargo. Lo mismo ocurre con el deber establecido en el art. 150 A inciso 2° CP y con los deberes de los padres respecto de la vida y la integridad corporal de sus hijos. En todos estos casos, y en otros más, el sujeto del deber positivo está obligado –en los límites de su posición de garante y de los tipos penales correspondientes– a resguardar el bien jurídico que se le ha confiado incluso aunque el riesgo para dicho bien proceda de terceros, de la naturaleza o, en ocasiones, de su propio titular. La infracción de esta clase de deberes no se comunica a terceros, de la misma manera que no es comunicable el estatus de funcionario público, padre o madre, etc.

La forma en que se articula esta distinción entre deberes positivos y negativos depende del régimen al que el derecho positivo somete los llamados delitos especiales. Así, en algunas legislaciones se regula expresamente la comunicabilidad de las cualificaciones fundantes del injusto y en otras no. Esta última situación conduce, como ha ocurrido en Chile, a tener que optar entre dejar impune al colaborador *extraneus* en un delito de infracción de un deber y castigarlo como si fuera el mismo obligado institucional. Tratándose de aquellos delitos de infracción de un deber que según la doctrina tradicional son delitos especiales impropios, la ausencia de regulación lleva a conceder al *extraneus* un régimen más benigno que el que corresponde al desvalor de su conducta.[56]

[56] La aceptación de las categorías expuestas implica, en efecto, dividir el título de imputación en los delitos de infracción de un deber que tradicionalmente se consideran como delitos especiales impropios. Por ejemplo, si un funcionario comete el delito de malversación de caudales públicos con la ayuda de un particular, el primero será castigado a título de malversación, mientras que el segundo será punible –dependiendo de la forma de comisión del hecho– a título de hurto, estafa o de alguna defraudación. Pero como el particular *además* ha contribuido a la realización del tipo especial y no es cuestión de prescindir simplemente de este mayor desvalor de su conducta, se presenta el mismo problema que cuando el delito cometido por el funcionario es un delito especial propio, es decir, donde no existe un delito común base, como ocurre en el caso de la prevaricación. En tales casos se requiere una norma que extienda la punibilidad al *extraneus*, reconociéndole una atenuación de la pena (además de la que le corresponde por no ser el "autor" del hecho, ya que un *extraneus* nunca puede infringir el deber institucional). Esta misma norma es la que habría que aplicar para resolver el problema del mayor desvalor de la conducta del *extraneus* en los delitos especiales impropios: en estas situaciones se produce un concurso aparente de leyes penales, donde prima por

Desde esta perspectiva es preciso preguntarse si las relaciones que configuran el contexto intrafamiliar en el sentido del art. 5° de la ley sitúan a quienes las ostentan en una posición de garante de carácter institucional. Una buena herramienta para responder a esta pregunta consiste en preguntarse si las relaciones allí enumeradas fundamentarían una posición de garante distinta de la injerencia o la asunción, es decir, si la sola existencia de la relación obliga a una persona a proteger a la otra de eventuales riesgos, al menos para su vida y su integridad física o psíquica, de tal manera que, si no lo hace, responde como autor del delito de resultado (homicidio, lesiones, etc.) que corresponda. De acuerdo a los criterios generalmente utilizados por la doctrina y la jurisprudencia comparadas la respuesta es, en la gran mayoría de los casos, negativa: tal deber no existe entre personas que no están casadas (en la doctrina se discute incluso si existe entre marido y mujer, por el hecho de serlo), ni para los abuelos en relación con los nietos, ni respecto de los hijos que no son propios ni adoptados, ni respecto de los parientes por afinidad, etc.[57] Alguna discusión podría darse respecto de quienes son actualmente convivientes, pero en este caso –al igual que respecto de la relación entre un conviviente y los hijos menores del otro– la jurisprudencia comparada se inclina más bien por una posición de garante de carácter no institucional, como la asunción.[58]

---

especialidad el delito especial, cuya pena podría imponerse atenuada al particular. Pues bien, en Chile no existe una norma semejante, y ello ha traído como consecuencia que la jurisprudencia mayoritaria afirme sin más la comunicabilidad de las cualificaciones personales en toda clase de delitos (aunque preferentemente en los especiales propios, para evitar "lagunas de punibilidad"), pero sin reconocer otra rebaja de la pena para el *extraneus* que la que se derive de su grado de intervención en el hecho. Esta situación es injusta y la doctrina, con razón pero no siempre con argumentos, se opone mayoritariamente a ella. Cfr. SÁNCHEZ-VERA (2002), p. 37 ss.; para la recepción en Chile de la categoría de los delitos de infracción de un deber véase OSSANDÓN (2006) p. 1 ss.

57 En la doctrina chilena, y por razones político-criminales contrario al reconocimiento de posiciones de garante basadas en deberes de solidaridad, CURY (2005), p. 683: "Prodigar [la reacción penal] con el objeto de crear una sensibilidad social, además de infructuoso, puede prestarse a todo género de abusos".

58 Sobre la situación en Alemania, aunque con una perspectiva personal que difiere del criterio utilizado por la jurisprudencia mayoritaria, PERDOMO TORRES (2006), passim.; cfr. también JAKOBS (1991), 29/70, quien pese a aceptar la "confianza especial" como posición de garante institucional, afirma que "la convivencia *per se* no constituye una institución elemental jurídicamente garantizada y por eso tampoco es fundamento por sí misma de deberes de garante". Sobre la realidad española véanse BUSTOS (2004), p. 1003 ss. (el art. 11 CP español acogería la teoría de las fuentes formales) y DOPICO GÓMEZ-ALLER (2006), passim.

La pregunta que surge entonces es si, asumiendo el estado actual de la discusión dogmática, no será apropiado distinguir en cada caso según el *tipo de relación* que, de entre las enumeradas en el art. 5° de la ley, concurre entre el autor y la víctima del delito a la hora de determinar la comunicabilidad del contexto intrafamiliar a terceros intervinientes. A una disyuntiva *similar* se llega si se aplica el criterio desarrollado por Politoff, Bustos y Grisolía para los casos en que el ejecutor material del parricidio es el *intraneus*. Es decir, habría que distinguir las situaciones en las que el *intraneus* es, por ejemplo, el padre de la víctima, de aquellas en las que la víctima es un menor que se encuentra al cuidado de su conviviente. En las primeras, el *extraneus* sería responsable según el delito común que corresponda –lesiones leves, lesiones menos graves, coacciones o injurias livianas reiteradas, etc.–, mientras que en las últimas respondería como interviniente en el delito de lesiones menos graves en contexto intrafamiliar (es decir: leves pero re-calificadas como menos graves, o menos graves pero agravadas) o bien en el delito de maltrato habitual.

A nuestro juicio, lo anterior responde difícilmente al sentido de las normas de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar. En efecto, el sentido de la normativa parece hacer sido, bien el establecimiento sociológicamente motivado de figuras típicas y agravaciones de la pena con independencia de eventuales posiciones de garante de índole institucional, bien la deliberada puesta en marcha de un proceso social destinado a ampliar significativamente los deberes positivos hacia relaciones que hasta el momento carecen de reconocimiento institucional o sólo cuentan con uno muy precario. En todos estos casos, por tanto, se parte de la base de que actualmente no existen deberes institucionales que tengan su origen en el contexto intrafamiliar definido en el art. 5° de la Ley N° 20.066.[59]

Por eso es que, en nuestra opinión, la racionalidad de las normas penales sobre violencia intrafamiliar no responde (o al menos no aún) a la de los deberes institucionales, sino a deberes de solidaridad cualificados respecto de los que subyacen a la figura de la omisión de

[59] Ilustrativa al respecto es la SCA La Serena de 8.I.2007, que tuvo por bien aplicado el derecho en un caso en que el "contexto intrafamiliar" para el delito de maltrato habitual fue establecido en virtud de una relación de convivencia homosexual. El voto disidente pone de relieve que, sin embargo, muy probablemente la misma Corte no estaría dispuesta a apreciar un delito de parricidio sobre la base de una relación de esta naturaleza.

socorro (art. 494 N° 14 CP). Las relaciones enumeradas en el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar dan origen a deberes de solidaridad más intensos que los que existen entre personas completamente extrañas entre sí, pero *no fundamentan por sí solas una posición de garantía institucional*. Por esta razón, el sujeto activo responde sólo por las consecuencias de su organización y no como quien está especial y positivamente obligado por su posición jurídica a salvaguardar un bien determinado. Ello no impide, por cierto, que en el contexto intrafamiliar se configuren deberes institucionales, o bien responsabilidades penales en comisión por omisión (por ejemplo, a título de lesiones menos graves), pero para ello siempre será necesario que se verifique una posición de garante cuyo fundamento se sitúa más allá del contexto intrafamiliar definido en el art. 5° de la ley. Este fundamento –injerencia, asunción, paternidad o filiación, confianza especial (para quienes la aceptan), etc.– puede superponerse a alguna de las relaciones sujetas al régimen de la violencia intrafamiliar, pero subsiste con independencia de ella.

Conforme a lo expuesto, *los delitos con contexto intrafamiliar son delitos comunes*, de modo que el desvalor del que es portador dicho contexto se comunica a los intervinientes y redunda en la calificación del hecho, desde luego, dentro de los límites de la imputación subjetiva, pues el contexto intrafamiliar –que es auténtico elemento del tipo en el maltrato habitual y elemento negativo "emergente" en las lesiones leves– debe ser abarcado por el dolo de cada interviniente.

Sólo cabe preguntarse si la ley, con todo, no ha querido reservar la *pena de autor* sólo para aquél en quien la relación cualificante concurre personalmente. Pensamos que los delitos comunes en los cuales se produce esta situación constituyen casos excepcionales, en los cuales el texto positivo subordina formalmente la imposición de la pena de autor a quien reúne la cualidad indicada en el tipo. Tal ocurre, por ejemplo, en algunos delitos tributarios y en el delito del deudor no comerciante que se alza con sus bienes en perjuicio de los acreedores. Esta subordinación formal no parece concurrir en los tipos penales en comentario, en los que la ley se refiere de un modo amplio a "todo maltrato que afecte a la vida o la integridad física o psíquica" de las personas que señala (art. 5° Ley N° 20.066), o bien simplemente a "las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas" en la norma citada. En todo caso, se trata de una cuestión discutible.

9. ¿Delitos culposos con contexto intrafamiliar?

Al tratar la problemática del error se señalaba que el desvalor de acción propio de los delitos con contexto intrafamiliar –desvalor que ahora es posible identificar como la violación de un deber cualificado de solidaridad– sólo se configura cuando al autor se le puede imputar el conocimiento de dicho contexto. Por lo tanto, cuando el sujeto yerra acerca del contexto, aunque su error sea evitable, decae la punibilidad a título de la figura definida por él.

Ahora se analiza el problema que se produce si el autor, a quien le es imputable el conocimiento del contexto intrafamiliar, lesiona imprudentemente a alguna de las personas relacionadas con él en los términos del art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar: el sujeto, que está realizando trabajos en el techo de la vivienda común, arroja en forma imprudente un objeto macizo, el cual, antes de llegar al suelo, alcanza a su conviviente causándole lesiones. En relación con los delitos que aquí interesan, la interrogante se refiere a dos problemas:

(i) Si las lesiones causadas no son graves, surge la dificultad de establecer si procede calificarlas como menos graves en razón del contexto intrafamiliar.

(ii) Si las lesiones causadas son graves en los términos del art. 397 CP, se planteará si ellas resultan agravadas en virtud del art. 400 CP.

La respuesta a estas interrogantes se encuentra en reflexiones previas a las de índole meramente sistemática, pues tienen que ver con las razones por las cuales el ordenamiento jurídico castiga en forma menos intensa los hechos culposos. En efecto, las formas de evitabilidad individual –el dolo y la imprudencia– son indicadores de la motivación de respeto al ordenamiento jurídico que ostenta el autor en el caso concreto. Ambas tienen en común la cognoscibilidad de la realización del tipo como consecuencia evitable de la propia conducta, y se distinguen por el grado de actualización de dicha cognoscibilidad que es posible imputar al autor. Al autor doloso se le atribuye la actualización de la cognoscibilidad, el conocimiento, pero tanto a él como al autor culposo se les reprocha la no evitación de una realización típica que era individualmente (y no para un hombre medio) evitable. Desde este punto de

vista, no existe una razón estrictamente dogmática para sancionar en forma más benigna la culpa que el dolo. Ella ha de buscarse, por tanto, en consideraciones previas a la dogmática en sentido estricto.

A nuestro juicio, la razón por la que se castiga menos la culpa que el dolo radica en que la sociedad puede permitirse hacerlo, pues el autor imprudente expresa con su conducta un sentido que no contradice frontalmente las normas de convivencia social. En rigor, el autor imprudente fracasa en su planificación individual –habitualmente, también en perjuicio propio–, y sólo en forma secundaria declara con su conducta que no reconoce la vigencia de las normas de convivencia social. Por esta razón, la sociedad puede permitirse una reacción más moderada, pero que es suficiente para restablecer la vigencia de las normas y evitar que el delincuente "aprenda selectivamente", es decir, que actúe con prudencia sólo cuando las consecuencias de su descuido le podrían afectar personalmente.[60] Todo ello es, sin embargo, independiente de quiénes resulten en definitiva afectados como consecuencia de la conducta imprudente, pues lo propio de la imprudencia no es que el sujeto direcciona los riesgos para evitar que le alcancen (pues entonces por lo general actuará con dolo), sino que, o no los considera en absoluto, o bien se equivoca evitablemente sobre su entidad.

Se podría sostener que un deber cualificado de solidaridad impone también deberes cualificados de previsión, valoración y control de los riesgos, lo que permitiría calificar o agravar los delitos de lesiones imprudentes en razón del contexto intrafamiliar que fundamenta dichos deberes: un delito imprudente que afecta a un familiar sería más grave que uno que afecta a un extraño. Consideraciones de esta especie no están exentas de plausibilidad, pero no encuentran respaldo suficiente en la ley. Ello es particularmente evidente en el caso del delito de maltrato habitual ("ejercicio habitual de violencia"), que por lo mismo no cuenta con un correlato culposo, pero no lo es menos respecto de los delitos de lesiones, pues la ley no castiga simplemente la infracción de un deber de cuidado, sino la realización de un riesgo, cuando ella se debe a imprudencia.

---

[60] Al respecto JAKOBS (2002), p. 584 ss.

Las únicas variaciones en la ponderación de los deberes de diligencia con validez general en el ámbito de los delitos culposos se encuentran ya en el Título X del Libro II del Código Penal, que se refiere a la imprudencia temeraria, a la mera imprudencia con infracción de reglamentos y a la negligencia de personas que desempeñan ciertos roles taxativamente enumerados. Así, la existencia de un deber cualificado de solidaridad podría incidir en una rebaja del estándar para la apreciación de la "temeridad" exigida por el art. 490 CP. Las demás valoraciones sólo pueden encontrar acogida en el marco de la individualización judicial de la pena, conforme a las reglas generales.

Por lo demás, desde el punto de vista de los fundamentos de la excepcional y disminuida penalización de los delitos imprudentes, el contexto intrafamiliar es ambivalente. Aunque pudiera fundar deberes más intensos de evitación, el fracaso de la planificación individual comporta al mismo tiempo y por regla general una importante *poena naturalis* (piénsese en el padre o la madre que, por descuido, lesiona a su propio hijo), que reduce las necesidades de reacción por parte de la sociedad.

Por estas razones, en los delitos de lesiones imprudentes el contexto intrafamiliar no juega un rol relevante desde el punto de vista del desvalor de la acción (salvo respecto de la apreciación de la "temeridad") y no puede servir como fundamento para calificar el hecho o agravar la responsabilidad. Esto significa que la Ley N° 20.066 no ha venido a alterar la sistemática de los delitos culposos de lesiones, sino que, como mucho, introduce un elemento que puede incidir en el estándar para la determinación de si concurre o no imprudencia en los términos exigidos por las normas generales.

IV. Conclusiones

1. La Ley sobre Violencia Intrafamiliar ha modificado la sistemática de los delitos de lesiones contenida en el Código Penal.

2. Estas modificaciones consisten en el establecimiento (respecto del régimen anterior: ampliación) de una circunstancia agravante específica para los delitos de lesiones graves –y en ciertos casos, también menos graves– en el art. 400 CP, y en la introducción de un elemento

"emergente" y negativo del tipo de lesiones leves (art. 494 N° 5 CP). Además, la ley establece la penalización –bajo ciertas circunstancias– de las vías de hecho a través del delito de maltrato habitual (art. 14 Ley N° 20.066).

3. Las modificaciones sistemáticas tienen consecuencias, sobre todo, en materia de error, y obligan a realizar precisiones importantes en el ámbito de la teoría de la intervención delictiva y de la punibilidad de las lesiones culposas.

4. Conforme a la doctrina predominante, el error sobre los presupuestos fácticos del contexto intrafamiliar, aunque sea evitable, tiene el efecto de impedir la imputación de dicho contexto para los efectos de calificar el hecho o agravar la pena. En cambio, permanece abierta la cuestión de si el error sobre la significación jurídica de dichos presupuestos ha de tratarse conforme a la teoría de la culpabilidad, esto es, como error de prohibición.

5. La consideración del nuevo régimen desde la perspectiva de la teoría de la intervención delictiva pone en evidencia que el contexto intrafamiliar da origen a deberes cualificados de solidaridad, pero que ellos no fundamentan una responsabilidad institucional y por lo tanto son comunicables a terceros extraños.

6. El análisis de la responsabilidad por lesiones imprudentes conduce a la conclusión de que el deber cualificado de solidaridad sólo tiene relevancia en la determinación de la intensidad de la culpa, pero no en la subsunción del hecho en un determinado tipo penal de lesiones.

OBRAS CITADAS

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2002): "El robo como coacción", *Revista de Estudios de la Justicia* N° 1, pp. 55-125.

BUSTOS, Juan (2004): *Obras Completas*, Tomo I (Lima, Ara Editores) 1219 pp.

CANCIO MELIÁ, Manuel (2001) *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2ª ed.) 446 pp.

CASAS BECERRA, Lidia; ARMISÉN YÁÑEZ, María José; DIDES CASTILLO, Claudia; PONCE, Nataly; BÁEZ, Ximena; DE LA MAZA VENT, Camila; OLGUÍN, Angie; ALIAGA DÍAZ, Javiera (2007): *La defensa de casos de violencia intrafamiliar*, (Santiago, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, N° 5), 160 pp.

CÓDIGO PENAL Y ACTAS DE LA COMISIÓN REDACTORA (1974), Valparaíso, EDEVAL.

CURY, Enrique (2005): *Derecho Penal* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 7ª ed.), 812 pp.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (2006): *Omisión e injerencia en derecho penal* (Valencia, Tirant lo Blanch) 901 pp.

ETCHEBERRY, Alfredo (1998): *Derecho Penal*, Tomo III (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed.) 490 pp.

ETCHEBERRY, Alfredo (1987 a): *El derecho penal en la jurisprudencia*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed.) 485 pp.

ETCHEBERRY, Alfredo (1987 b): *El derecho penal en la jurisprudencia*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed.) 570 pp.

GARRIDO MONTT, Mario (1998): *Derecho Penal*, Tomo III (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 463 pp.

JAKOBS, Günther (1991): *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (Berlin, De Gruyter), 944 pp.

JAKOBS, Günther (2002): "Gleichgültigkeit als dolus indirectus", *Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften* 114 (2002), p. 584 ss.

KÜNSEMÜLLER, Carlos (2002): "Arts. 12 y 13", en: POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (dir.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 187-227.

MAQUEDA ABREU, María Luisa (2007): "¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?", *InDret. Revista para el análisis del derecho,* 4 / 2007, pp. 1-43.

MATUS, Jean Pierre (2002): "Arts. 74 a 78", en: POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (dir.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 383-407.

MERA, Jorge (1995): *Hurto y robo* (Santiago, LexisNexis) 181 pp.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (2007): "El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica", *InDret. Revista para el análisis del derecho,* 4 / 2007, pp. 1-26.

OSSANDÓN, María Magdalena (2006): "Delitos especiales y delitos de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal", *Política Criminal* N° 1, A4, p. 1-22.

PACHECO, Joaquín Francisco (1867): *El Código Penal Concordado y Comentado*, Tomo I (Madrid, Imprenta de Manuel Tello, 3ª ed.) 536 pp.

PERDOMO TORRES, Jorge (2006): Garantenpflichten aus Vertrautheit (Berlin, Duncker & Humblot) 254 pp.

POLITOFF, Sergio; BUSTOS, Juan; GRISOLÍA, Francisco (2001): *Derecho Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed.) 293 pp.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed.) 689 pp.

SÁNCHEZ-VERA, Javier (2002): *Delito de infracción de deber y participación delictiva* (Madrid, Marcial Pons) 327 pp.

SCHEPELER, Enrique (1953): "Comunicabilidad y parricidio", *Revista de Ciencias Penales* XIII, p. 49-64.

SCHWEITZER, Daniel (1948): Nota a sentencia, Corte de Santiago: Homicidio, *Revista de Ciencias Penales* X, p. 198-199.

SIEDER, Reinhard (1987): *Sozialgeschichte der Familie* (Frankfurt a.M., Suhrkamp) 359 pp.

WEEZEL, Alex van (2001): "Lesiones leves y lesiones del art. 399 CP: dos supuestos 'menos graves' del delito de lesiones", *Gaceta Jurídica* 248, p. 166-178.

WEEZEL, Alex van (2008): *Error y mero desconocimiento en derecho penal*, Santiago de Chile, 2008.

JURUSPRUDENCIA CITADA

Las sentencias recaídas en procesos penales sobre violencia intrafamiliar se citan según la recopilación de fallos proporcionada al autor por la Defensoría Penal Pública. Cuando la sentencia aún no ha sido publicada se indica el número de rol de la causa. La individualización en orden cronológico de dichos fallos, y de los demás citados, ordenados por tribunal, es la siguiente:

Corte Suprema, Sentencia de 4.VIII.1998, en *Gaceta Jurídica* N° 218 (1998), p. 96-118.

Corte Suprema, Sentencia de 23.III.1999, en *Fallos del Mes* 484 (1999), p. 187-203.

Corte Suprema, Sentencia de 6.XII.2004, en *LexisNexis* N° 31544.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Sentencia de 12.VII.1999, en causa Rol N° 1265-96.

Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 19.III.2004, en *Gaceta Jurídica* N° 285 (2004), p. 259.

Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 16.XI.2006, en causa Rol N° 2141-2006.

Corte de Apelaciones de La Serena, Sentencia de 8.I.2007, en causa Rol N° 373-2006.

Corte de Apelaciones de Arica, Sentencia de 24.08.2007, en causa Rol N° 137-2007.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Sentencia de 28.IX.2007, en causa Rol N° 922-2007.

Tribunal de Garantía de Quillota, Sentencia de 5.II.2005, en *LexisNexis* N° 31544.

Tribunal de Garantía de Copiapó, Sentencia de 16.XI.2005, en causa RIT N° 2717-2005.

Tribunal de Garantía de Illapel, Sentencia de 26.I.2006, en causa RIT N° 1384-2005.

Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, Sentencia de 1.IX.2006, en causa RIT N° 218-2006.

Derecho
Penal Militar

LA ARGENTINA AVANZA EN MATERIA DE JUSTICIA MILITAR

Matías Bailone[1]

RESUMEN:

Con ocasión de la derogatoria, por parte del Senado de la Nación Argentina, del anacrónico Código de Justicia Militar que regía los destinos castrenses de dicho país, el autor reseña los destacados avances logrados en materia de adecuación legislativa a la Convención Americana de Derechos Humanos y a la Constitución Nacional. La tipificación, en el Código Penal ordinario, de algunos de los delitos tradicionalmente considerados "militares", así como la eliminación de los fueros especiales, la derogación del último reducto donde tenía consagración normativa la pena de muerte, y la promulgación de una reglamentación especial disciplinar, son los principales logros que se evidencian en materia de Justicia Militar argentina.

PALABRAS CLAVE:

Justicia militar, delitos castrenses, fueros especiales, Convención Americana de Derechos Humanos.

La Argentina Avanza en Materia de Justicia Militar

Hace unos días el Senado de la Nación Argentina aprobó por sesenta votos a favor, y ninguno en contra, la derogación del vetusto Código de Justicia Militar que regía los destinos castrenses del país, y en su lugar se tipifican algunos delitos típicamente militares dentro del Código Penal ordinario, se eliminan los fueros especiales, se deroga el último reducto donde tenía consagración normativa la pena de muerte, y se sanciona una reglamentación especial disciplinar.

[1] *Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla – La Mancha, España.* Matias.Bailone@uclm.es

El Código de Justicia Militar que estaba vigente en la República Argentina (Ley 14.029 del 9 de julio de 1951) es el resultado de la obra encomendada al entonces auditor de las Fuerzas Armadas Oscar Ricardo Sacheri, que es en realidad una copia del Código Bustillo del siglo XIX, cuya estructura fundamental se mantiene, y al que solo le efectuaron retoques parciales. Según Sacheri los retoques tenían como objeto la actualización lógica que el Código Bustillo necesitaba debido a la posterior sanción del Código Penal (1921) y la nueva Constitución Nacional (1949). Entonces, es importante remarcar que el código que estaba vigente nos viene del siglo XIX (1898) con toda la carga de anacronismo estéril que nada tiene que ver con la concepción de la guerra moderna y de las fuerzas armadas democráticas de un Estado de Derecho consolidado.

Es importante señalar, además, que no se tocó el Código de Justicia Militar (CJM) desde 1951, y que la dogmática que se hizo sobre tal código fue escasa e insuficiente, en principio por motivos imputables al propio CJM: en ocasiones una misma conducta podía ser falta o delito, porque contiene tipos que convenía ubicar en el derecho penal ordinario, y todas las negaciones del debido proceso que contenía el código.

La Argentina ha finalizado en estos días el proceso parlamentario de derogación del Código de Justicia Militar vigente, y la sanción de un sistema integrado de justicia penal militar y régimen disciplinar de las Fuerzas Armadas

En la región se ensayan dos tipos de reformas a la justicia militar: o se la ordinariza, eliminando todo fuero especial y competencia exclusiva (lo que se logró ahora en Argentina), o se perfecciona y se le otorgan garantías a un proceso penal militar que sigue siendo de fuero exclusivo, pero adecuándolo a la Convención Americana de Derechos Humanos y a las normativas constitucionales. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha dejado bien claro que lo que se le obliga a los Estados miembros es a otorgar un proceso (de fuero exclusivo o no) que respete todas las garantías procesales de los estándares regionales, y que el fuero militar nunca juzgue civiles. Si eso se cumple, podríamos decir que se está cumpliendo con la normativa regional y supranacional. ¿Por qué en la Argentina, entonces, se produjo lisa y llanamente la eliminación del CJM y se ordinarizaron los delitos militares? Porque se llegó a la conclu-

sión que el caudal de causas que llegan a la justicia militar por año es tan escaso que no justifica el mantenimiento de un fuero propio, simplemente por eso. Y además hay una decisión de política criminal muy clara, de comenzar a tratar a nuestros soldados, a nuestras fuerzas armadas, como miembros plenos de la comunidad nacional. Nuestros soldados –como recientemente remarcó Santiago Kovadloff- son ciudadanos uniformados, y aunque parezca extraño tener que remarcarlo, en la Argentina tenían más derechos los prisioneros de guerra que los soldados argentinos en tiempo de paz.

Creo que el momento de esta reforma no está determinado por cuestiones políticas, sino por urgencias institucionales. La Argentina suscribió con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como parte de un proceso de solución amistosa, en dos casos que llegaron a esa instancia, el compromiso de reformar el sistema de justicia militar y adaptarlo a los estándares internacionales y regionales de derechos humanos, a lo cual estaba obligada la Argentina en virtud de los tratados de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional.

Era una deuda de la democracia. No podemos concebir cómo en el ámbito castrense siguen vigentes estructuras y normas jurídicas del siglo XVIII y XIX, porque en el fondo seguía vigente el Código Bustillo, ya que la reforma de 1951 mantenía el espíritu de aquél. No sólo los estándares jurídicos y procesales hoy son más altos, hoy requieren pasar por un examen de constitucionalidad y supralegalidad que el actual CJM no supera, sino que la estructura militar ha cambiado profundamente: hoy tenemos unas FFAA democráticas y comprometidas con el Estado de Derecho, que debe ver en sus soldados sujetos de derecho plenos, pero que además debe adaptarse a las técnicas de la guerra moderna y de las tecnologías militares actuales, que distan en demasía de las que se poseían cuando se dictó la legislación militar que estaba vigente.

Creo que la urgencia de estos temas no permite el cálculo de intereses electorales, por eso el Gobierno Argentino ha cumplido con sus compromisos cabalmente. Afirmar que el soldado argentino tiene los mismo derechos que cualquier otro ser humano, y derogar el último bastión donde la pena de muerte tenía consagración normativa, es una urgencia de la democracia y del Estado de Derecho.

Esta sanción hoy en día debe ser leído a la luz del reciente fallo de la CSJN en la causa López Ramón, donde en virtud de un recurso extraordinario, se declara la nulidad de una sentencia de la justicia militar por no adecuarse dicho pronunciamiento judicial a los estándares de derechos humanos vigentes en el país (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional). En dicha causa se cuestionó la constitucionalidad del juzgamiento de militares –al menos en tiempos de paz- por tribunales castrenses (artículo 18 del Código de Justicia Militar) por considerar que no se satisface la exigencia de un tribunal independiente (quien juzga es una instancia administrativa designada por el Ejecutivo Nacional) ni las garantías de defensa en juicio (art. 18 CN, 8.1 y 8.2 d CADH). Los artículos 96 y 97 del CJM restringen la elección de un abogado defensor, lo que constituye un agravio en sí mismo, y una grave violación de las garantías personales. Los tribunales militares, por estar compuestos por funcionarios en dependencia jerárquica del poder ejecutivo, son inconstitucionales, pues violan abiertamente la norma que prohíbe al ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales. Por consiguiente, los actuales tribunales militares no pueden considerarse jurisdicción en sentido constitucional ni internacional, sino que constituyen tribunales administrativos incompetentes para aplicar leyes penales.

Finalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, haciendo lugar al recurso extraordinario, dijo: "toda persona sometida a la jurisdicción castrense goza de los derechos fundamentales reconocidos a todos los habitantes de la Nación, de los cuales no puede ser privado (Fallos: 54:577; 310:1797), cabe entonces dotar de contenido a este principio para que tenga efectiva vigencia y no sea una mera fórmula verbal" (Voto Zaffaroni – Lorenzetti).

Rodea a todo este proceso de reforma la idea de que se reconozca jurídicamente que los integrantes de las Fuerzas Armadas de la Nación son ciudadanos con los mismos derechos que la Constitución establece para los demás ciudadanos. "Reafirmación de la condición de ciudadanos plenos de los integrantes de las Fuerzas Armadas", según decía el proyecto del Poder Ejecutivo. Las disposiciones del Convenio de Ginebra y su comparación con el código de justicia militar demuestran que la pretendida jurisdicción militar no es ningún privilegio para los sometidos a la misma, pues cae en el escándalo de que el militar argentino en tiem-

po de paz tiene menos garantías que el prisionero enemigo en tiempo de guerra: el primero no tiene derecho a defensor letrado de confianza, que tiene el prisionero enemigo. Se trata de una extrema violación del derecho de defensa en juicio, o sea que, además de ser inconstitucionales los tribunales o consejos del CJM por no estar integrados por jueces independientes, lo son por desconocer el derecho de defensa.

Otro paso fundamental es la eliminación de la pena de muerte del ordenamiento jurídico militar. Tal permanencia, si bien derogada por desuetudo, mantenía latente el problema de que estando vigente dicha pena en algún resquicio del sistema positivo, no pudiera seguirse cabalmente la cláusula de abolición progresiva e irreversible que prevé la Convención Americana de Derechos Humanos. Una vez derogada la pena de muerte de TODO el ordenamiento jurídico, ya no podrá volver a implantarse en nuestro país nunca más. Este argumento que parece menor, es de una importancia cada día más creciente, ya que en este mismo escenario el actual presidente peruano, dijo que implantar la pena de muerte en el sistema penal ordinario peruano, no va en contra de la CADH porque ellos la tienen vigente en la justicia militar. Argumento a todas luces débil, pero que le permitía a Alan García acceder a los pedidos de la extrema derecha de implantar esta pena cruel y bárbara, sin –necesariamente- denunciar el sistema interamericano de derechos humanos.

El nuevo sistema deroga el Código de Justicia Militar y modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal a fin de que todos los delitos militares sean juzgados por la Justicia federal, además del rediseño completo del sistema disciplinario, asegurando su coherencia con las garantías constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos.

El proyecto aprobado en ambas cámaras comprende esencialmente tres ejes: 1) Un proyecto de ley sobre disciplina militar, que tipifica las faltas disciplinarias, las sanciones de aplicación conforme la gravedad de las faltas (leves, graves, gravísimas), que van del apercibimiento a la prisión rigurosa de hasta 60 días, y el procedimiento por el que se regirá el régimen disciplinario administrativo, así como los recursos contra las sanciones. 2) Un proyecto de ley de modificaciones al Código Penal de la Nación y del Código de Procedimientos en lo Penal de la Nación, donde

se tipifican los delitos esencialmente militares, fijándose la pena correspondiente para el personal militar responsable, y la habilitación de la instancia cuando se trata de estos delitos, que se otorga al Jefe de Estado Mayor de la respectiva fuerza. 3) Un proyecto de ley sobre Procedimiento Penal Militar para Tiempo de Guerra y otros Conflictos Armados.

Es de gran acierto la regulación sobre la materia disciplina militar que se propone, con una clara normativa sobre cuáles son las faltas y las sanciones aplicables conforme la gravedad de la falta, y el procedimiento de aplicación con garantías para el afectado. Y es de gran importancia que en el fondo, este proyecto distinga lo que siempre distinguió la doctrina más autorizada, que dentro de lo que genéricamente suele llamarse derecho militar debe diferenciarse el derecho disciplinario y el derecho penal militar propiamente dicho.

Igual conformidad amerita la definición de los delitos típicamente militares y su incorporación al Código Penal de la Nación, como el incremento de penas, para delitos comunes, cuando cometidos por personal militar. Esta incorporación se perfecciona con las modificaciones al Código de Procedimientos en lo Penal de la Nación donde se incorpora la legitimación activa para poner en marcha el proceso judicial cuando se trata de delitos militares o que comprendan a personal militar. Debe entenderse, que la habilitación dependiente de autoridad militar no excluye las facultades del Ministerio Público para excitar el procedimiento judicial, o de los habilitados para formular denuncia respecto de todo delito cuando hayan tomado conocimiento de su comisión. Es que los delitos militares son de acción pública.

Con anterioridad al ingreso de este Proyecto al Congreso de la Nación, otro proyecto similar había sido objeto de debate parlamentario. El proyecto del Senador Giustiniani de derogación del Código de Justicia Militar, sigue el mismo espíritu del Proyecto de Ley del Ejecutivo: ordinarizar los delitos militares y dejar atrás un sistema de justicia vetusto y antigarantista. Sin embargo, a mi entender, tiene una excesiva creación de tipos penales, con una técnica legislativa perfectible, que necesitaba del estudio de las más altas autoridades en el tema. Tampoco coincidimos con Giustiniani en crear una instancia de apelación exclusiva para los delitos militares (Cámara Nacional Militar), y la creación de las secreta-

rias militares de juzgados federales, ya que no se justifica una erogación tan significativa de gastos para la creación de instancias que no serán utilizadas, debido a que son muy pocos los casos que llegarán allí. El estado en que se encuentra la justicia federal no permitiría que se cree toda una estructura que generará muchos gastos para poco uso.

Otro de los puntos que no me convencen de este proyecto del Senador Giustiniani que está ingresado en el Senado es que no legisla sobre el Régimen disciplinario de las FFAA, sino que da lineamientos para que se legisle separadamente. Lo importante del proyecto aprobado es que tiene una coherente unidad que permite ver el conjunto del sistema judicial militar. La transición de un Código autónomo a un sistema bifurcado entre el Código Penal y el nuevo Código de Disciplina de las FFAA, evidentemente no es simple, por lo cual se necesita que todo se legisle conjuntamente, inspirados en los mismos principios y unidos por el mismo debate.

Pero finalmente quiero señalar que frente a los compromisos que el Estado Argentino había asumido ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en los casos Correa Belisle y Argüelles, de impulsar la reforma INTEGRAL del sistema de administración de justicia penal en el ámbito castrense, no se podía hacer otra cosa que lo que se hizo: se creó una Comisión de Trabajo donde los propios militares, junto a los expertos en derecho militar y derecho penal militar, y los representantes de organizaciones de derechos humanos y de universidades, pudieron consensuar un texto de una perfeccionada técnica legislativa que puede decirse que es la expresión de todos los actores involucrados en el tema.

La presencia en esa Comisión de personalidades como el Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni habla de la calidad de la misma. Zaffaroni es uno de los expertos de habla hispana más destacados no sólo en derecho penal sino en derecho militar, autor de una obra junto a Cavallero sobre el tema que marcó el desarrollo de la materia. El Coronel Manuel Lozano es también uno de los expertos en derecho militar que ha prestigiado la comisión. También estuvieron en la misma, instituciones que bregan por los DDHH como el CELS, la CIPPEC, la Asociación de Mujeres Jueces de la Argentina, el INECIP, la Cruz Roja, la UBA, etc.

El virtual vacío legislativo que se había producido desde la declaración de inconstitucionalidad del CJM por el fallo citado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sumado a los compromisos suscriptos por la Argentina ante instancias supranacionales de Derechos Humanos, demandaban la urgencia de esta sanción.

Ciudad Real, España, Agosto de 2008.

Derecho
Procesal Constitucional

EL CONFLICTO ENTRE ÓRGANOS JURISDICCIONALES
-Referencia al caso colombiano-

Hernán Alejandro Olano García*
Becario de la Fundación Carolina y Director del Grupo de Investigación
en Derecho Constitucional "Diego de Torres y Moyachoque,
Cacique de Turmequé".
hernan.olano@unisabana.edu.co
Universidad de La Sabana, Chía, Colombia.

RESUMEN:

El presente caso refleja que el efecto del llamado "choque de trenes" es el de generar y perpetuar una situación de indefinición de los derechos ya sea reconocidos o negados por los tribunales de instancia superior: la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. El conflicto entre estas instancias judiciales superiores deja a los usuarios del sistema judicial en la incertidumbre sobre el curso de acción a seguir en los casos en los que las sentencias judiciales violan derechos protegidos por la Convención Americana De Derechos Humanos. En los casos en los que acuden a la acción de tutela con éxito, la materialización de sus derechos se ve sujeta a incumplimientos y trámites adicionales.

---

* Santiago de Tunja, 1968. Abogado e Historiador, Especializado en Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Derecho Canónico, Bioética y Liderazgo Estratégico Militar. Magíster en Relaciones Internacionales y en Derecho Canónico, Doctor *Magna Cum Laude* en Derecho Canónico y PhD H.C. en Historia. Becario de la Fundación Carolina para estancia Postdoctoral en la Universidad de Navarra para desarrollar su investigación sobre "Choque de Trenes". Fue Secretario General de la Corte Constitucional de Colombia, Director Jefe de la Unidad de Control Interno del Concejo de Bogotá, Director Nacional para la Prevención del Lavado de Activos en la Caja Agraria, Director General Jurídico del Ministerio del Interior y Asesor del Despacho. Profesor Asociado y Director de Proyección Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana de Chía, Colombia. Director del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional "Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmequé", categoría "A" por Colciencias. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y es el Vicecónsul Honorario de la República de Chipre en Colombia. http://hernanolano.googlepages.com Correo electrónico hernan.olano@unisabana.edu.co Dirección: Universidad de La Sabana, Km. 21 Autopista Norte, Costado Occidental, Chía, Cundinamarca, Colombia.

PALABRAS CLAVE:

Conflicto constitucional, Tutela contra sentencias, Amparo contra providencias judiciales.

I. Introducción.-

He trabajado una investigación para estudiar la continua tensión jurídica que se da con el conflicto abierto y la asimetría conceptual en materia de acción de tutela, particularmente, entre la jurisdicción constitucional colombiana, contra las jurisdicciones ordinaria, contencioso-administrativa y disciplinaria, conocida esta "lesión constitucional" como "choque de trenes"[1], aunque a la luz de la experiencia colombiana, algunos doctrinantes se han atrevido a denominarla "guerra de poder y vanidades"[2] y, radicalmente, ha llegado a tomar para otros el nombre de "consolidación de la tiranía judicial"[3].

En otros países también recibe diversos nombres, por ejemplo en México, puede ser conocida por la expresión "guerra entre las cortes", o como "guerra de los altos Tribunales"[4]; en tierras españolas como "conflicto de competencias constitucionales" y en Italia como "*Conflicto di Attribuzioni*"[5].

También se ha hablado sin uniformidad de conflicto entre poderes, de conflicto entre órganos supremos del Estado y del denominado

---

1 Una lejana aproximación al presente estudio sobre "choque de trenes", fue publicada en: OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Interpretación y Dogmática Constitucional.* Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2005, páginas 489 a 502.

2 HERNÁNDEZ-MORA, Salud. *Una Injusticia: Guerra de poder y vanidades.* En: El Tiempo, agosto de 2007, página Editorial. También sobre "Guerra de Vanidades", se puede estudiar el libro del mismo título, publicado por el magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura Rubén Darío OROZCO HENAO,

3 ORDÓÑEZ MALDONADO, Alejandro. *El libre desarrollo de nuestra animalidad.* En: *El Nuevo derecho, el Nuevo orden Mundial y la Revolución Cultural*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2007.

4 GIMENO SENDRA, Vicente. *De nuevo el conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.* En: Persona y Derecho, Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos # 44, Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2001, páginas 103 a 111.

5 Ya desde medidos del siglo XX se reconocía esta expresión. Vid: LUCIFREDI, Voz: *Attribuzioni (conflitto di)*. En: *Enciclopedia del Diritto,* Giuffré, vol. X, Milán, 1959, páginas 284-304.

conflicto entre órganos constitucionales -"*Organstreitigkeiten*"-[6]; sin embargo, la idea de controversia constitucional, identificada en algunos casos con los litigios, es una institución del Derecho público alemán, conocido como *Verfassungstreitigkeit* y que según Carl SCHMITT[7], arranca de dos circunstancias especiales de la historia de Alemania: En primer lugar, "*la estructura peculiar de una Constitución federal o confederal (términos cuyo deslinde no resulta preciso hasta bien avanzado el siglo XIX)"* y, en segundo lugar la concepción de "*la Monarquía constitucional como un camino intermedio entre los principios monárquico y democrático, que permitía concebir al Gobierno del Príncipe y a los Estamentos como partes sitas una frente a otra y cuyas relaciones ordenaba la Constitución; norma que se consideraba un pacto entre ambas partes*" y que se traduciría en que con la Constitución de Weimar de 1919 se creó un Tribunal de Conflictos de los Estados (*Staatsgerichtshof*), erigido por la Ley del Reich del 9 de julio de 1921, cuando comienza a hablarse de la naturaleza jurídica del conflicto que va más allá de la regulación concreta acogida por el Derecho positivo dentro del poder o "blindaje competencial", que para el caso colombiano posee la Corte Constitucional como máximo poder sobre las demás jurisdicciones en materia de tutela.

Manuel ARAGÓN REYES[8] hace sin embargo claridad al decir que "*...en el siglo XIX los conflictos entre poderes se concibieron siempre como conflictos puramente políticos y exclusivamente políticos fueron también los medios que se establecieron para arbitrarlos. Y ya en el primer tercio del siglo XX, el único intento de judicializar los conflictos entre poderes, que fue el representado por la "Staatsgerichttsbarkeit" alemana, excluía precisamente de esa judicialización a los conflictos entre órganos del Reich. Las relaciones entre los supremos poderes del Estado eran una cuestión política en la que no se aceptaba la juridificación.*"

---

[6] Pudiendo atribuirse la resolución del conflicto al principal órgano de la jurisdicción constitucional, como es la Corte Constitucional, GÓMEZ MONTORO dice que la terminología no es uniforme y que sin desconocer las diferencias que existen entre las varias categorías –a lo que él busca llegar a una conclusión para un término y significado único-, lo que más se ajusta a nuestra regulación será usarlos por ahora como sinónimos.

[7] Citado por: GARCÍA ROCA, F. Javier. *El Conflicto entre Órganos Constitucionales.* Colección Temas Clave de la Constitución Española. Tecnos, Madrid, 1987, página 19.

[8] ARAGÓN REYES, Manuel. *Prólogo.* En: GÓMEZ MONTORO, Ángel J. *El conflicto entre órganos constitucionales.* Colección de Estudios Constitucionales. C.E.C., Madrid, 1992, página 20.

El problema que da origen al presente estudio, comenzó a surgir, particularmente cuando después de expedida la Constitución de 1991, que dispuso la creación de lo que se ha conocido como "las cuatro Cortes"[9], a cada una de ellas la Carta le delimitó sus competencias en los artículos 235, 237, 256 y 257 y a la Corte Constitucional en el 241, iniciando su labor exclusiva y a la vez excluyente, de seleccionar para revisión, con base en el artículo 86[10] de la Constitución, acciones de tutela instauradas en contra de providencias y decisiones judiciales, particularmente de los altos tribunales, con los cuáles comenzó a enfrentarse, en ocasiones con una fratricida lucha que ha sido apoyada con el despliegue por parte de los medios de comunicación.

Se adoptó, según Juan Manuel CHARRY un modelo híbrido, pues se creó en 1991 la Corte Constitucional dentro de la misma Rama Judicial y en igualdad de jerarquía con las demás Corporaciones de las otras jurisdicciones con las que se ha generado el conflicto constitucional.

---

[9] Son éstas, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura.

[10] *ARTÍCULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*
La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.
Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.
En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.
La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.
Según Rubén Darío HENAO OROZCO, *de la lectura de este artículo, se desprende que la acción de tutela va dirigida contra cualquier autoridad pública y no hace ninguna excepción la Carta Política en este aspecto, y las Cortes son autoridades públicas. En consecuencia, no están exceptuadas, lo reitero, por nuestra Constitución, pero como la norma superior es el propio texto de ella y la interpretación que de la misma haga la Corte Constitucional, este alto Tribunal en la revisión del decreto 2591 de 1991 en sus artículos 11, 12 y 40. Pero luego, en la sentencia de tutela T-079 de 1993, empieza la Corte a elaborar la doctrina de las vías de hecho en las sentencias judiciales.*

El profesor Juan Gabriel ROJAS LÓPEZ[11], Investigador en la Universidad de Medellín, nos dice:

> *"…el conflicto constitucional es un fenómeno que sólo puede darse a partir de la existencia de una Constitución Política, pero contrario a lo que suele pensarse, no se limita al problema derivado de la oposición normativa formal al texto constitucional, sino que tiene profundas implicaciones sociales, políticas y económicas propias de cada modelo del Estado,…y en medio de su complejidad está la pugna por la interpretación y viabilidad de los postulados constitucionales, que no solo compete a los jueces, aunque son ellos los llamados en últimas a definirlo.*
> *…Según lo anterior, podría afirmarse que el conflicto constitucional es la colisión o confrontación que se presenta entre los principios, derechos, valores y disposiciones consagrados en la Constitución Política, y las medidas o instrumentos adoptados supuestamente para su desarrollo y concreción, o por el contrario, las omisiones que impiden su aplicación y que atentan contra ella."*

En nuestro estudio, la elaboración de una noción o concepto sobre el tema, es decir, sobre el conflicto constitucional era un imperativo, particularmente porque la expresión "Choque de Trenes" surgió inicialmente en el ámbito periodístico. Sin embargo, fue la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington, en el Informe 044 de julio de 2008, la que definió el "Choque de trenes" a través del punto 53 del citado informe, así:

> *53. El presente caso refleja que el efecto del llamado "choque de trenes" es el de generar y perpetuar una situación de indefinición de los derechos ya sea reconocidos o negados por los tribunales de instancia superior: la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. El conflicto entre estas instancias judiciales superiores deja a los usuarios del sistema judicial en la incertidumbre sobre el curso de acción a seguir en los casos en los que las sentencias judiciales violan derechos protegidos por la Convención Americana. En los casos en los que acuden a la acción de tutela con éxito, la materialización de sus derechos se ve sujeta a incumplimientos y trámites adicionales.*

[11] ROJAS LÓPEZ, Juan Gabriel. *Conflicto Constitucional y Derecho Procesal.* Colección # 3 de Investigación Jurídica Procesal. Sello Editorial de la Universidad de Medellín, Medellín, 2008, páginas 14 y 17, adaptación del suscrito al primer párrafo citado.

Es decir que ese choque o conflicto, se puede estar produciendo, porque con el propósito de garantizar las "promesas constitucionales", como dice ROJAS LÓPEZ[12], cada vez más "*…tienen que ser los jueces los llamados a asumir roles que en principio no les estaban asignados, para tratar de remediar los efectos de las inexistentes o deficitarias políticas públicas gubernamentales."*

En relación con éste conflicto de atribuciones constitucionales, suelen presentarse situaciones antagónicas y equipos temporales: Unas veces la Corte Suprema y el Consejo de Estado contra el Consejo Superior de la Judicatura y la Corte Constitucional; otras veces cada una de éstas contra las otras, donde siempre, la Corte Constitucional está inmiscuida y ahora también, la Rama Ejecutiva en algunos famosos casos de controversial trascendencia.

Precisamente el profesor Manuel Fernando QUINCHE[13], dice que *"…de un lado las salas Laboral y Penal de la Corte de Casación y el Consejo de Estado, para quienes sus sentencias son intangibles e inmodificables, así violen los derechos fundamentales, pues en su sentir, tales corporaciones son órganos de cierre en sus materias y por tal virtud, sus providencias han hecho tránsito a cosa juzgada, por lo cual no podrían ser modificadas por medio de fallos de tutela. De acuerdo con lo anterior, bien puede proceder la acción de tutela en contra de sentencias de cualquier despacho judicial, pero no en contra de las sentencias de esas corporaciones, pues estas serían algo así como nichos de poder no atacables por tutela, o sedes de lo infalible. Del otro lado se ubica la Corte Constitucional, que entiende que la acción de tutela fue creada por el constituyente para la protección de los derechos fundamentales, cuando estos resultaren violados o amenazados <<por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública>>, de acuerdo con los términos del artículo 86 de la Constitución, que establece un enunciado normativo que contiene <<una proposición deóntica que, en un sentido lógico, se refiere a un conjunto universal: el de todas las autoridades públicas, al cual pertenecen las autoridades judiciales>>. En ese sentido, no es que la Corte Constitucional quiera o no a las otras cortes o a los otros despachos judiciales. Ocurre simplemente que así lo manda la Constitución."*

---

[12] ROJAS LÓPEZ, Juan Gabriel. *Conflicto Constitucional y Derecho Procesal.* Op. Cit., página 17.

[13] QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *Vías de Hecho. Acción de tutela contra providencias.* 2ª edición actualizada. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2005, página 300.

Teniendo en cuenta que el tema de la acción de tutela contra sentencias judiciales proferidas por las Cortes y los Consejos con los cuales se cierran las respectivas jurisdicciones ha sido uno de los más traumáticos de la actividad judicial colombiana, el ex magistrado del Consejo Superior de la Judicatura Rubén Darío HENAO OROZCO, inicialmente en un artículo titulado "*Tutela contra sentencias de las Altas Cortes o Choque de Vanidades*"[14], que reproduce ampliado luego en un libro bajo el título "*Choque de Vanidades. Estudio de la Acción de Tutela en las Altas Cortes Colombianas*"[15], (con prólogo de Juan Manuel CHARRY URUEÑA)[16], dice que ésta expresión, ...*se limita al tema de la tutela contra sentencias de las Altas Cortes, porque ya es claro y no suscita ninguna controversia, el amparo contra sentencias emanadas por los Tribunales de*

---

[14] HENAO OROZCO, Rubén Darío. *Tutela contra sentencias de las Altas Cortes o Choque de Vanidades.* En: *Prolegómenos. Derechos y Valores*. Universidad Militar Nueva Granada, volumen IX, # 17, enero a junio de 2006, página 129.

[15] HENAO OROZCO, Rubén Darío. *Choque de Vanidades. Estudio de la Acción de Tutela en las Altas Cortes Colombianas.* Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, D.C., 2007.

[16] Para CHARRY, las diferentes posiciones oscilan desde aquellas que consideran que la acción de tutela no procede contra sentencias judiciales, pues fue concebida en ausencia de otras acciones judiciales mediante las cuales se tutelan los derechos en las respectivas instancias jurisdiccionales, hasta aquellas que estiman que deben primar los derechos fundamentales y que las sentencias de "cierre" no tienen recursos ni acciones que permitan corregir los errores judiciales. Y añade:
Con la sentencia T-079 de 1993 se acogió la doctrina de las vías de hecho que prohijaba la Corte Suprema de Justicia, sala Civil, en la cual sostenía que la sentencia no es sentencia, es solo apariencia, pues se trata de una decisión subjetiva y arbitraria del juez que vulnera los derechos fundamentales. No obstante lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, en particular las salas Laboral y Penal, fueron reticentes a las órdenes de tutela que dejaban sin efectos sus decisiones, este era el principio del llamado "choque de trenes" que se fue incrementando con los días para transformarse en abierta rebeldía. Durante el gobierno de Pastrana, se intentó solucionar el conflicto, se expidió el Decreto Reglamentario 1382 de 2000, que reglamentó las competencias de manera que las tutelas contra sentencias fueron de conocimiento de los superiores de los jueces que las expedían o en últimas de las mismas corporaciones judiciales, así se lograba que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado no quedaran sometidos a las órdenes de jueces inferiores o de igual jerarquía, sin embargo, no solucionaba la revisión de sus decisiones por la Corte Constitucional.
A pesar de lo anterior, que parecía una solución inmediata, las Altas Corporaciones se negaron a tramitar acciones de tutela contra sus propias decisiones y a desacatar las órdenes de tutela proferidas por la Corte Constitucional. El término "choque de trenes" persistía y se proyecta hasta el presente en centenares de casos.
Durante el primer gobierno de Uribe se intentó en vano una reforma a la justicia, tan pronto se hacía referencia a la acción de tutela se levantaban voces de alarma. Lo cierto es, que ahora el gobierno intenta mediar entre las Altas Corporaciones para zanjar el enfrentamiento, posición a mi juicio equivocada.
El asunto no se debe tratar como una mediación entre poderes judiciales ni como la búsqueda de fórmulas transaccionales que terminen arrojando un engendro jurídico: La procedencia excepcional de la tutela contra sentencias, rodeada de requisitos y formalismos.

Distrito Judicial, Contencioso Administrativos y los demás Jueces de la República. En cambio, cuando se produce una acción de tutela que protege derechos fundamentales vulnerados por una sentencia de una Alta Corte, la Corte accionada se rasga las vestiduras y protagoniza el respectivo espectáculo ante los medios de comunicación, y el argumento que inequívocamente trae a cuento en este show publicitario, es que dicha Corporación es un órgano límite y sus competencias emanan de la Constitución Política, además de ser exclusivas y excluyentes.

Y agrega más adelante,

> *(D)esde el 21 de abril del año 2004, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria ha venido tutelando semanalmente entre cinco a diez sentencias contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, por negarse esta última corporación a reconocer la indexación de la primera mesada pensional, desconociendo la sentencia SU-120 de 2003 de la Corte Constitucional.*
>
> *Como consecuencia de lo anterior, dicha Corporación ha decidido denunciar por prevaricato a los magistrados de nuestras Seccionales* (del Consejo Superior de la Judicatura) *que en cumplimiento de autos emanados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria avocan el conocimiento de acciones de tutela contra la Corte Suprema de Justicia, en un intento desesperado por amedrentar a nuestros operadores jurídicos. Parece ser que la vanidad de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia les haga desconocer los elementos integradores de tipo penal de prevaricato por acción en nuestro sistema penal colombiano, y prefieren pasar por ignorantes ante el país que acatar la Constitución y la ley.*

Al final de su artículo, se expresa en estos términos sobre la deslegitimización del Poder Judicial:

> *Todo a cambio de la vanidad de una Corte* (la Suprema) *que se cree infalible, y por ende sus providencias intangibles, inmutables e inmodificables.*
>
> *Pero no deja de ser preocupante que una Corte límite le esté dando por denunciar magistrados de tribunales por el sólo prurito de haber incurrido esta alta corporación en una vía de hecho. No es sano para la*

justicia colombiana que una alta Corte trate de amedrentar por todos los medios a los operadores jurídicos y se le está volviendo tarde al país reaccionar por esta conducta de tan alto tribunal.

Olvídense pues los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia que nos van a amilanar, y por el contrario, cuenta Colombia con una Corporación que administra justicia autónoma e independientemente, que no acepta presiones de ninguna autoridad pública y mucho menos de una Corporación que está en el mismo límite del poder judicial que nosotros, pero esto no quiere decir que no nos preocupe la conducta de una Corte que está en abierta rebeldía con el sistema judicial colombiano y que primero trató de deslegitimar a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria con el torpe argumento de su origen, en tanto orgullosamente, somos elegidos por el Congreso Colombiano y por ello estamos más cerca del constituyente primario y es mucho más legítima nuestra elección que la de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Y cuando el argumento de nuestro origen no le dio resultado, trata de recurrir al absurdo de denunciar a los magistrados que cumplimos con nuestra Constitución y la ley, por un presunto prevaricato por acción.

Que esta lucha incivilizada de la Corte Suprema, por no aceptar la Constitución, no nos lleve a recurrir a las Cortes internacionales.

Y, en la Introducción al libro de Rubén Darío HENAO OROZCO[17], Juan Manuel CHARRY dice: "*…el autor con un estilo directo y claro, muestra la posición adoptada por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria que él ha contribuido a conformar como Magistrado de la misma Corporación. Acepta a la Corte Constitucional por encima de las demás Corporaciones. Además, se acoge al "nuevo derecho" y sostiene que la interpretación constitucional debe ir más allá del texto literal y los silogismos para comprender valores y principios que se predican alrededor de la persona. Atribuye las diferencias de posiciones de las Altas Cortes a consideraciones relativas a poderes y jerarquías que posponen los derechos fundamentales, de ahí que califique el enfrentamiento con el título de la obra: <Choque de Vanidades>.*"

[17] En: HENAO OROZCO, Rubén Darío. *Choque de Vanidades. Estudio de la Acción de Tutela en las Altas Cortes Colombianas.* Op. Cit., páginas 16 a 17.

HENAO OROZCO, dice que de las cuatro Altas Corporaciones colombianas, únicamente la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ha aceptado y acatado la procedencia de la tutela contra sentencias de las Cortes límites, es decir del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia.

Y es que a la Corte Constitucional se le suele ver "…*como una institución que a través de algunas de sus decisiones dificulta el logro del Estado social de derecho, o que de manera constante se extralimita en sus facultades por cuanto éstas, según se afirma, sólo deben estar orientadas a decidir por razones jurídicas y no políticas o de oportunidad."* [18]

Como es bien sabido y, entre otras, se ha ratificado en la Sentencia T-014 de 2008[19], que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales ha sido objeto de análisis en varias oportunidades por parte de esa Corporación[20] y al respecto se ha dicho que por regla general, la acción de tutela no procede contra providencias judiciales. No obstante, la Corte en situaciones muy excepcionales ha manifestado que este mecanismo será procedente, siempre y cuando, esas providencias amenacen o vulneren derechos fundamentales, de acuerdo con los parámetros que se fijaron desde que fue expedida la Senctencia C-590 de 2005, que enumeró los siguientes requisitos:

> "a. Que la cuestión que se discuta resulta de evidente relevancia constitucional.
>
> b. Que se hayan agotado todos los medios –ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona *afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.*

[18] ROJAS LÓPEZ, Juan Gabriel. *Conflicto Constitucional y Derecho Procesal.* Op. Cit., página 33, citando conceptos de Antonio José NÚÑEZ en *Manifiesto por una justicia constitucional responsable*. Legis, Bogotá, 2005, página 29 y de Iván VILA CASADO en *Los Límites de la Corte Constitucional.* Legis, Bogotá, 2005, página 57.

[19] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-014 de 2008, M.P. Dr. Marco Gerardo MONROY CABRA.

[20] Examinar entre otras las Sentencias T-054 de 2007, T-683 de 2006, T-519 de 2006, T-332 de 2006, T-254 de 2004, T-212 de 2006, T-811 de 2005, T-1317 de 2005, T-1222 de 2005 y C-590 de 2005.

> c. *Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.*
>
> *d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.*
>
> *e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.*
>
> *f. Que no se trate de sentencias de tutela."*

Adicionalmente, la misma providencia enumeró algunas causales especiales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y determinó que al menos si una de ellas está presente en el caso en examen, la solicitud de amparo debe considerarse procedente. Dichas causales son:

> *"a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.*
>
> *b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.*
>
> *c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.*
>
> *d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales[7] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión."*
>
> *e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.*

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

h. Violación directa de la Constitución."

En consecuencia, la tutela puede resultar procedente frente a providencias judiciales en casos concretos en los que se demuestren, además de las condiciones señaladas por la Corte, la afectación de un derecho fundamental.

De esta forma, el concepto de vía de hecho judicial comenzó a ser desplazado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por el de causales genéricas de procedibilidad, bajo el cual quedan cobijados con mayor claridad conceptual y jurídica, los eventos en los que la Corte Constitucional ha determinado que es precisa la intervención del juez constitucional, para preservar los derechos fundamentales, frente a una decisión judicial.

¿Qué solución o remedio procesal *sui géneris* se plantea entonces al choque de trenes desde las Altas Corporaciones Judiciales? ¿El desacato, la desobediencia civil, las diferencias entre pares? ¿Resulta siempre procedente la acción de tutela en contra de providencias judiciales, independientemente de la jerarquía funcional del Despacho que profirió la sentencia?

Y es que el asunto de la tutela contra sentencias, ha ocupado un lugar central en la agenda de reformas de la administración de justicia, así como de los temas pendientes cada año, en el inicio de su período por cada magistrado que asume la Presidencia, tanto de la Corte Suprema de Justicia, como del Consejo de Estado.

El profesor CHARRY[21] sobre este punto expresa que ... "*cualquier análisis debe partir de las necesidades ciudadanas, de la facilidad, rapidez e informalidad de la tutela y de la protección inmediata de los derechos fundamentales. Así las cosas, se podría establecer un recurso de inconstitucionalidad contra las sentencias que se tramiten ante las Altas Corporaciones en sus respectivas jurisdicciones, o se puede aceptar la tutela contra sentencias judiciales y colocar a la Corte Constitucional por encima de las demás corporaciones. Se trata de una genuina decisión política que debe adoptar el constituyente consultando los intereses ciudadanos.*"

En igual sentido, como dicen los profesores Catalina BOTERO MARINO y Juan Fernando JARAMILLO[22], *el conflicto también se ha expresado a través de la renuencia de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado para dictar una nueva sentencia, en aquellos casos en los que la Corte Constitucional ha dejado sin efectos sentencias de esas corporaciones judiciales y ha ordenado que se dicte otro fallo, de acuerdo con los lineamientos establecidos en la sentencia de la Corte. Esta situación ha conducido a la Corte Constitucional a dictar ella misma la sentencia de reemplazo, impartiendo las órdenes pertinentes[23], o a adicionar sus sentencias en el sentido de declarar que una sentencia de un tribunal inferior, que coincidía con la decisión de la Corte Constitucional pero que había sido revocada por la Corte Suprema, recuperaba su valor jurídico[24].*

Pero también, otro punto que no se ha estudiado en Colombia y que por ejemplo en España ha cobrado mucha importancia, es el de la responsabilidad de los jueces y magistrados por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones. Prueba de ello, constituye el seguimiento continuo por parte de los medios de comunicación[25] de algunos casos de

---

[21] En: HENAO OROZCO, Rubén Darío. *Choque de Vanidades. Estudio de la Acción de Tutela en las Altas Cortes Colombianas.* Op. Cit., página 16

[22] BOTERO MARINO, Catalina y JARAMILLO, Juan Fernando. *El Conflicto de las Altas Cortes Colombianas en torno a la Tutela contra Sentencias.* En: www.DJs.org, consultada el 8 de abril de 2008.

[23] Nota de BOTERO y JARAMILLO: Así lo hizo, por ejemplo, en la sentencia T-951 de 2003, que trataba sobre una solicitud de tutela contra providencias judiciales que habían negado el reconocimiento de una pensión de invalidez. En esta ocasión, la Corte declaró la nulidad de los fallos judiciales y le ordenó al Instituto de los Seguros Sociales que adelantara los trámites para el reconocimiento de la pensión.

[24] Se trata de la Sentencia SU-1185 del 17 de febrero de 2004, que reseñaremos varias veces.

[25] Por ejemplo, según Luis E. DELGADO DEL RINCÓN, baste citar la sentencia dictada en España por la Sala Civil del Tribunal Supremo que condena a la cantidad de 500 euros a

responsabilidad judicial, así como de otra de tipo jurídico-constitucional como lo expresa el profesor Luis E. DELGADO DEL RINCÓN[26], "*...ya que la responsabilidad de quienes juzgan se proyecta sobre uno de los dilemas capitales del Estado de Derecho, la inmunidad o el control y eventual responsabilidad de los poderes del Estado, singularmente del Poder Judicial, que es, a su vez, un poder que está legitimado para controlar y exigir responsabilidad jurídica a los ciudadanos y a otros órganos o autoridades del Estado.*"

Tanto internacionalmente, como a nivel nacional, el debate del choque de trenes, es tan complejo, que por ejemplo en 2005 Carlos Isaac NÁDER o en 2008, Francisco Javier RICAURTE, a través de entrevistas al diario *El Tiempo* en el momento de asumir la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, se han expresado al respecto, y han tenido que ratificar institucionalmente su defensa por los fallos de sus Corporaciones, como recientemente lo ha hecho RICAURTE en el caso de la acción de tutela resuelta por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura[27] presentada por el Ministro de Protección Social Diego PALACIOS BETANCOURT, para ser excluido del fallo en el que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia condenó a la ex congresista Yidis MEDINA PADILLA.

A la luz del Derecho comparado, así como de las agudas discrepancias conocidas y existentes en Colombia, nos ocuparemos y analizaremos con detalle inicialmente la evolución de la situación jurídica que se presenta cuando, frente al incumplimiento de los fallos de revisión en materia de acción de tutela de la Corte Constitucional colombiana, ésta,

---

cada uno de los magistrados del Tribunal Constitucional por responsabilidad civil por culpa grave; o la sanción disciplinaria impuesta por el Consejo General del Poder Judicial, anulada posteriormente por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, a los magistrados de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el asunto de la excarcelación de un presunto narcotraficante; u otros casos sobre responsabilidad disciplinaria o penal de los jueces, algunos de ellos con titulares llamativos en periódicos de gran tirada nacional: <Un juez multado por llamar "terrorista" a Aznar> (Diario *El País*, de 10 de abril de 2002); <El ex juez Estevill condenado a 9 años de cárcel por cohecho> (Diario *El País*, de 4 de enero de 2005).

[26] DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. *Las limitaciones material y procesal a la responsabilidad civil del juez en el Derecho español: regulación legal e interpretación jurisprudencial.* En: Revista del Poder Judicial. # 81, Consejo General del Poder Judicial, primer trimestre de 2006, páginas 11 a 49.

[27] COLOMBIA. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Radicación 11001102000200804537. Sentencia de Octubre 1 de 2008, M.P. Dr. Carlos Arturo RAMÍREZ VÁSQUEZ.

según la jurisprudencia y la doctrina constitucional vigente y según los parámetros de la Constitución, se encuentra en capacidad de ejercer la competencia para hacer cumplir sus decisiones, incluso a los más altos tribunales colombianos, como son la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, lo que motivados, en varios casos, como en uno que reseñaremos, a que los magistrados de una Corporación hayan iniciado en contra de otros, en ese caso de los magistrados de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, un proceso incidental por desacato, que ha determinado la denuncia en contra de los integrantes de esa Sala y de los de la Sala de Casación Penal, ante la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes, sin haberse resuelto desde agosto de 2004, ni alcanzado aún a vislumbrar la dimensión nacional internacional del conflicto entre las distintas Ramas del Poder Público, ya que no han parado ahí las denuncias y contradenuncias entre investigadores e investigados. Precisamente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido la más renuente para aceptar la acción de tutela en contra de sentencias y su actuación ha llevado incluso a que se acudiera ante el sistema interamericano de derechos humanos en casos resueltos y por resolver, entre ellos los casos ANTOLÍNEZ, BECERRA BARNEY y PEREA.

Es éste, un acercamiento a un aspecto actual de la confrontación judicial entre la propia Constitución, la Justicia Constitucional y el nuevo Derecho Procesal Constitucional, a partir de la experiencia del ordenamiento constitucional colombiano y su perspectiva comparada con experiencias similares de otros sistemas como el español. Para esto, hemos analizado varios centenares de fallos de la Corte Constitucional colombiana, relacionados con la acción de tutela contra sentencias, los que nos permiten, de acuerdo con el Derecho comparado, proponer algunos procedimientos que podrían zanjar la disputa de las Cortes sobre el choque de trenes.

Parafraseando a GARCÍA ROCA[28], no es el afán de este trabajo acometer ni mucho menos el análisis de todos los conflictos constitucionales, "…*lo que en un sentido amplísimo podría hasta incluir cualquier clase de litigio o controversia que por razón de un sujeto o simplemente del objeto*

[28] GARCÍA ROCA, F. Javier. *El Conflicto entre Órganos Constitucionales.* Op. Cit., página 13.

(la interpretación de la Constitución) se plantee ante la Jurisdicción Constitucional", puesto que sería una obra de magnitudes grandiosas ciertamente difícil cuando ya estamos pasando los dos millones de acciones de tutela en Colombia en estos poco más de tres lustros transcurridos desde la instalación de la Corte el 17 de febrero de 1992 y la expedición de su primera sentencia el 3 de abril de ese año.

Lo que se pretende lograr, con el riesgo de que su resultado deba someterse al trámite incierto de una reforma constitucional, por medio de Acto Legislativo[29], o también, a que por medio de Ley, Decreto o incluso, de una reforma al Reglamento de la Corte Constitucional, es el de proponer soluciones a la "guerra entre cortes" tanto desde una perspectiva que defina el papel de la acción de tutela contra sentencias, como desde un punto de vista académico que determine si las Altas Cortes poseen ciertos privilegios diferenciadores entre sí que les permita ser infalibles, y así, el permanente conflicto entre los órganos constitucionales encargados de administrar justicia, permitirá que también se pueda crear un balance entre órganos y limitar el poder a veces omnímodo de la Corte Constitucional mediante mayorías calificadas para la adopción de sus decisiones para garantizar así la Cosa Juzgada en los demás ámbitos del derecho.

Nuestra propuesta radica en que la Corte Constitucional debe continuar conociendo de la tutela contra sentencias, siempre y cuando la decisión sea tomada en la Sala Plena de la Corte, con mayoría especial, lo cual se solucionaría inicialmente dándole a estos casos, que eventualmente sean seleccionados, el trámite que la misma Corte en su Reglamento dispuso para las denominadas Sentencias SU de Unificación de Jurisprudencia.

Precisamente sobre este punto, HENAO OROZCO,[30] presenta propuestas provocadoras acerca de resaltar el papel de la Corte

[29] En Colombia, según el artículo 374 Superior, la Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo. El artículo 86 de la Constitución, que incluye la función de revisión eventual de las acciones de tutela por parte de la Corte Constitucional, requeriría de un Acto Legislativo, toda vez que de las 25 reformas constitucionales efectuadas, 24 han sido aprobadas por medio de ese mecanismo y una mediante Referendo.

[30] HENAO OROZCO, Rubén Darío. *Choque de Vanidades. Estudio de la Acción de Tutela en las Altas Cortes Colombianas.* Op. Cit., página 17.

Constitucional y cuestionar la supremacía de la Corte Suprema de Justicia, incluso llegando a proponer la supresión de dicha entidad, diciendo que

> "…*Colombia solamente cuenta con Corte Suprema de Justicia <de nombre>, debido a que el ordenamiento jurídico instituido a partir del 4 de julio de 1991, deja a dicha a Corporación única y exclusivamente como una Corte de Casación de la Jurisdicción Ordinaria, además con funciones de juez de única instancia de los altos funcionarios del Estado por parte de la Sala de Casación Penal de ese alto Tribunal.*
>
> *No fue ajena la Asamblea Nacional Constituyente del debate sobre el nombre de tan Alta Corporación. Varios constituyentes fueron del parecer que este Tribunal se denominara en la Constitución Política como <Corte de Casación>. Pero triunfó la otra tesis: la de seguir denominándola <Corte Suprema de Justicia>, aunque de <Suprema> no lleve sino el nombre, y esta afirmación no la hago en forma peyorativa; en ésta se debe a un análisis serio sobre las competencias de cada uno de las cuatro Altas Cortes colombianas."*

Vale advertir, sin embargo, que comentaristas como Juan Manual CHARRY[31], en otro de sus textos, dice con propiedad -y compartimos su idea- que

> "*(L)a Corte Constitucional ha venido ampliando su ámbito de competencias, en contra de la letra misma de la Constitución, transformándose más en un órgano político que en árbitro de esa actividad. Por ejemplo, con la tesis de la tutela contra sentencias revisa los fallos de las otras corporaciones judiciales; con la conexidad de los derechos económicos y sociales con los fundamentales adopta decisiones de contenido económico; con la insustituibilidad de la Constitución juzga por razones de fondo las reformas constitucionales; con la naturaleza intrínseca de las disposiciones controla actos y decretos de conocimiento de otros jueces; con el bloque de constitucionalidad amplía el concepto de Constitución y su órbita de control; con la modulación de sentencias*

[31] CHARRY, Juan Manuel. *La elección del nuevo magistrado. Una oportunidad para solucionar los "choques de trenes"*. En: El Tiempo, miércoles 22 de agosto de 2007, Bogotá, D.C., página 1/17.

complementa o modifica la ley; con la inmediatez de la tutela limita el ejercicio de la acción; con los efectos de sus fallos antes de su publicación genera ambigüedades e incertidumbres. En otras ocasiones, sus decisiones simplemente van en contravía de las fórmulas adoptadas por el legislador, como la despenalización del consumo de drogas, el aborto o la eutanasia. De otro lado, la Corte invoca normas y decisiones extranjeras e internacionales, que merecerían elaborar criterios de incorporación."

Incluso la infalibilidad de la Corte ha sido puesta de presente en varios de sus fallos; bastaría con citar la Sentencia que tuvo como ponente a Ciro ANGARITA BARÓN en 1992[32] y con la cual Diego LÓPEZ MEDINA comienza su libro "El Derecho de los Jueces"[33], diciendo que la Corte Constitucional colombiana, parafraseando al juez Charles EVANS HUGHES de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ha afirmado que: "*(h)oy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela*".

Y es que "…*el mundo de las decisiones interpretativas representan el activismo judicial de todo juez de constitucionalidad y por ello han generado tensiones con el resto de corporaciones judiciales y legislativas, siendo ellas resueltas con el paso del tiempo mediante la creación de límites al denominado activismo judicial y con el cambio de mentalidad y operatividad de los diferentes poderes estatales, ya que si el ejecutivo, el legislador y el juez ordinario satisfacen las necesidades de la población de los estados sociales de derecho, así como sus principios y valores, el activismo judicial pierde su razón de ser."* Esa es la conclusión a la que llega la profesora Lina María ESCOBAR MARTÍNEZ[34], en el análisis que efectúa a las modulaciones de las sentencias

---

[32] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992, M.P. Dr. Ciro ANGARITA BARÓN.

[33] LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial.* 2ª edición, 3ª reimpresión, Universidad de los Andes y Editorial LEGIS, Bogotá, D.C., 2007, página 3.

[34] ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela. *La modulación de sentencias. Una antigua práctica europea.* En: UNIVÉRSITAS # 112, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2006, páginas 91 a 110. También allí hace mención al artículo de BON, P. titulado "*Francia*", en el libro de AJA, E. (ed.) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual,* Ariel, Barcelona, 1998.

del Consejo de Estado colombiano, consideración muy propia para nuestra investigación.

Gracias a esta investigación, podemos decir que la justicia constitucional está suponiendo un profundo cambio jurídico en nuestro ordenamiento jurídico colombiano, y con el análisis previsto, se comprenderá que ésta posee por estos días en Colombia un grave inconveniente, cual es el que uno de los casos más importantes del "choque de trenes", ha dado lugar a que en trascendental decisión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos haya resuelto desde el año 2004 la admisibilidad del caso ANTOLÍNEZ sobre el cual, los medios de comunicación reseñaron en su momento que "*el enfrentamiento entre cortes está prolongando indefinidamente las decisiones judiciales que buscan proteger los derechos fundamentales de las personas, lo que viola su derecho a una justicia rápida y efectiva*" [35].

Los medios de comunicación, como ya lo hemos comentado, han sido determinantes en el tema del "choque de trenes", incluso el balance de más de 165 fallos estudiados, nos permite ver la frecuente influencia de los mismos en la publicidad que se les da con posterioridad a su adopción y a la agitación que produce entre las Altas Cortes el que las confronten a través de pronunciamientos distintos a sus Autos y Sentencias.

REFORMAS

En el Proyecto de Acto Legislativo # 10 de 2002-Senado, se buscó equiparar la jurisprudencia ordinaria y administrativa con la constitucional. Sin embargo, la modificación que más se deseaba realizar era la de la jurisdicción constitucional, porque se buscaba quitarle eficiencia a ese tribunal, entre otras, la posibilidad de conocer de la acción de tutela en contra de providencia judicial y modular sus fallos.

Luego, en el año 2004, aunque se anunció por el Ministro del Interior y la Justicia, nunca se radicó otro proyecto de reforma a la justicia, que

[35] REDACCIÓN JUSTICIA. *Comisión Interamericana urge medidas por colisión judicial. CIDH regaña a Colombia por "choque de trenes"*. En: El Tiempo, miércoles 3 de octubre de 2007, página 1/3.

buscaba neutralizar las competencias de la Corte Constitucional, negándole fuerza vinculante a sus decisiones de tutela.

En abril de 2008, la Senadora Claudia RODRÍGUEZ DE CASTELLANOS, radicó un Proyecto de Ley y otro similar el Representante a la Cámara por San Andrés y Providencia Alberto GORDÓN MAY. En el primer caso, se realizó un Foro para sustentar la propuesta de la senadora RODRÍGUEZ, en el cual se llegó a las siguientes conclusiones:

1. Se presentó una propuesta de ajuste del Reglamento de la Corte Constitucional, para que en caso de ser seleccionadas para revisión acciones de tutela en contra de decisiones de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo Superior de la Judicatura o del Consejo de estado, se les dé el trámite asignado a las sentencias de unificación de jurisprudencia, mientras se da trámite al ajuste, vía reglamentación legal o acto legislativo, a la modificación o desarrollo del numeral 9 del artículo 241 de la Constitución, que es la esencia del proyecto de la H. senadora Claudia Rodríguez de Castellanos, el cual establece que la ley determinará la forma en que la Corte Constitucional debe revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales fundamentales.
2. Para evitar que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado se aparten del contenido del artículo 241 Constitucional, el Proyecto de Ley de la H. Senadora Claudia RODRÍGUEZ DE CASTELLANOS, buscará ajustar los decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992; yo agregaría el 1382 de 2000, no incluido en el borrador del proyecto, toda vez que éste es el que regla las competencias en materia de tutela y que igualmente solucionaría parcialmente la saturación de procesos, así como verdaderamente el choque de trenes.
3. Al no acatar la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual está ajustada en el tema objeto del Proyecto de Ley propuesto, los perjudicados son los ciudadanos, los cuales requieren hacer uso de la tutela contra sentencias judiciales de las corporaciones citadas, al considerar que "el amparo solicitado no puede admitirse a trámite, toda vez, que de acuerdo con las mismas pautas de la Carta Política, ello constituiría a la apertura de un nuevo escenario no contemplado normativamente, e implicaría cuestionar las decisiones que válidamente fueron adoptadas por el órgano límite jurisdiccional, definido por el orde-

namiento jurisdiccional como el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria".

4. Del estudio de la profesora Natalia BERNAL, se encuentra que cuando la Corte Constitucional colombiana es llamada a revisar la interpretación de otras jurisdicciones en los casos en que se trata de examinar las tutelas interpuestas contra sentencias judiciales, la interpretación del intérprete auténtico no es siempre acatada por las Altas Cortes. Se genera entonces una inseguridad jurídica y el precedente constitucional tiende a perder fuerza vinculante. Para solucionar éste problema, el reconocimiento del efecto general de interpretación de la Corte Constitucional como parte integrante del fallo de tutela, así como el control indirecto de los actos en los cuales se funda la decisión judicial proferida, son las soluciones de Bernal Cano para dar solución al choque de trenes.
5. Para evitar el choque de trenes entre las Altas Cortes al revisar sentencias judiciales, debe tenerse en cuenta una sola interpretación uniforme que se impone de manera obligatoria a los operadores jurídicos: se trata de la interpretación conforme a la Constitución, asegurada por la Corte Constitucional, según Natalia BERNAL.
6. La creación de derecho por parte del juzgador como complemento a la función declarativa de reconocer se bajo los límites de la coherencia jurídica. Así, para que exista interpretación uniforme y seguimiento de los lineamientos expuestos por la Corte Constitucional colombiana, debe garantizarse que la interpretación del juez ordinario se ajuste a la Constitución. En caso de error manifiesto, la Corte constitucional deberá revisar la interpretación de otros tribunales como si fuese un tribunal de instancia.
7. El único órgano límite guardián de la Carta Política es la Corte Constitucional y para poder retomar las causales genéricas de procedibilidad de que trata la jurisprudencia constitucional por las cuales deben ser admitidas las acciones de tutela contra decisiones judiciales, independientemente de la jurisdicción de que trate.
8. De la propuesta de la Concejal de Bogotá Clara Lucía SANDOVAL, debe haber entre otros, límites del juez constitucional, aunque reconoce la vital importancia de la tutela contra sentencias, con el fin de proteger los derechos fundamentales en el ejercicio de la administración judicial, con el cuidadoso examen y reglamentación de la acción de tutela.

9. Finalmente, el profesor Klaus KOCH, presentó su visión personal en relación con el tema y en el polo opuesto la visión de la Asociación Nacional de Industriales - ANDI.

Posteriormente, en julio de 2008, se radicó y en octubre se retiró un proyecto de Acto Legislativo que pretendía hacer una reforma a la justicia, pero que para nada tocó el tema de la acción de tutela contra sentencias.

Precisamente, estudiosos del tema de la acción de tutela contra sentencias, como el magistrado Manuel José CEPEDA ESPINOSA, sostienen el innegable valor de las sentencias de la Corte Constitucional –no lo dudamos-, sin embargo creemos que debe existir un grado de consulta ante el Pleno, a lo decidido por las Salas de Revisión de la Corte en materia de Tutela contra decisiones que afecten la estabilidad jurídica y la cosa juzgada en las otras "Altas Cortes", a través de una sana autorestricción, no para estar desconociendo derechos, sino para que la "creatividad judicial" deje de ser fuente de "intranquilidad institucional".

Si bien, el artículo 230 Superior[36] busca reducir la jurisprudencia a un plano secundario dentro del sistema de fuentes, CEPEDA ESPINOSA[37], dice que

> "*En el seno mismo de la Asamblea Constituyente se libró una batalla en torno a este punto. Hubo dos tendencias. La primera promovía una revalorización del papel del juez en una democracia, de su responsabilidad en asegurar la efectividad de un Estado social de derecho y de la necesidad de hacer de la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución un punto obligado de referencia. Esta tendencia logró varios resultados, de los cuales resalto tan solo dos. El primero fue la creación de una Corte Constitucional, lo cual reforzó los elementos de control concentrado de constitucionalidad que ya estaban*

[36] *Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.* Cfr. En: OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Constitución Política de Colombia.* Edición Brevis. Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2006, página 141.

[37] CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Presentación de la primera edición.* En: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Op. Cit., página xv.

> *presentes en nuestra tradición por la introducción de la acción pública de inconstitucionalidad en 1910. El segundo fue el mecanismo de revisión de todos los fallos de tutela por parte de la Corte Constitucional lo cual, al margen de los debates entre las Cortes, lleva a que esta institución tenga la última palaba en cada caso.*" (Subrayado y negrillas fuera del texto). Es decir: *Roma locuta: causa finita.*

Realmente, con nuestra investigación no pretendemos descubrir nada nuevo, sino aclarar qué ha ocurrido y qué puede pasar con el "choque de trenes". Afirmar que lo solucionaremos este conflicto no es del todo probable, debido a que nuestra propuesta ha de ser tramitada como reforma constitucional y mientras tanto, seguirán presentándose enfrentamientos entre las Cortes, pues como afirma Ángel J. GÓMEZ MONTORO[38], "*…(L)a existencia de conflictos es innata a todo sistema organizativo que divida el poder entre diversos órganos y les dote de competencias, pues resulta imposible evitar de forma absoluta las ambigüedades y lagunas, lo que, tarde o temprano, termina por dar lugar a conflictos (aparte de que, por principio, nunca puede impedirse la comisión de infracciones, aun en el supuesto de un sistema de distribución de competencias lo más perfecto posible. Como es sabido, el grado de ambigüedad e indeterminación es mayor en el caso de las normas constitucionales tanto por su origen (fruto muchas veces de un consenso alcanzado precisamente por esa pluralidad de posibles interpretaciones), como por su misma finalidad (el establecimiento de unas pautas generales en las que quepan diversas opciones políticas), y mayores son, en consecuencia, las posibilidades de que surjan controversias.*"

Y precisamente sobre el caso colombiano, Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA[39], agrega: "*Frente a la lucha por superar las incomprensiones jurisprudenciales que siguen existiendo entre las Altas Cortes colombianas cabría explorar formas más empáticas de cooperación y entendimiento mutuo.*

---

[38] GÓMEZ MONTORO, Ángel J. *El conflicto entre órganos constitucionales.* Colección de Estudios Constitucionales. Prólogo de Manuel Aragón Reyes. C.E.C., Madrid, 1992, página 26. Afirmación que se basa en la obra *Teoría General del Estado* de G. JELLINEK, el cual dice que "*ninguna división puede tener una perfección lógica, porque se trata de comprender la vida y no una materia muerta, y todo lo vivo, aún cuando se dirija a la práctica, está a menudo privado de lógica.*"

[39] LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces.* Op. Cit., página 136.

Creo respetuosamente que las tres Altas Cortes deberían ser más conscientes de ello y obrar en consonancia."

Aspiramos a que nuestros resultados sirvan como razonamiento para explicar a la Corte Suprema de Justicia, al Consejo de Estado y al Consejo Superior de la Judicatura lo mismo que la Corte Constitucional, la que también integra la Rama Jurisdiccional del Poder Público en Colombia, que es a ésta a la que finalmente le corresponde decidir acerca de la supremacía de la Constitución. Sin embargo, los otros tribunales mencionados, y particularmente la Corte Suprema de Justicia, ha tratado de reivindicar su anterior facultad, para señalar que también puede interpretar la Constitución según sus competencias, lo cual dejó de ser así desde cuando en 1991 la antigua Sala Constitucional se convirtió en Corte.

Lo que existe y buscamos aclarar, es que un enfrentamiento continuo entre las Cortes es inconveniente dentro del modelo de Estado Social de Derecho que ha seguido Colombia desde la expedición de la Constitución Política de 1991. Aunque para muchos, el monopolio de la Corte Constitucional[40] en la revisión de sentencias en materia de tutela es el mayor problema, nuestras conclusiones aportarán alguna solución sobre este tema, buscando que las "posturas jurisprudenciales", a veces "incendiarias", puedan ser "apagadas", siguiendo un procedimiento que ampare la legitimidad democrática y las funciones de cada uno de los órganos del Estado.

Y es que según Ignacio BORRAJO INIESTA[41], "…*los conflictos que surgen entre las instituciones centrales y periféricas del Estado son sólo un tipo <<de los varios que pueden plantearse, y ni siquiera el más usual e importante*."

---

[40] Sobre el monopolio de la Corte o Tribunal Constitucional, Francisco RUBIO LLORENTE, ha puesto de relieve en diversas ocasiones esta afirmación, como por ejemplo en su artículo *El bloque de constitucionalidad*, publicado en: Revista Española de Derecho Constitucional, # 27, CEC, Madrid, 1989, páginas 34 y siguientes.

[41] GÓMEZ MONTORO, Ángel J. *Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Contencioso Administrativa en la resolución de conflictos positivos de competencia.* En: Revista Española de Derecho Constitucional. C.E.C. # 30, Madrid, septiembre a diciembre de 1990, página 118, haciendo relación al artículo de Ignacio BORRAJO INIESTA, *El Estado de las Autonomías a la luz de la experiencia federal de los Estados Unidos,* publicado en el # 1 de la misma Revista, páginas 33 a 53. También se recomienda de X. PIBERNAT, el artículo *Los conflictos constitucionales,* en Revista Jurídica de Catalunya, # 4, páginas 197 a 209.

Dicha afirmación encuentra mayor claridad en GÓMEZ MONTORO[42], cuando expresa que el conflicto entre órganos constitucionales se configura como "*…un proceso encaminado a garantizar las normas constitucionales que organizan los poderes públicos y, más específicamente, las que establecen las competencias de los denominados órganos constitucionales del Estado. Se trata en estos casos de conflictos de naturaleza jurídica, cuya resolución debe llevarse a cabo por vías jurisdiccionales. Al establecerse en la norma fundamental las competencias que corresponden a cada uno de los órganos supremos del Estado, los conflictos que pueden surgir por un diverso entendimiento de las mismas se resuelven, como acabamos de señalar, mediante la interpretación de la Constitución y su aplicación a un caso concreto, resolución que se configura, por tanto, como un verdadero proceso jurisdiccional*", tal y como ocurre en el caso colombiano.

En Colombia, con anterioridad a la expedición de la Carta, muy pocos juristas, de la joven, pero ya madura generación de la Constitución de 1991, se han adentrado en el estudio del control por vía judicial, comentando y comprendiendo lo que luego de expedido el Acto Legislativo # 01 de 1945, vino a ser denominado el Título XX de la Constitución de 1886, bajo la expresión "jurisdicción constitucional". Sin embargo, ya antes se había dado comienzo a la defensa de la Carta Fundamental, con el establecimiento de un control de tipo político, radicado en el Congreso, lo cual se introdujo en casi todas las constituciones que precedieron a la de 1886.

Antes de resaltar lo mucho que se ha construido en los últimos más de tres lustros transcurridos desde 1991, quiero hacer un reconocimiento a algo que estimo poco valorado en nuestro país: Colombia tiene una tradición centenaria e interrumpida de defensa judicial de la Constitución.

Más adelante se originó una nueva tesis dentro de las Constituciones, la cual se denominó *"judicialismo",* según la cual, se permitía al poder judicial ejercer junto con el legislativo, el control constitucional de las leyes, aunque con un carácter no tan amplio como se consagra hoy día, pues prevaleció la voluntad parlamentaria para decidir sobre la

[42] GÓMEZ MONTORO, Ángel J. *El conflicto entre órganos constitucionales.* Op. Cit., página 27.

constitucionalidad de los actos de las legislaturas que hubiera suspendido la Corte Suprema de Justicia u objetado el Ejecutivo. Fue así como con la Constitución de la Confederación Granadina, promulgada el 22 de mayo de 1858, se dio un primer paso para el desplazamiento de competencias del control constitucional al poder judicial. Luego vino la Constitución del 8 de mayo de 1863, que permitía a la Corte suspender, por unanimidad de votos, a pedido del Procurador General o de cualquier ciudadano, la ejecución de los actos administrativos de las Asambleas de los Estados, cuando fueren contrarios a la Constitución o a las leyes de la Unión y se refirió también a la suspensión de los actos de las legislaturas estatales; y años más tarde, la del 4 de agosto de 1886, que nos rigió hasta el 4 de julio de 1991.

Con la Constitución de 1886, se vino a admitir un primer y simple mecanismo de control de constitucionalidad en cabeza del Presidente de la República, quien lo ejercía con respecto a los proyectos de ley que se sometían a su sanción ejecutiva, lo cual se venía a concretar en un control algo relativo sobre el contenido del texto legal, pero, como tal sistema no estaba consagrado formalmente, sólo hasta 1910 se vino a proyectar la supremacía constitucional sobre las leyes y el consiguiente control jurisdiccional de constitucionalidad a través de una acción pública que podía ejercer cualquier ciudadano contra las leyes –incluidas las aprobatorias de tratados públicos internacionales– ante la Corte Suprema de Justicia, a la cual se le asignó en ese momento la función de ser guardiana de la integridad y supremacía del Estatuto Superior, lo que conservó hasta 1991, cuando nació la Corte Constitucional.

En la antigua Carta del siglo XIX, expedida en 1886, se adoptó en principio, un mecanismo previo de control constitucional preventivo en cabeza del Ejecutivo respecto de los proyectos de ley, lo que desde entonces se conoce como de *"objeciones presidenciales"*, cuando eran enviadas las leyes aprobadas por el Congreso para sanción ejecutiva, estableciéndose con ello, una especie de control político que en cierta forma servía para vetar las futuras leyes, bien por razones de inconstitucionalidad material o por vicios en los trámites para su formación, hasta tanto no se subsanasen las deficiencias que observara el Presidente con respecto a la Constitución.

En este caso, si las cámaras legislativas insistieren en su sanción, el proyecto de ley, pasaba luego a consideración de la Corte Suprema de Justicia, para que la Sala Constitucional de ella, dentro del término de seis días, decidiera sobre su exequibilidad y, en caso de que el fallo de la Corte fuese afirmativo, el Presidente era obligado a sancionar la ley, pero si era negativo, se archivaba el proyecto. Ese era el control de tipo preventivo, porque la intervención de la Corte ocurría antes de que ese acto objetado hubiese pasado al ámbito del derecho positivo.

Corresponde justamente a Colombia el honor de haber sido el primer país que le dio toda la importancia que merece el control constitucional de las leyes, confiriéndole a la Corte Suprema de Justicia la atribución de decidir, en definitiva, sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hubieren sido objetados por el gobierno como inconstitucionales (artículo 151 de la Constitución de 1886); pero lo más digno de notar, es que no se limitó a ese medio de control, de suyo tan importante, sino que en la reforma de la Carta que se efectuó en 1910, se precisó definitivamente el control constitucional de las leyes, al hacerlo operante por vía de acción como se aprecia con la sola lectura del artículo 41 de dicha reforma.

Fuera de las atribuciones precisas que la Carta colombiana le confería sobre el particular a la Corte Suprema de Justicia, los jueces podían declarar que determinada norma legal violaba la ley superior de la República, en procesos en que alguna de las partes así lo solicitare por vía de excepción o aun de oficio por el juez cognoscente, como se colige de lo preceptuado en el artículo 215º de la Carta anterior, cuando disponía que "*en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales*", de allí proviene el "choque de trenes" actual y la identificación del problema a solucionar con nuestra investigación.

En cumplimiento de ese objetivo de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, el artículo 241 Superior, le asignó competencia exclusiva y excluyente para ejercer el control abstracto de constitucionalidad, de los actos reformatorios de la Constitución y de las leyes en sentido formal y material - entre otras competencias -, y para ejercer un control concreto (denominación germánica) mediante la

revisión eventual de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales y de los directamente conexos con ellos, e incluso, de los llamados "*derechos fundamentales innominados*"[43], de creación pretoriana, como el *derecho a la subsistencia* (sentencia T-005 de 1995), *el derecho al amor* (sentencia T-416 de 1995), *el derecho al olvido* (sentencia T-551 de 1994), *el derecho a la maternidad reforzada*, el *derecho al mínimo vital*, etc., último que se desprende de la interpretación sistemática de la Constitución y que utilizan esta noción como un conjunto de condiciones materiales garantizadas por un rango más o menos amplio de derechos prestacionales, en las que la dignidad parecería ser el determinante último de toda la argumentación, llevaron a que gracias al proceso constituyente, se creara una sólida jurisdicción pública constitucional, que requiere ya de una ajuste.

¿Qué ha cambiado en los casi 18 años de construcción de una jurisdicción constitucional? Lo primero que hay que resaltar es que en 1991 los Delegatarios Constituyentes hicieron una apuesta audaz: decidieron que el juez constitucional en Colombia no es solamente la Corte Constitucional, lo es también todo juez de la república. Esa, sin duda, fue una decisión crucial del Constituyente del 91 que confió entonces a los jueces del país la noble misión de ser garantes de los derechos constitucionales fundamentales.

Lo otro que quiero resaltar es cómo a partir de esa decisión, los jueces han jugado un papel trascendental en todo el país y gradualmente se ha ido construyendo en Colombia una verdadera jurisdicción constitucional.

Los fallos de la Corte Constitucional colombiana, por regla general, tienen efecto vinculante *erga omnes* cuando realiza control abstracto de constitucionalidad y, en caso de control concreto de constitucionalidad o acción de tutela, su efecto es *Inter. Partes*, que es o que en últimas buscó el Constituyente.

---

[43] Según el Estudio Ocasional del CIJUS de la Universidad de los Andes, página 11, los jueces constitucionales reconocen derechos fundamentales innominados a partir de una concepción holista de la Constitución, citando a Ronald DWORKIN en *Freedom´s Law: The Moral Reading of the American Constitution,* y a Richard POSNER en *Legal Reasoning From the Top Down and From the Bottom Up: The Question of Unnumerated Constitutional Rights.*

Precisamente sobre el valor de los efectos de sus fallos, la Corte Constitucional desde el año 2000 insiste cada vez más en sus decisiones, que las sentencias de tutela no poseen ya valor *Inter Partes*, sino que como doctrina vigente obligan por sus hechos o circunstancias para casos análogos en lo que constituye la era de la vigencia del precedente constitucional y la introducción de un *Common Law* dentro de nuestro tradicional sistema romano-germánico o continental europeo.

Sobre ese particular asunto, la Corte Constitucional mediante ponencia del magistrado José Gregorio HERNÁNDEZ GALINDO[44] en la Sentencia T-068 de 2000, quiere mostrar que no es indemne a la crítica de sus pares por pensar como piensa y para tal circunstancia, reproduce allí un párrafo de una Sentencia de 1999[45], expedida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en la cual se lee este argumento que motiva el "choque de trenes":

> "*(E)s suficientemente conocido que las sentencias de tutela sólo producen efectos inter partes. Cierto que la Corte Constitucional, para evitar especialmente que se fallen hechos similares en distinta forma por sus diversas salas de tutela, inventó el instituto de las llamadas "sentencias de unificación". Y cierto es, igualmente, que, según parece, la Corte considera que esas sentencias obligan no sólo a sus miembros sino a todas las autoridades del país… Otro aspecto de esta cuestión se relaciona con la seguridad jurídica: el instituto de la tutela acabó con esa seguridad, que consiste en que los fallos definitivos de los jueces o las corporaciones judiciales, ponen punto final a los pleitos. Ahora ese punto final sólo lo ponen las sentencias de tutela. Mientras tanto, todos los fallos judiciales están en interinidad, son cosa juzgada pero no definitiva, sino interina. ¡Qué tal que los jueces, so pretexto de que con diversas tutelas se violó el derecho a la igualdad, se dediquen a tutelar contra tutelas! ¡Eso sí sería el acabose!*.". (Negrillas fuera del texto).

[44] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-068 de 2000, M.P. Dr. José Gregorio HERNÁNDEZ GALINDO.

[45] COLOMBIA. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia del 2 de septiembre de 1999.

Por esa razón, hoy en día, cada fallo, del tipo que sea, debe tener una explicación, persuasión y justificación razonada con base en la misma Constitución y al sistema de fuentes del derecho vigentes, incluidas otras sentencias debido al valor fundamental del precedente en Colombia.

Tanto en casos de constitucionalidad, como de tutela, tendrán fuerza vinculante los conceptos consignados en los fundamentos jurídicos que guardan relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva del fallo. *"(l)a doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar para las autoridades y corrige la jurisprudencia".*

El juez constitucional a través de sus decisiones de tutela y sentencias de constitucionalidad aplica y concreta la Constitución como norma de textura abierta, es decir, expresiva de valores, principios y conceptos susceptibles de interpretación aplicativa innovadora. Por eso, la sentencia de tutela proferida dentro del procedimiento de revisión ante la Corte Constitucional, debe gozar de la intangibilidad que del principio de la cosa juzgada deriva, sin que pueda ni siquiera la misma Corte Constitucional reexaminar nuevamente sus fallos de revisión para modificar el proveído inicial, pero sí para hacer que éstos se cumplan cuando se configure desacato sobre los mismos, lo que ha dado lugar al frecuente "choque de trenes".

Esa resolución de conflictos entre órganos constitucionales no propiamente y de manera taxativa es una de las funciones de la Corte Constitucional, aunque el numeral 9° del artículo 241 provea lo siguiente:

> "*9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.*"[46]

De ahí que el incumplimiento de las decisiones de la Corte Constitucional por parte de órganos de similar naturaleza, como son la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, hace que el ejercicio del poder de la Corte Constitucional le permita intervenir cuando se produzca un desacato y le permita

[46] OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Constitución Política de Colombia, edición Brevis.* Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2006, página 148.

imponerse ante los demás tribunales, dentro de lo que KELSEN, ha considerado como "el punto sustancial en la determinación del ámbito de la justicia constitucional" [47] y que para GÓMEZ MONTORO[48], es parte de "la jurisdicción de conflictos como jurisdicción constitucional".

Ese desacato, está sancionado por el Decreto 2591 de 1991[49], que en su artículo 52, prescribe lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 52. DESACATO. La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.*
>
> *La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción. (La consulta se hará en el efecto devolutivo)."* [50]

Sin embargo, debe aclararse que en más de dos millones de acciones de tutela que han pasado desde 1992 por la Corte Constitucional, no en todos se ha dado lo que corresponde a la denominada "superposición de jurisdicciones", que en Colombia se desarrolla partir de la llamada "tutela contra sentencias.

La necesidad de que se cumplan los fallos en materia de tutela, es una exigencia del juez constitucional, no solo con base en el artículo 52 citado, sino en el artículo 27[51], que dispone:

---

47 GÓMEZ MONTORO, Ángel J. *Jurisdicción Constitucional…* Op. Cit., página 94.

48 Ibíd. , página 94.

49 COLOMBIA. COMISIÓN ESPECIAL LEGISLATIVA. Decreto 2591 de 1991 (noviembre 19). Diario Oficial # 40165.

50 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-092 de 1997, febrero 26, M.P. Dr. Carlos GAVIRIA DÍAZ. En este fallo se declaró Exequible el primer inciso de la norma, reiterando la Sentencia C-243 de 1996, M.P. Dr. Vladimiro NARANJO MESA, quien por su parte ya había declarado Inexequible la expresión que dejamos dentro del paréntesis.

51 Op. Cit., Decreto 2591 de 1991.

> *"ARTÍCULO 27. CUMPLIMIENTO DEL FALLO. Proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.*
>
> *Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.*
>
> *Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario en su caso.*
>
> *En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza."*

Para BOTERO y JARAMILLO[52], *...el conflicto entre las altas cortes colombianas alrededor de la tutela contra sentencias judiciales se ha agudizado en los últimos años. Si bien este litigio tuvo desde un principio amplia resonancia pública, las características actuales del mismo lo hacen realmente muy grave. Ya no se trata de una mera diferencia de opiniones, que incluso se ventilaba por medio de la prensa, sino de enfrentamientos verdaderos entre las altas cortes. De allí que algunas se nieguen decididamente a conocer sobre acciones de tutela contra sentencias judiciales o a cumplir las sentencias de tutela, mientras que la Corte Constitucional intenta resolver ésta situación a través de distintas medidas de creación jurisprudencial. Pero, además, el conflicto ya ha pasado a otras instancias, tales como la Comisión de Acusaciones de la Cámara de representantes y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.*

La situación planteada –Agregan los autores- *no es ciertamente favorable a los intereses de los ciudadanos. El conflicto entre las altas cortes los deja en la incertidumbre acerca de los procedimientos a seguir en el caso de que consideren*

[52] BOTERO MARIÑO, Catalina y JARAMILLO, Juan Fernando, artículo citado.

que una sentencia les ha vulnerado sus derechos fundamentales, y los somete a trámites adicionales y prolongados en el caso de que decidan acudir a la acción de tutela. Además, incluso en el caso de que obtengan un fallo de tutela en su favor se encuentran en muchas ocasiones con la renuencia de las altas cortes para cumplirlo.

Pero la situación planteada también genera un grave daño a la imagen de la administración de justicia, con consecuencias difíciles de prever. A pesar de la inestabilidad política que ha sufrido Colombia casi desde el principio de su existencia, el país ha podido consolidar una importante tradición de independencia judicial. Este legado ha sido fortalecido con la Constitución de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. De esta manera, la rama judicial se ha perfilado como una verdadera instancia de control de las demás ramas del Poder Público.

Sin embargo, –Concluyen BOTERO y JARAMILLO-, *las divisiones entre las altas cortes allanan el camino para el recorte de la independencia de la rama judicial. Hasta el momento se han presentado distintas propuestas de reforma constitucional y legal dirigidas a restringir los alcances de la acción de tutela, a limitar las posibilidades de revisión de la Corte Constitucional sobre la declaración de los estados de emergencia, a eliminar el Consejo Superior de la Judicatura, a restringir la acción y los procedimientos de pérdida de investidura, etc. Esos intentos de reforma no han fructificado hasta el momento. No obstante, la división existente entre las altas cortes alrededor del tema de la tutela contra sentencias puede facilitar la aprobación de una reforma constitucional que cercene las facultades de los órganos de la rama judicial y, por consiguiente, restrinja la independencia judicial.*

Es decir, que aunque de manera taxativa se delimiten las competencias de cada uno de los órganos jurisdiccionales que participan del proceso en materia de la acción de tutela, muchas veces "la interpretación y aplicación de tales normas suele dar lugar a conflictos y se hace imprescindible la atribución a un órgano jurisdiccional de competencia para su resolución"[53]; ese órgano es siempre el juez mismo del caso, quien en un eventual incumplimiento, se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir el fallo y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél.

[53] GÓMEZ MONTORO, Ángel J. *Jurisdicción Constitucional…* Op. Cit., página 106.

En nuestro caso la Corte Constitucional, en el español su Tribunal Constitucional, "*aparece al mismo tiempo como un instrumento idóneo para garantizar la división del poder tal y como ésta viene formulada en las modernas Constituciones, y sin que al resolver los conflictos venga a ocupar una posición de supremacía añadiendo un nuevo factor de complejidad a los ya de por sí complejos sistemas de articulación de los poderes del Estado. Y al garantizar la división del poder se garantiza en última instancia la libertad individual pues, a pesar de los fuertes componentes de carácter funcional que inspiran la división de poderes, ésta sigue siendo – en sus diversas formas- una de las principales garantías de los ciudadanos frente al poder*" [54], al poder irreflexivo e irracional que nace de la arbitrariedad y que en ocasiones hace dudar de la validez y generalidad de algunas decisiones de la Corte.

En el "choque de trenes" colombiano, aunque puede surgir –y en ocasiones así ha ocurrido-, un conflicto de carácter político, o con tales connotaciones, la decisión de la controversia por la aplicabilidad o no de la decisión de la Corte Constitucional no depende de una decisión política, sino de la obligación de cumplir por parte del obligado, de una decisión de cualquier juez de la república, encuéntrese en el nivel que sea, desde el promiscuo municipal hasta el más connotado magistrado, lo que justifica en últimas la intervención de la Corte Constitucional, al tenor del artículo 86 Superior y demás normas concordantes, en las que tendrán que presentarse enmiendas, para evitar un posible desbordamiento y acaparamiento del poder en lo que se ha denominado el "*gobierno de los jueces*", aunque no obstante, podríamos aplicar para nuestra Corte Constitucional, la definición de GÓMEZ MONTORO[55], es "*la piedra angular del orden constitucional de la libertad*", o la que en su momento S.M. don Juan Carlos de BORBÓN, Rey de España, expresó acerca del Tribunal Constitucional de ese país cuando cumplió veinticinco años de funcionamiento: "*Es vértice insustituible de nuestro Estado de Derecho*"[56].

---

[54] GÓMEZ MONTORO, Ángel J. *El conflicto entre órganos constitucionales.* Op. Cit., página 30.

[55] GÓMEZ MONTORO, Ángel J. *El conflicto entre órganos constitucionales.* Op. Cit., página 30, haciendo mención a la frase "*Er hat sich als ein Eckpfeiler der freiheitlichen Verfassungsordnung erweisen*", pronunciadas por SCHMIDT-BLEIBTREU, en: SCHMIDT-BLEIBTREU / KLEIN, *Comentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutscland*, Neuwied am Rheim, 1983, página 1003.

[56] Palabras citadas en su intervención verbal por la Presidenta del Tribunal Constitucional Español María Emilia CASAS BAHAMONDE, el jueves 15 de noviembre de 2007 en las

BIBLIOGRAFÍA.

ARAGÓN REYES, Manuel. *Prólogo.* En: GÓMEZ MONTORO, Ángel J. *El conflicto entre órganos constitucionales.* Colección de Estudios Constitucionales. C.E.C., Madrid, 1992, página 20.

BOTERO MARINO, Catalina y JARAMILLO, Juan Fernando. *El Conflicto de las Altas Cortes Colombianas en torno a la Tutela contra Sentencias.* En: www.DJs.org, consultada el 8 de abril de 2008.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Presentación de la primera edición.* En: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. GÓMEZ MONTORO, Ángel J. *El conflicto entre órganos constitucionales.* Colección de Estudios Constitucionales. Prólogo de Manuel Aragón Reyes. C.E.C., Madrid, 1992, página 26.

CHARRY, Juan Manuel. *La elección del nuevo magistrado. Una oportunidad para solucionar los "choques de trenes".* En: El Tiempo, miércoles 22 de agosto de 2007, Bogotá, D.C., página 1 / 17.

COLOMBIA. COMISIÓN ESPECIAL LEGISLATIVA. Decreto 2591 de 1991 (noviembre 19). Diario Oficial # 40165.

COLOMBIA. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Radicación 11001110200020080453 7. Sentencia de Octubre 1 de 2008, M.P. Dr. Carlos Arturo RAMÍREZ VÁSQUEZ.

COLOMBIA. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia del 2 de septiembre de 1999.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-092 de 1997, febrero 26, M.P. Dr. Carlos GAVIRIA DÍAZ.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-014 de 2008, M.P. Dr. Marco Gerardo MONROY CABRA.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-068 de 2000, M.P. Dr. José Gregorio HERNÁNDEZ GALINDO.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992, M.P. Dr. Ciro ANGARITA BARÓN.

DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. *Las limitaciones material y procesal a la responsabilidad civil del juez en el Derecho español: regulación legal e interpretación jurisprudencial.* En: Revista del Poder Judicial. # 81, Consejo General del Poder Judicial, primer trimestre de 2006, páginas 11 a 49.

Jornadas Conmemorativas del XXV Aniversario de la expedición de la Ley Orgánica de Reforma y Amejoramiento del Fuero de Navarra – LORAFNA, organizadas por el Parlamento de Navarra, la Universidad Pública de Navarra y la Universidad de Navarra en la sede del Parlamento del 13 al 15 de noviembre de 2007.

ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela. *La modulación de sentencias. Una antigua práctica europea.* En: UNIVÉRSITAS # 112, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2006, páginas 91 a 110. También allí hace mención al artículo de BON, P. titulado "*Francia*", en el libro de AJA, E. (ed.) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual,* Ariel, Barcelona, 1998.

GARCÍA ROCA, F. Javier. *El Conflicto entre Órganos Constitucionales.* Colección Temas Clave de la Constitución Española. Tecnos, Madrid, 1987, página 19.

GIMENO SENDRA, Vicente. *De nuevo el conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.* En: Persona y Derecho, Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos # 44, Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2001, páginas 103 a 111.

GÓMEZ MONTORO, Ángel J. *Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Contencioso Administrativa en la resolución de conflictos positivos de competencia.* En: Revista Española de Derecho Constitucional. C.E.C. # 30, Madrid, septiembre a diciembre de 1990, página 118, haciendo relación al artículo de Ignacio BORRAJO INIESTA, *El Estado de las Autonomías a la luz de la experiencia federal de los Estados Unidos,* publicado en el # 1 de la misma Revista, páginas 33 a 53. También se recomienda de X. PIBERNAT, el artículo *Los conflictos constitucionales,* en Revista Jurídica de Catalunya, # 4, páginas 197 a 209.

HENAO OROZCO, Rubén Darío. *Choque de Vanidades. Estudio de la Acción de Tutela en las Altas Cortes Colombianas.* Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, D.C., 2007.

HENAO OROZCO, Rubén Darío. *Tutela contra sentencias de las Altas Cortes o Choque de Vanidades.* En: *Prolegómenos. Derechos y Valores*. Universidad Militar Nueva Granada, volumen IX, # 17, enero a junio de 2006, página 129.

HERNÁNDEZ-MORA, Salud. *Una Injusticia: Guerra de poder y vanidades.* En: El Tiempo, agosto de 2007, página Editorial. También sobre "Guerra de Vanidades", se puede estudiar el libro del mismo título, publicado por el magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura Rubén Darío OROZCO HENAO,

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial.* 2ª edición, 3ª reimpresión,

Universidad de los Andes y Editorial LEGIS, Bogotá, D.C., 2007, página 3.

LUCIFREDI, Voz: *Attribuzioni (conflitto di)*. En: *Enciclopedia del Diritto,* Giuffré, vol. X, Milán, 1959, páginas 284-304.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Constitución Política de Colombia.* Edición Brevis. Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2006, página 141.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Interpretación y Dogmática Constitucional.* Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2005, páginas 489 a 502.

ORDÓÑEZ MALDONADO, Alejandro. *El libre desarrollo de nuestra animalidad.* En: *El Nuevo derecho, el Nuevo orden Mundial y la Revolución Cultural*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2007.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *Vías de Hecho. Acción de tutela contra providencias.* 2ª edición actualizada. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2005, página 300.

REDACCIÓN JUSTICIA. *Comisión Interamericana urge medidas por colisión judicial. CIDH regaña a Colombia por "choque de trenes"*. En: El Tiempo, miércoles 3 de octubre de 2007, página 1/3.

ROJAS LÓPEZ, Juan Gabriel. *Conflicto Constitucional y Derecho Procesal.* Colección # 3 de Investigación Jurídica Procesal. Sello Editorial de la Universidad de Medellín, Medellín, 2008, páginas 14 y 17, adaptación del suscrito al primer párrafo citado.

LA DETERMINACIÓN DE LOS EFECTOS TEMPORALES EN LA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD: UN PROBLEMA DE RAZONABILIDAD JURÍDICA[1].

Jorge Baquerizo Minuche
jorge.baquerizo02@ucsg.edu.ec

RESUMEN:

El presente trabajo se remite a una controversial decisión de la justicia constitucional ecuatoriana en un caso paradigmático de tensión o concurrencia entre principios jurídicos. Partiendo del análisis del punto de vista estructural y de una visión de las normas como *razones para la acción*, se identifica dentro de la Constitución Ecuatoriana la existencia del principio de irretroactividad de las sentencias de inconstitucionalidad como *principio institucional* dirigido a preservar la seguridad jurídica. Pero ¿debe siempre prevalecer dicho valor en todos los casos? La tesis inserta en este ensayo intenta dar una respuesta a la cuestión planteada, así como a la forma de resolver la mentada polémica judicial desde la plataforma del Estado Constitucional.

PALABRAS CLAVE:

Inconstitucionalidad, efectos temporales, irretroactividad, principios, seguridad jurídica, argumentación.

Introducción.-

El inciso primero del Artículo 278 de la Constitución Política de la República del Ecuador (CPR, en lo posterior)[2], establece:

---

[1] El presente trabajo constituye una versión sintética del originalmente presentado previo a la obtención del Título de Especialista en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante (España), en Octubre de 2007.

[2] No obstante la actual vigencia de una nueva Constitución Política (2008), a lo largo de este trabajo nos referiremos a la Constitución de 1998, pues la controversia judicial sobre la que se centran las argumentaciones, fue resuelta bajo la vigencia de ésta. Importante

«*La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno*». (El subrayado es mío)

Por su parte, la Ley Orgánica de Control Constitucional (LOCC), en su artículo 22, dispone:

«*Las disposiciones de ley, decreto-ley, decreto, ordenanza o reglamento materia de la demanda, que el Tribunal las declare inconstitucionales, cesarán en su vigencia y desde que tal resolución se publique en el Registro Oficial, no podrán ser invocadas ni aplicadas por juez o autoridad alguna*.

Dicha resolución, no afectará las situaciones jurídicas surgidas al amparo de tales normas y antes de la declaratoria de su inconstitucionalidad». (El subrayado es mío)

La cuestión que aquí pretendemos abordar es la siguiente: Tratándose de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, ¿Es la irretroactividad un efecto jurídico siempre compatible con los principios de un Estado Constitucional? O con palabras más sencillas: ¿Deben ser irretroactivas las declaraciones de inconstitucionalidad para todos los casos?

Hemos de cotejar el referido planteamiento con dos tópicos interrelacionados: a) la categoría normativa de la disposición constitucional que impone la mentada irretroactividad, a fin de descifrar si un pretendido carácter absoluto sería coherente con el funcionamiento de un sistema jurídico contemporáneo; y, b) la existencia de otros valores constitucionales distintos a los que respaldarían tal disposición de irretroactividad, en orden a construir –sobre la base de un caso práctico tomado de la jurisprudencia constitucional- un escenario de concurrencia de principios y su correspondiente solución por intermedio de la argumentación jurídica.

---

es destacar, por otra parte, que el actual artículo 436, numeral 2, de la Constitución vigente, sin decantarse expresamente por ningún efecto temporal de la inconstitucionalidad, prescribe que su consecuencia será la *invalidez del acto normativo impugnado*, lo que sugiere en principio (y al igual que la anterior CPR) un efecto temporal no retroactivo.

Con posterioridad a dicho ejercicio, intentaremos extraer breves conclusiones referentes a la derrotabilidad del ordenamiento jurídico, así como a la importancia de tomar en serio el paradigma del constitucionalismo de nuestros tiempos.

I.- La irretroactividad de la declaratoria de inconstitucionalidad: ¿Qué tipo de enunciado jurídico dispone tal efecto?

Esbozada la cuestión central de este trabajo, se puede anticipar que éste gira en torno a los alcances de la norma extraída del artículo 278.1 de la CPR, antes transcrito, referente a los efectos temporales de las declaraciones de inconstitucionalidad. Por tanto, y en orden a ubicar su correspondencia dentro de tipología de los enunciados jurídicos, nos parece adecuado comenzar con una breve síntesis de lo que Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO apuntan sobre la dimensión regulativa del Derecho y, mas concretamente, sobre su composición entre principios y reglas[3].

I.A) Principios y Reglas. Principios sustantivos y Principios institucionales.-

Desde de la perspectiva de las normas como razones para la acción –que atiende al papel o función que cumplen éstas en el razonamiento jurídico justificativo- las reglas proveen razones operativas de carácter *perentorio* o *protegido*, lo que significa que los órganos aplicadores del Derecho -al constatar la configuración de las condiciones de aplicación de la regla- deben limitarse a adoptar el contenido de ésta como base de sus resoluciones, sin poder incluir juicios de balance entre razones aplicables. Por el contrario, los principios proveen razones operativas pero *no perentorias*, esto es, que deben ser ponderadas o sopesadas deliberativamente con otras razones para elaborar una regla de aplicación concreta.

Ahora bien -pasando de la dimensión directiva a la dimensión regulativa o valorativa de este enfoque, y siguiendo siempre a los referidos profesores- los principios pueden consistir en *directrices* o *principios en sentido estricto*, dependiendo si tales pautas incorporan

[3] *Vid. Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos.* Tercera Edición, Editorial Ariel, Barcelona, 2005, Capítulo I.

razones finalistas o *razones de corrección*, respectivamente[4]; vale decir, si tales razones aportan valores utilitarios (simplemente instrumentales) o valores últimos. Así, los principios en sentido estricto califican deónticamente una acción que se relaciona conceptualmente con valores últimos del sistema, v.gr., la libertad de expresión o la no discriminación; y las directrices, por el contrario, ordenan la consecución de objetivos colectivos valiosos pero no con carácter último, como -por ejemplo- el pleno empleo (valor instrumental de un valor último, cual sería, la igualdad). Las reglas, por su parte, pueden incorporar cualquiera de estos valores o incluso combinaciones entre ellos[5].

Sin embargo, y como bien añaden los autores en cita, el Derecho así visto como sistema justificativo estructurado –en el plano regulativo- por el nivel de las reglas (de acción y de fin[6]) y por el nivel de los principios (en sentido estricto y directrices), no siempre resulta suficiente. Hace falta integrar en este esquema las *normas institucionales* derivadas de considerar el *carácter institucional del Derecho*[7], es decir, aquella dimensión del Derecho que -en cuanto Institución- no sólo tiene funciones externas destinadas a la regulación del mundo exterior, sino también funciones internas o autorreferentes encaminadas a regular el andamiaje del propio sistema jurídico[8]. Ejemplo de este tipo de normas serían las que establecen plazos o distribuciones de competencias procesales.

La peculiaridad de estas normas, según ATIENZA y RUIZ MANERO, radica en que: a) centralmente sus destinatarios son los órganos aplicadores del Derecho «y sólo de manera muy derivada los ciudadanos»[9]; y, b) están justificadas por razones que derivan –asimismo *centralmente*- de las exigencias del propio Derecho como aparato institucional, y no por razones sustantivas (ni de corrección ni finalistas, como

---

4 *Id.*, pág. 36 y ss. En la terminología de los autores citados, estas razones serían «razones sustantivas».

5 Ibídem, pág. 195.

6 Sobre la distinción entre las reglas de acción y de fin, por desbordar el ámbito de este trabajo, nos remitimos a lo explicado en la obra de nuestra referencia, *Ibídem*, Capítulo I.

7 *Vid.* ATIENZA y RUIZ MANERO, *La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica*. En DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 24 (2001), pág. 123

8 *Vid.* ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación,* Primera Edición. Editorial Ariel, Barcelona, 2006, p. 239 y 240.

9 "*La dimensión institucional del Derecho*…" Op. cit., p. 125 y 126

ocurría con los principios en sentido estricto y directrices)[10]. En el ejemplo dado, las normas que establecen plazos procesales y distribuyen competencias a los jueces obedecen a la necesidad central de que el sistema de administración de justicia pueda operar adecuadamente (de lo contrario, la lentitud de los procesos y la existencia de decisiones contradictorias impediría la función institucional de resolución de conflictos). Naturalmente –dicen los profesores de la referencia- «que el sistema procesal funcione adecuadamente es, a su vez, condición necesaria para que el Derecho pueda realizar satisfactoriamente sus funciones sustantivas, esto es, externas»[11]. Las razones de las normas institucionales, pues, tienen la particularidad de hacer depender su fuerza a la función que cumplen con el sistema jurídico, evitando su erosión y manteniendo la autoridad del Derecho[12], sin perjuicio del reflejo que ellas viertan sobre otro tipo de razones ya de tipo sustantivo.

Consecuentes con esta apostilla, los autores de nuestra referencia proponen incluir en el nivel de los principios una nueva articulación, a saber[13]:

- Principios
  - Principios sustantivos
    - -Dirigidos al exterior del Derecho (Institución)
    - -Apuntan al modelo de convivencia social
    - Principios en sentido estricto
    - Directrices
  - *Principios institucionales*
    - -Dirigidos al interior del Derecho (Institución)
    - -Apuntan al modelo del sistema jurídico
    - *Principios institucionales en sentido estricto*: No determinan condiciones de prevalencia frente a otras pautas; en caso de primar, exigen cumplimiento pleno.
    - *Directrices institucionales*: Vinculadas con la idea de eficacia del Derecho, operan como «mandatos de optimización»

[10] *Id.* pág. 126

[11] Ibídem.

[12] *Vid.* ATIENZA, Manuel, "*El Derecho como argumentación*…" Op. cit., pág. 240. Ejemplos de principios institucionales que encierran este tipo de razones referentes al propio Derecho son: el principio de jerarquía normativa, el de cosa juzgada, el de deferencia al legislador, etc.

[13] "*La dimensión institucional del Derecho*…" Op. cit., p. 126.

Pero lo que más se destaca, y lo que más relevancia tiene a efectos de nuestra tesis, es que las exigencias institucionales que adoptan la forma de principios (principios institucionales) se encuentran manifiestamente, y en no pocas ocasiones, en una situación de tensión o conflicto con determinadas exigencias sustantivas, a quienes incluso pueden llegar a derrotar[14], aunque ello no sea siempre así. Lejos de lo que una concepción formalista del Derecho pudiera sostener –esto es, que los principios institucionales que reflejan el elemento autoritativo del Derecho deben prevalecer siempre sobre los valores sustantivos- el enfoque de ATIENZA y RUIZ MANERO se circunscribe a dar cuenta de esta *vertiente institucional* y su importancia como componente necesario en el razonamiento jurídico. Luego, el papel de los principios institucionales será variado: en algunos casos ellos podrán tener el peso como para desplazar la decisión tomada de acuerdo con los principios sustantivos; en otras ocasiones sólo suministrarán argumentos que refuercen tal decisión; y en otros supuestos no tendrán suficiente peso como para prevalecer frente a aquellos[15].

I.B) El Art. 278.1 de la CPR: Un Principio institucional.-

Del artículo constitucional que hemos transcrito al inicio de este trabajo se pueden desprender varios enunciados jurídicos; sin embargo, el que nos atañe por ahora es el que, en principio y muy resumidamente, se podría expresar así: *La declaratoria de inconstitucionalidad no tendrá efecto retroactivo.*

Sin embargo, tal forma de reconstrucción resultaría insuficiente para dar cuenta del ámbito regulativo del enunciado, dado que sus términos –textualmente casi los mismos que constan en la CPR- no hacen referencia a acción alguna, esto es, no califican deónticamente ningún accionar. Luego, al no aportar propiamente razones para la acción (desde el punto de vista de la dimensión directiva) y al representar un estado de cosas

[14] Atienza y Ruiz Manero han detallado, a modo ejemplificativo, cuatro supuestos en los que los principios institucionales pueden triunfar sobre los sustantivos, entre ellos los que suscitan que se decrete un estado de sitio o de excepción (preservación de la estabilidad del sistema por sobre ciertos derechos y libertades), o que se dicte la prisión provisional de un ciudadano (efectividad del proceso penal por sobre la libertad individual). *Id.*, p. 127.

[15] Ibídem, p. 129

más bien indiferente (desde la dimensión valorativa), el enunciado así expresado podría ser catalogado como una *regla puramente constitutiva*, fuera del plano regulativo[16]. El enunciado «*La declaratoria de inconstitucionalidad no tendrá efecto retroactivo*», en consecuencia – y desde el punto de vista del ordenamiento jurídico- resultaría tan indiferente como el enunciado «*Los derechos sucesorios se transmiten desde el momento de la muerte*»[17]. Pero ello no se corresponde con el sentido de la disposición constitucional que nos interesa, que en efecto sí que contiene un importante valor al que pretende dar cobertura, tanto como las razones para la acción que también aporta si nos situamos en el contexto de un Estado Constitucional, como veremos.

Lo anterior nos lleva a realizar una segunda reconstrucción, algo más comprensiva del enunciado de nuestra referencia, en los siguientes términos:

«*Si el Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones, llegara a constatar la incompatibilidad de una disposición legal* (sentido amplio) *con la Constitución, deberá declarar la consecuente inconstitucionalidad, sin efectos retroactivos sobre el particular de que se trate*»

En esta versión, hemos reducido el enunciado a una forma condicional en el que la condición de aplicación está constituida por un determinado estado de cosas (la incompatibilidad constitucional), y el consecuente lo integra una acción modalizada mediante un operador de mandato (el deber de declarar la inconstitucionalidad, con efectos *ex nunc*, para el futuro). ¿Pero a qué se debe la inclusión de un sujeto a quien hemos correlacionado una acción calificada deónticamente? Pues ello obedece a dos motivos: la imputación que habría que realizar al órgano que tenga atribuida la potestad de emitir tales declaratorias de inconstitucionalidad, que en este caso es el Tribunal Constitucional (Art. 276.1 CPR); y, la necesidad de conectar la determinación de los efectos temporales de la declaración en ella misma, es decir, en la propia acción imputable al sujeto.

---

16 *Vid.* ATIENZA y RUIZ MANERO, "*Las piezas del Derecho…*" Op.cit., p. 91

17 *Id*., p. 197. Ejemplo tomado de las Conclusiones.

Con esta traducción del significado de la norma, queremos negar que el efecto irretroactivo de la declaratoria de inconstitucionalidad sea un rasgo esencial –e inmutable- a ésta o un carácter que le viene dado por su propia «naturaleza», según podría pensarse desde una interpretación literal de la disposición constitucional; afirmamos, por el contrario, que ese efecto en el tiempo es (o debería ser) declarado por los jueces constitucionales accesoriamente a la inconstitucionalidad que dictaminan.

Esto se puede entender sólo si comprendemos que la jerarquización estricta de razones no es compatible con el funcionamiento de un sistema jurídico evolucionado[18], donde la compleja empresa de determinar los efectos temporales que acompañan la expulsión de una norma inconstitucional no puede depender de una respuesta unívoca (que atiende siempre a una sola razón), peor de una respuesta predeterminada cuya pretensión sea colmar todos los casos de la experiencia jurídica (sobre la base del absolutismo de esa misma razón). La nutrida existencia de principios sustantivos e institucionales en las Constituciones contemporáneas –que frecuentemente se hayan en estados de concurrencia o tensión- imponen, pues, respecto a esta materia, una actitud crítica práctica por parte del Tribunal Constitucional, el que lejos de permanecer impasible ante la literalidad, debe atender a las razones operativas que encierra la norma constitucional de la cual es destinatario. Y es que dicha norma no puede ser confundida con una regla, susceptible de aplicación mecánica, sino que debe ser dimensionada dentro de la plataforma de los principios, a donde corresponde[19].

Si somos conscientes de tal realidad, podríamos afirmar en consecuencia que el enunciado jurídico analizado encuentra su identificación en un *principio institucional en sentido estricto*, dado que las especificidades que antes expusimos sobre este tipo de normas se advierten plenamente en aquél. Vamos a ver:

---

[18] *Vid.* ATIENZA, Manuel, "*El Derecho como argumentación*…", p. 241

[19] «El nuevo paradigma constitucionalista en el que estamos inmersos resulta incompatible con una aplicación mecánica de las normas, y obliga al intérprete a realizar constantes ponderaciones para poder concretar tales valores de forma que afecten a las circunstancia del caso». Cfr. RÓDENAS, Ángeles, *¿Qué queda del positivismo jurídico?* en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho N. 26 (2003), p.419

i) Su destinatario central es un órgano aplicador del Derecho: el Tribunal Constitucional, quien tiene la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las normas con la determinación de los efectos del fallo en el tiempo;
ii) Estructuralmente, sus condiciones de aplicación son abiertas (tratamiento genérico de los casos de incompatibilidad constitucional), en tanto que la calificación deóntica presupone, *en principio*, un grado de cumplimiento pleno de las consecuencias normativas (al modo de los principios en sentido estricto); y,
iii) La razón subyacente que justifica la prescripción normativa, deriva de las exigencias del propio Derecho visto como Institución; es decir, se trata de una *razón institucional*, que no es otra que la *seguridad jurídica*, entendida como principio rector del funcionamiento interno del Derecho.

Profundizando en esta última característica, valdría revisar breves fragmentos de lo que en torno a la fundamentación de esta disposición constitucional de irretroactividad han dicho la doctrina y la jurisprudencia ecuatorianas:

«Ahora bien, el mismo artículo 278, considerando que dicha sentencia versa sobre la validez o invalidez de una ley o norma jurídica, dice que no tendrá efecto retroactivo. En otros términos, aplica el principio de seguridad jurídica (…) Por ende, se evita que la resolución o sentencia de inconstitucionalidad ocasione un caos en todo el tráfico jurídico, lo cual se produciría si la anulación de la ley inconstitucional también llegara a provocar la nulidad de todos los actos u operaciones jurídicas realizadas al amparo de la norma que posteriormente se declara inválida por contradecir la Constitución. Esta solución es exigencia de la certeza en el orden jurídico…»[20]. (El subrayado es mío)

«Se debe añadir que, por disposición de la misma Constitución, la anulación de un precepto constitucional, previa la correspondiente declaratoria de este Tribunal, no tiene efecto retroactivo, lo que se fundamenta en el principio de

[20] SERRANO PUIG, Armando (ex magistrado del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia) en "*La irretroactividad de la declaratoria de inconstitucionalidad en el Ecuador*", ponencia presentada en las I Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional, Quito, 29 de noviembre de 2006, p. 51 y 52.http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/documentos/JornadasDerechoConstitucional2006.pdf

seguridad jurídica, pues, en caso contrario, correspondería la revisión de todos los actos que emanaron de la aplicación del precepto irregular»[21]. (El subrayado es mío)

«El artículo 278 de la Carta Política señala que la declaratoria de inconstitucionalidad no tiene efecto retroactivo(…) a su vez el inciso segundo del artículo 22 de la Ley Orgánica de Control Constitucional establece que la declaratoria de inconstitucionalidad de la resolución no afectará las situaciones jurídicas surgidas al amparo de tales normas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad, precep-to que precautela la seguridad jurídica garantizada en el artículo 23 numeral 26 de la Constitución…»[22]. (El subrayado es mío)

Como se puede advertir, el común denominador de estas citas se afinca en la necesidad de que el sistema jurídico no se vea alterado por una declaración de inconstitucionalidad, finalidad en la cual la seguridad jurídica -en tanto constituye una suma equilibrada de certeza y legalidad[23]- juega el papel estelar. Se apela, pues, a la seguridad jurídica como razón nuclear del orden jurídico y presupuesto de su institucionalidad, o más brevemente, a «la seguridad del Derecho mismo»[24].

En este orden de ideas, es oportuno mencionar que «Los principios institucionales (para decirlo rápidamente) son todos aquellos que consideramos vinculados a la seguridad jurídica, y que vienen a coincidir bastante con lo que Fuller llamaba *moralidad interna del Derecho*»[25]; esto es, aquella estructura edificada por ocho «principios de legalidad» cuya

---

21 MORALES TOBAR, Marco (ex Presidente del Tribunal Constitucional), "*Las relaciones entre Poder Judicial y Tribunal Constitucional a propósito del control represivo de inconstitucionalidad de preceptos legales en Ecuador y los efectos de las Sentencias*" en *Estudios Constitucionales*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Chile. Año 3, No.1 (2005), p. 189. http://www.cecoch.cl/revista/docs/estudiosconst/1n_3_2005/10.pdf

22 Considerando Segundo de la Providencia del Tribunal Constitucional del 17 de octubre del 2006, anexa a la Resolución de inconstitucionalidad No. 002-2005-TC, publicada en Suplemento del Registro Oficial No. 382 del 23 de octubre del 2006.

23 Es oportuno apuntar, desde ya, que la seguridad jurídica también se compone, además de certeza y legalidad, de otros elementos: «…jerarquía y publicidad normativa, *irretroactividad de lo no favorable* e interdicción de la arbitrariedad». Cfr. STC 27/1981 del Tribunal Constitucional español.

24 RADBRUCH, Gustav, citado por Ricardo GARCÍA MANRIQUE en "*Radbruch y el valor de la seguridad jurídica*", Anuario de Filosofía del Derecho, Tomo XXI (2004), p. 267

25 *Vid.* ATIENZA, Manuel, "*El derecho como argumentación*…", p. 240 y 241.

ausencia absoluta implicaba, para Fuller, no un mal sistema jurídico sino algo que *no podría calificarse como sistema jurídico*[26]. En donde cabe destacar que la no retroactividad jurídica es –justamente, y en opinión del autor en cita- uno de aquellos principios que componen el complejo institucional del Derecho.

Así, pues, es palmario que el enunciado constitucional de irretroactividad de las declaraciones de inconstitucionalidad, que encuentra su razón de ser en la seguridad jurídica, es un principio institucional: apunta al modelo de sistema jurídico, a quien intenta preservar en su correcto funcionamiento. Encierra, por tanto, una razón *centralmente* institucional, y dado que su estructura no se limita a las condiciones fácticas y jurídicas existentes sino que pretende prevalecer plenamente, se trata claramente de un principio institucional en sentido estricto.

II. Valores Institucionales vs. Valores Sustantivos. Un ejercicio de argumentación en un caso práctico.-

El valor institucional de la seguridad jurídica, en todo caso, no es ni puede ser absoluto, ni tampoco pueden serlo -por tanto- los principios que encuentren su fundamento en aquél. Esta afirmación se deduce si partimos del carácter derrotable de los principios en un contexto general[27], de donde se sigue que existen razones de corrección que en determinados casos de concurrencia pueden prevalecer frente a razones institucionales, logrando en ese caso la victoria de un valor sustantivo (como podría ser, v. gr., la justicia material). Un claro ejemplo de ello es lo que propugna la tesis de la «cláusula Radbruch»: el Derecho extremadamente injusto no es Derecho.

---

[26] *Vid.* SILTALA, Raimo, "*Derecho, Moral y Leyes inmorales*", en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No.8 (1990), p.p. 159-161.

[27] «Para que la coexistencia de los principios y valores sea posible es necesario que pierdan su carácter absoluto (…) Concebidos en términos absolutos, los principios se convertirían rápidamente en enemigos entre sí. Al final, uno se erigiría en soberano sobre todos los demás y sólo permitiría desarrollos consecuentes con él. Pero en las Constituciones pluralistas no cabe que esto sea así. Los principios y los valores deben ser controlados para evitar que, adquiriendo carácter absoluto, se conviertan en tiranos» Vid. ZAGREBELSKY, Gustavo, "*El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*" (traducción de Marina Gascón), Sexta Edición. Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 125

Según ésta, hay ocasiones en que la seguridad jurídica no puede prevalecer, porque si las normas son extraordinariamente injustas entonces el valor de aquella ya no significa prácticamente nada, su peso será mínimo. Manuel ATIENZA, quien cita este ejemplo[28], explica que en el contexto del Estado Constitucional la dialéctica entre esas razones (sustantivas e institucionales) se plantea en términos internos, esto es, entre dos tipos de valores igualmente reconocidos por el sistema jurídico, lo cual deja en evidencia las naturales tensiones que se muestran por el carácter no absoluto de los principios.

Robert ALEXY, por su parte, y comentando la doctrina del Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín, pone de relieve que el principio de seguridad jurídica y el principio de justicia material –ambos reconocidos por la jurisprudencia constante del TCF como manifestaciones del Estado de Derecho- «son precisamente un ejemplo clásico de pareja de colisión»[29]. En el análisis de la respectiva sentencia, ALEXY critica fuertemente que el TCF haya considerado que el principio de seguridad jurídica *pueda ser* peor valorado que el de justicia material en caso de una contradicción insoportable entre el derecho positivo y la justicia; para el profesor de Kiel, en tales casos, -y si se toma en serio la Fórmula de Radbruch que el propio Tribunal había invocado en su resolución- una ley «*tiene que* ceder ante la justicia»[30].

Nuestra posición, de cualquier modo, se centra en evitar la antes comentada jerarquía estricta de valores, atendiendo a que en el contexto de un Estado Constitucional éstos no se compadecen de una ciencia en su articulación sino de una prudencia en su ponderación[31], donde la concurrencia de principios se decante en favor de aquél cuyo peso se considere más decisivo a la vista de las propiedades de cada caso. En la cuestión que de inicio planteábamos, es patente que si hemos concluido que el enunciado de irretroactividad está formulado en un principio institucional, éste no podrá ser absoluto, ni en consecuencia será

---

[28] *Op. cit.*, p. 241

[29] *Vid.* "*Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal*" (traducción de Daniel Oliver-Lalana), en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 23 (2000), p. 216

[30] *Id.* p. 219

[31] *Vid.* ZAGREBELSKY, *Op. cit.*, p. 125

jurídicamente admisible que la solución ofrecida por la razón institucional de tal principio sea aplicada a la totalidad de los casos. Habrá desde luego casos difíciles donde otro tipo de razones puedan prevalecer, y eso es exactamente lo que intentaremos demostrar en nuestro caso práctico.

Pues volviendo al principio institucional que hemos extraído del Art. 278.1 CPR, parece evidente que haría falta agregar, para una final y completa reconstrucción, su carácter derrotable. Por tanto, lo expresamos como sigue en su versión definitiva:

«*Si el Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones, llegara a constatar la incompatibilidad de una disposición legal* (sentido amplio) *con la Constitución, deberá declarar la consecuente inconstitucionalidad, sin efectos retroactivos sobre el particular de que se trate, salvo que en relación con la eficacia temporal del fallo concurra otro principio que ordene otra cosa y que, según las propiedades del caso, tenga un mayor peso*».

Esta enunciación de la disposición constitucional estudiada, nos permite ya dimensionar adecuadamente su estructura y su operatividad en el razonamiento práctico, donde el valor institucional de la seguridad jurídica aporta para el sujeto destinatario una razón categórica y operativa *no perentoria* o *no protegida*. Con esta información podemos ahora ejercitar un esquema de argumentación sobre la base de un caso real.

II.A.- Análisis de la Resolución del Tribunal Constitucional No. 002-2005-TC.-

La Resolución a la cual nos referiremos declaró la inconstitucionalidad de varios artículos de una ley reformatoria al Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, contradictorios con algunas garantías constitucionales del debido proceso. Sin embargo, lo llamativo de esta sentencia no se encuentra en su parte resolutiva propiamente dicha -que con un razonamiento aceptable declaró la pertinente inconstitucionalidad- sino en una posterior "providencia" publicada conjuntamente con la Resolución principal. Es en esta decisión ulterior donde el Tribunal, con gran ambigüedad, determinó los efectos temporales de la

declaratoria de inconstitucionalidad realizada, que es lo que nos interesa a efectos de este trabajo. Pero veamos sucintamente algunos antecedentes.

II.A.1) Antecedentes.-

La ley declarada inconstitucional en varios de sus artículos (Ley No. 2003-101)[32], introdujo en el Código de Procedimiento Penal (CPP) una figura jurídica denominada *detención en firme*, llamada a ser una medida cautelar de carácter personal que asegure la presencia del acusado en la etapa del juicio. Su peculiaridad radicaba en dos rasgos: a) no obstaba, y más bien "confluía" simultáneamente con la *prisión preventiva*, medida cautelar personal por antonomasia en la legislación procesal; y, b) al contrario de ésta, la detención en firme no tenía límite de caducidad, pues una vez que era impuesta sólo podía revocarse con el dictado de la sentencia.

A simple vista, la Ley reformatoria había duplicado las medidas cautelares de orden personal, asegurando que la nueva *detención en firme* se prolongara en el tiempo indefinidamente; esta fue la solución ideada por los legisladores para combatir el catalogado "problema social" de los reos que legalmente recuperan su libertad al caducar la prisión preventiva y no obtener una sentencia oportuna[33].

Pues bien, después de casi cuatro años de vigencia de las reformas procesales y de la detención en firme –lapso en el que no faltaron las críticas, las argumentaciones a favor, las recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos, un precedente de inaplicación en

[32] Ley publicada en el Registro Oficial No. 743 del 13 de Enero de 2003. Disponible para consulta en: http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Ley.Ref.Cod.Proc.Penal.htm

[33] *Cfr.* 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: (…) *8.* La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa".

una causa concreta[34], el cambio de todos los vocales del TC en dos ocasiones, e incluso la paralización de las actividades de éste durante 11 meses-, es que viene a resolverse la cuestionada legitimidad de aquellas disposiciones, por vía de un recurso de inconstitucionalidad que promovió una colectividad de mil cuatrocientos ciudadanos.

En la Resolución No. 002-2005-TC[35], la fundamentación medular del fallo identificó en la *detención en firme* los mismos fines de la prisión preventiva, por lo que se descarta su justificación en el sistema procesal y se subraya la no velada intención del legislador en suprimir los límites temporales de la medida precautoria, soslayando una garantía del debido proceso y provocando un «fraude al espíritu constitucional» contenido en el numeral 8 del Art. 24 de la CPR[36]. Asimismo el TC, luego de reproducir fragmentos de un Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos referente a Ecuador[37], recalca que las disposiciones legales impugnadas contravienen los artículos 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen el derecho de todas las personas a ser juzgadas dentro de un plazo razonable o a ser puestas en libertad, sin perjuicio del decurso del proceso penal[38].

Decidiendo en consecuencia, el TC declaró la inconstitucionalidad por razones de fondo y expulsó del ordenamiento jurídico a las normas de la Ley No. 101-2003 que introdujeron la *detención en firme* en el CPP.

---

[34] Un Juez de lo penal provincial, invocando el artículo 274 CPR, declaró inaplicable en un caso concreto la detención en firme, por estimarla inconstitucional; surgida la *cuestión de inconstitucionalidad*, el pleno del TC la desestimó en una reñida y escueta decisión: cuatro de los nueve vocales (minoría) habían votado para declarar la inconstitucionalidad. *Cfr.* Resolución 002-2003-DI, publicada en el Registro Oficial No. 230 del 11 de diciembre de 2003. Disponible para consulta en: http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/R.O.Diciembre.11.2003.htm#anchor413534

[35] Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 382, del lunes 23 de octubre del 2006: http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/R.O.Octubre.23.2006.Sup.htm#anchor83118

[36] *Cfr.* Considerando Décimo Séptimo de la Resolución.

[37] *Cfr.* Considerando Décimo Cuarto, ibídem. En dicho informe se expresa que las detenciones preventivas prolongadas de forma irrazonable incrementan el riesgo de invertir la presunción de inocencia, violando el derecho a la libertad.

[38] *Cfr.* Considerando Décimo Noveno, ibídem.

Pero es de destacar que esta Resolución, aprobada por mayoría del pleno del TC el 26 de septiembre de 2006, no fue publicada en el Registro Oficial sino hasta casi un mes después, el 23 de Octubre del mismo año.

¿A qué se debió esta demora? Pues la respuesta podría hallarse en el intenso debate público que produjo el conocimiento de la decisión, apenas aprobada; lejos de imaginar que ésta vendría a ser el remedio contra una clara injusticia, las opiniones mayoritarias más bien eran críticas con el nuevo estado de cosas y con el supuesto revés que, en su criterio, se había dado a la seguridad ciudadana. Estas muestras lo dicen todo:

«No conozco tal resolución, porque aún no se publica en el Registro Oficial, sin embargo la eliminación de la detención en firme implicaría que queden en la impunidad los delitos de narcotráfico, violación, asesinato y robo. Sería un atentado contra la seguridad de los ciuda-danos, pues miles de presos saldrían en libertad»[39]

«Lamentablemente, el primer síntoma que se va a dar es un problema delincuencial, porque van a salir miles de presos que no van a conseguir trabajo por sus antecedentes y volverán a delinquir»[40].

«Simplemente me parece terrible. Si todo el esfuerzo ciudadano y conjunto hecho en beneficio de las víctimas de la inseguridad se tuerce y se nota en un recrudecimiento de la delincuencia, ya sabemos a dónde ir a reclamar: al Tribunal Constitucional»[41].

«Creo que el Congreso debió preocuparse primero de hacer reformas en el Código Penal antes de que se suspenda la detención en firme, para así agilizar el trabajo de los juzgados que están abarrotados de juicios. Ahora se puede producir un caos social»[42].

---

[39] Gustavo Von Buchwald, Ministro de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en "*TC derogó figura de detención en firme*". Nota del Diario "El Universo", edición del 28 de septiembre de 2006, Sección Sucesos.

[40] Carlos Achi, Subsecretario de Seguridad Ciudadana, en "*Fallo del TC genera dudas en su aplicación*", nota publicada en Diario "El Universo", edición del 29 de septiembre de 2006, Sección Sucesos.

[41] Jaime Nebot, Alcalde de Guayaquil. Ídem.

[42] Miguel Félix López, Presidente (e) de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil. Ibídem.

«Con la decisión del TC nos cayó una montaña encima. ¿Cuántos detenidos que no tienen sentencia irán a salir?»[43]

Respuesta: «6.172 hombres y 630 mujeres que están presos sin sentencia en las cárceles del país, podrían recuperar su libertad»[44]. Así informaba un medio de prensa local, con fuente en la estadística oficial de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, el número de ciudadanos detenidos y no sentenciados para ese entonces.

No obstante, la causa central del retardo del TC en publicar su Resolución obedeció a que, inmediatamente después de aprobada la declaratoria de inconstitucionalidad, tanto el Presidente del Congreso Nacional como el Procurador General del Estado presentaron sendos petitorios de "aclaración y ampliación" sobre aquella, que aun no había sido publicada. Solicitudes dirigidas a que el TC aclare, principalmente, cuáles serían los efectos temporales de este fallo y cuál debía ser la posición jurídica de los jueces ordinarios en torno al mismo.

No hizo falta esperar a que el TC se pronuncie oficialmente sobre estos pedidos, pues sus presionados vocales tampoco tardaron en hacer declaraciones a la prensa. Así, se dijo que «la derogatoria de la detención en firme no tiene efecto retroactivo pues así lo establece claramente la Constitución», agregando que «no es una amnistía ni una orden de libertad para la mitad de la población carcelaria»[45]. El Presidente del TC, por su parte, explicaba que esta declaratoria de inconstitucionalidad «solo se aplicará en beneficio de las personas que cometan delitos con posterioridad a la publicación [de la Resolución] en el Registro Oficial»[46]; «Desde allí –dijo en otra ocasión a los medios- se contarán los plazos de seis meses y el año para que los internos se puedan acoger a la norma constitucional que permite la libertad de los presos sin sentencia»[47].

---

[43] Jaime Velasco Dávila, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en "*Fallo del TC se debatirá hoy en Corte Superior*". Nota del diario "El Universo", edición del 2 de Octubre de 2006, Sección Sucesos.

[44] "*TC derogó figura de detención en firme*", nota periodística antes citada.

[45] Enrique Tamariz, vocal del TC, en "*Derogatoria de medida cautelar no es amnistía*", nota publicada en Diario "El Universo", edición del 29 de septiembre de 2006, Sección Sucesos.

[46] Santiago Velásquez, Presidente del TC, en "*Fallo del TC genera dudas en su aplicación*". Nota periodística antes citada.

[47] "*No será retroactiva eliminación de la detención en firme*", nota publicada en Diario "El Universo", edición del 11 de Octubre de 2006, Sección Sucesos.

Estos criterios anticipados, luego –y como ya se tenía previsto- son los mismos que se expusieron el 17 de Octubre de 2006 cuando el pleno del TC, con voto de mayoría de 5 de los 9 vocales y con un "voto concurrente", aprobó la "providencia" que, a guisa de resolver los petitorios de aclaración y ampliación planteados por el Congreso y la Procuraduría, determinó los efectos irretroactivos de la declaratoria de inconstitucionalidad de la detención en firme, así como la sujeción de los jueces y tribunales penales a la disposición constitucional de irretro-actividad. La demora, pues, obedecía a que esta decisión accesoria sea publicada conjuntamente con la principal.

II.A.2) Identificación esquemática de los *argumentos* empleados por el TC.-[48]

- Consideración central, sobre los efectos temporales de la Resolución:

  «2.- El artículo 278 de la Carta Política señala que la declaratoria de inconstitucionalidad no tiene efecto retroactivo y entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación en el Registro Oficial; a su vez el inciso segundo del artículo 22 de la Ley Orgánica de Control Constitucional establece que la declaratoria de inconstitucionalidad de la resolución no afectará las situaciones jurídicas surgidas al amparo de tales normas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad, precepto que precautela la seguridad jurídica garantizada en el artículo 23 numeral 26 de la Constitución; y por ende la declaratoria de inconstitucionalidad no modifica las situaciones procesales surgidas durante la vigencia de la norma. En consecuencia, vistas las normas citadas, tampoco procede ampliación y aclaración, de textos constitucionales y legales»

  (El subrayado es mío).

- Consideración final, sobre la posición jurídica de los jueces en torno al fallo:

  «3.- El inciso segundo del artículo 199 de la Constitución Política señala que: "Los Magistrados y Jueces serán independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional aún frente a los demás órganos de la Función

[48] Reproducimos sólo los argumentos centrales del TC vertidos en la "providencia" accesoria a la Resolución 002-2005-TC, que es el objeto de nuestro estudio.

Judicial; sólo estarán sometidos a la Constitución y a la Ley", consecuentemente están obligados a cumplir con lo dispuesto en el artículo 278 de la Carta Fundamental, norma especial para el caso de declaratoria de inconstitucionalidad de una norma. Se entiende así que cada juez es responsable en el ejercicio de su jurisdicción y competencia, respecto de las materias sometidas a su juzgamiento, debiendo cumplir para el efecto con el ordenamiento constitucional y legal vigente. En los términos señalados quedan atendidos los pedidos formulados.- NOTIFÍQUESE Y ARCHÍ-VESE» (El subrayado es mío).

- Extracto del "voto concurrente" en la "Providencia":

«[El] Tribunal Constitucional pues como órgano de control constitucional debe garantizar los derechos fundamentales del ser humano y considerar por tanto como excepcionales, a las medidas restrictivas del derecho que en un proceso se dicten contra el ciudadano atacado por el Estado a través de una imputación penal. Es dentro de este marco, que las decisiones del Tribunal Constitucional deben considerarse equilibrando mediante la aplicación del principio de ponderación la tensión producida entre los derechos de la sociedad y del individuo»

(El subrayado es mío).

II.A.3) Evaluación y crítica de la decisión del TC.-

Para empezar, debemos coincidir en que esta singular providencia del TC es preocupantemente escueta en sus razonamientos. No sin méritos se dijo en su momento que «Para vergüenza de la razonabilidad jurídica que debe acompañar a todas las decisiones que toman las autoridades públicas, el TC despachó su decisión de irretroactividad en un solo párrafo en el que a duras penas cita dos normas jurídicas y un principio, los que son la base de una conclusión que no explica los caminos argumentativos que se recorrieron para alcanzarla»[49]. Y decimos preocupante por cuanto la libertad de millares de ciudadanos -conculcada ya únicamente en virtud de la inconstitucional *detención en*

[49] FLORES AGUIRRE, Xavier, "*La Detención en Firme: Crítica de un Continuo Fraude a la Constitución y a la Ley en la República del Ecuador*", publicado en "URVIO, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana" No. 1. Ediciones de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Mayo de 2007, p. 8

firme- imponía al TC una actitud centralmente deliberativa en torno a los derechos en juego, lo que le impedía manejar el asunto «como si se tratara de una cuestión de mero trámite cuando, en realidad, un análisis adecuado implicaba cuando menos una cuidadosa ponderación…»[50].

Situándonos ya en la consideración central de la "providencia" (numeral 2), lo único que atina a decir el TC –aparte de reproducir los artículos que nosotros también transcribimos al inicio de este trabajo- es que «la declaratoria de inconstitucionalidad no modifica las situaciones procesales surgidas durante la vigencia de la norma»; lo cual no deja de ser una mera aseveración, pues no encontramos ni un solo argumento que encadenar a tal aserto. Simplemente el Tribunal se limitó a parafrasear las normas jurídicas invocadas para poder subsumirlas mecánicamente en el caso, sin expresar de ninguna forma razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión[51].

La total ausencia de motivación jurídica[52] en la providencia de marras es notoria; fruto de este vicio serán las serias dificultades en la aprehensión de sus alcances, que han quedado desperdigados en un oscuro panorama de arbitrariedad. Es de lamentar que siendo una decisión privativa y restrictiva de derechos, el TC haya *olvidado* esta sustancial exigencia que aquí adquiere una intensidad máxima[53], donde la sola invocación de las normas aplicables[54] resulta jurídicamente insuficiente.

Esta pobreza de razones esgrimidas por el TC tampoco encuentra una hipotética justificación en las declaraciones (antes citadas) de sus vocales. Decir que el fallo no tiene efecto retroactivo porque así lo establece la CPR, no nos dice nada que no provenga de una interpretación –o mejor dicho, de una lectura- literal de la norma constitucional; y decir que tal decisión no es una amnistía ni una orden de libertad, y que

---

[50] Ídem.

[51] *Cfr*. Art. 19 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, sobre el concepto de motivación.

[52] Ídem, Art. 20.

[53] Ibídem, Art. 22

[54] Ibídem, Art. 24. *Cfr*. Art. 24, núm. 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…»

de sus efectos se beneficiarán solamente las personas que cometan delitos con posterioridad a la publicación de aquella, pues de ningún modo es aportar argumentos que sustenten la decisión, sino limitarse a explicar sus consecuencias.

El gran inconveniente de la primera declaración radica en que una lectura fría de la norma constitucional, al estilo de un «jurista con anteojeras», no puede dar cuenta del principio de unidad de la Constitución ni de su concordancia práctica, que obligan a considerarla como un complejo normativo coherente y armónico[55]; la inutilidad de las otras aserciones, en cambio, viene a ser el resultado de que aquellas no corresponden a un contexto de justificación: explican, pero no justifican nada.

Luego, y mediando la inexistencia de justificación de la "providencia" accesoria, el TC ha dado por sentada una interpretación literal del Art. 278.1 CPR según la cual debe entenderse a la irretroactividad de las declaratorias de inconstitucionalidad como un efecto de máximo grado que no admite matices; de ahí que textualmente haya consignado que las situaciones procesales surgidas durante la vigencia de la norma inconstitucional, no serán modificadas. Pues bien, valdría ahora preguntar si las *consecuencias* derivadas de este automático encuadramiento guardan coherencia con los principios fundamentales sustentados por la propia Constitución.

Ante todo, éstas son las consecuencias:

- Casi 7000 ciudadanos -entre hombres y mujeres- procesados pero no sentenciados, seguirían siendo privados de su libertad individual en virtud de una figura legal ya declarada inconstitucional (la detención en firme), lo cual supone la aplicación de una norma jurídica inexistente;

[55] Resulta curioso que el TC, en la propia Resolución principal, haya expresado en el Considerando Octavo lo siguiente: «OCTAVO.- El método sistemático de interpretación constitucional, guía al intérprete para entender a la Constitución como un todo orgánico, es decir, que no se puede analizar a la norma en su forma individual, sino que se la tiene que comprender prestando atención a la finalidad que persigue el conjunto normativo. Al efecto, para nadie es ajeno que el Estado ecuatoriano se ha dado un ordenamiento jurídico, cuya cúspide es la Constitución Política del Estado, que tiene como fin la protección de los derechos, libertades y garantías del ser humano».

- Contrastando ello con las garantías del Debido Proceso, se soslayaría la exigencia constitucional de limitar la privación de libertad *en los casos y por el tiempo prescrito en la ley*, según el Art. 24, núm. 6, CPR;
- Asimismo, la continuada eficacia de la norma inexistente conllevaría un extraño caso de *ultractividad* de la ley penal en perjuicio del imputado (*ultractividad im pejus*)[56], con lo cual se invierte el principio de *interpretación más favorable al reo*, extraído del Art. 24, núm. 2, CPR;
- Esta ultractividad desfavorable, por otro lado, impondría una manifiesta desigualdad ante la ley entre los ciudadanos a quienes se haya enjuiciado penalmente antes o después de la publicación del fallo del TC: los primeros, sujetos a una inconstitucional detención en firme que no tiene límites en el tiempo mientras no exista sentencia; los segundos, sólo afectos a la prisión preventiva como medida cautelar limitada constitucionalmente. O lo que es lo mismo: el derecho a ser juzgado en un tiempo razonable sería reconocido en partes desiguales por el sistema jurídico;
- Asimismo, continuaría irrazonablemente invertida en el tiempo la *presunción de inocencia* de toda persona no condenada, acorde al Art. 24, N. 7, CPR; y,
- Se seguiría consumando el «fraude al espíritu constitucional» al eludirse la limitación temporal de las medidas cautelares personales, dada por el Art. 24, núm. 8, CPR.

Estas abrumadoras consecuencias jurídicas responden claramente a nuestra inquietud: la decisión del TC que ha otorgado efectos absolutamente irretroactivos al fallo de inconstitucionalidad, no se compadece de ninguna manera, ni remotamente, con el contexto de un Estado Constitucional. La interpretación y aplicación literal de la norma constitucional ha llevado a que el TC, paradójicamente, desbarate el sistema de derechos fundamentales instaurado en la CPR: pues ni en su actividad interpretativa ha tomado en cuenta el principio de máxima favorabilidad

[56] «La verdad es que no conocemos teoría de la ley penal alguna que pueda amparar ello. Cuando la ultractividad de una ley se admite, es excepcionalmente y ello ocurre (…) sólo cuando la norma derogada es más favorable para el justiciable (*ultractividad im melius*), pero no a la inversa». Vid. CABALLERO BRUN, Felipe, "*Derecho penal sustantivo y efectos en el tiempo de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal*" en Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XIX N°2, diciembre 2006, p. 170. Web: http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art08.pdf

para la efectividad de los derechos y garantías constitucionales[57], ni con su decisión ha permitido que el libre y eficaz goce y ejercicio de los derechos humanos se encuentre ya garantizado a todas las personas sin discriminación alguna[58]; así como tampoco quedan ya en pie –para los ciudadanos perjudicados por esta decisión- aquellas garantías mínimas que respaldan el derecho al Debido Proceso y a una justicia sin dilaciones[59].

Lo anterior es desconcertante: en este particular, el TC no sólo que ha sido esquivo en mostrar razones para justificar su decisión, sino que también ha olvidado el análisis valorativo de las consecuencias que aquella traería aparejadas[60], difícilmente admisibles desde el propio programa constitucional. Siendo más grave por la importancia de los derechos afectados, es notorio que esta falta de razonabilidad en las consecuencias[61] desemboca en otro desacierto del TC; tanto como la falta de prudencia de quienes siendo jueces constitucionales no tuvieron reparos en decidir sin justificar, sin meditar y sin valorar.

Y si lo anterior es desconcertante, lo que aquí hemos identificado como consideración final de la "providencia" (numeral 3), nos muestra un párrafo ininteligible. Después de señalar la disposición de la CPR que somete a los magistrados y jueces exclusivamente «a la Constitución y a la Ley», el TC expresa que éstos, *consecuentemente*, «están obligados a cumplir con lo dispuesto en el artículo 278» CPR, por ser una «norma especial» para el caso de declaratoria de inconstitucionalidad; finalizando que «cada juez es responsable en el ejercicio de su jurisdicción y competencia», respecto de las materias sometidas a su juzgamiento.

---

57 CPR, Art. 18.2

58 CPR, Art. 17. *Cfr.* Art. 23, núm. 3, Ídem.

59 CPR, Art. 23, núm. 27

60 *Cfr.* Art. 71 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial.

61 «…Parece sin duda esencial que la justificación de cualquier decisión en un área no gobernada por una regla obligatoria concreta, o cuando dicha regla sea ambigua o incompleta, deba proceder comparando y evaluando las decisiones propuestas a la luz de las consecuencias». Neil MACCORMICK, citado por BENGOETXEA, Joxerramón, en "*Una defensa del consecuencialismo en el derecho*". Télos, Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas, Nº II/2 (1993), pp. 31-68.

De la lectura de este ambiguo considerando, saltan al menos dos alternativas –disyuntivas- para los tribunales penales: obrar vinculados solamente a la Constitución y a la Ley y, en consecuencia, decidir de forma independiente según su libre criterio judicial; o, acatar la disposición del TC y aplicar con carácter obligatorio la "norma especial" del Art. 278.1 CPR (con el sentido interpretativo dado por aquél). Como fuere, el hecho es que según el TC, cada órgano juzgador tiene la responsabilidad de ejercer su potestad jurisdiccional según su competencia (una auténtica verdad de Perogrullo).

Para concluir nuestro análisis, diremos que esta enredada ambigüedad viene a cerrar dificultosamente el texto de una providencia altamente contradictoria con los fundamentos jurídicos en que descansaba la Resolución principal a la que accede, que en su diminuto contenido retuerce la razón y los valores últimos del sistema jurídico (Justicia, Igualdad, Libertad); en fin: un vergonzoso precedente en la interpretación constitucional y en el entendimiento del Derecho.

II.B) Ejercicio argumentativo.-

Partiremos de una primera duda que se cierne sobre el análisis anterior, cual es, si el sacrificio de los derechos fundamentales de esos miles de detenidos sin sentencia se encontraría justificado por el mayor peso de algún otro valor constitucional. Sabemos que el TC cargó todo el peso de su decisión accesoria por precautelar la *seguridad jurídica*; pero nos llama la atención que la haya identificado dentro del catálogo de derechos de la CPR (Art. 23, núm. 26)[62] sin especificar quiénes serían los sujetos titulares de ese derecho que se verían afectados de no contemplarse la interpretación literal de irretroactividad en grado máximo.

En este sentido, si el TC sublimó el desmedro –o la negación, con más propiedad- de los derechos de libertad individual, igualdad y debido proceso de ley, por preferir *el derecho a la seguridad jurídica* (como lo configura la disposición constitucional invocada), su decisión no sólo sería injustificada o inconsecuente, sino también absurda; ello porque una eventual decisión en contrario, que haya pesado mejor a esos derechos de

[62] Cfr. "Consideración Central": Numeral 2 de la Providencia.

los ciudadanos detenidos, *no afectaba el derecho a la seguridad jurídica de nadie*. Éstas son las razones:

- Si nos referimos a los propios 7000 detenidos, es paradójico afirmar que *su* seguridad jurídica se estaría afectando; conculcados en su libertad por efectos de una norma inexistente que se aplica con efectos perjudicialmente ultractivos, es justamente ese derecho el que se vacía con esta decisión;
- Si nos referimos a las víctimas de los delitos por los que se acusa a los detenidos sin sentencia, valdría decir que su seguridad jurídica -entendida aquí dentro de la ramificación con la tutela judicial efectiva- tampoco se ve afectada, ya que no se trata de que el juicio penal concluya ni de que la pretensión punitiva se interrumpa; se trata de que debe existir un tiempo razonable de privación cautelar, en subsidio del cual existe el derecho a esperar el resultado final del enjuiciamiento en libertad[63];
- Y si nos referimos, agotando ya una última opción, al derecho a la seguridad jurídica "de la sociedad", como parece indicar el vocal que emitió el "voto concurrente" cuando consignó que las decisiones del TC deben considerarse equilibrando «la tensión producida entre los derechos de la sociedad y del individuo», diremos que ello a más de impreciso resulta falso: Para empezar, la seguridad jurídica no es

[63] «[E]l problema que se presenta, es que una vez que obtiene libertad el procesado, este desaparece, fuga del país y no se vuelve a saber de él, especialmente si el delito que se le atribuye es grave y llegará el momento en que no comparezca al juzgamiento, ni mucho menos a cumplir la pena (…)». Fragmento de la contestación de la demanda de inconstitucionalidad de la Ley 2003-101, por parte del Subsecretario Jurídico de la Presidencia de la República. *Cfr*. Resolución 002-2005-TC, antes citada, acápite "Contestaciones a la Demanda". En esta crítica, cabe descubrir una clara falacia: de las limitaciones temporales a una medida cautelar de orden personal no se sigue que aquellas sean la causa de la frustración del proceso penal, como parecería indicar el interlocutor ("si no hay justicia penal es porque los detenidos a quienes liberamos se fugan; luego, no los liberemos"); Esta argumentación falaz no toma en cuenta que existen otros factores que verdaderamente influyen en el mentado fracaso de la jurisdicción penal y en la ausencia de tutela judicial efectiva para las víctimas del delito, entre ellos: «…el mal funcionamiento del sistema procesal penal, la ausencia de una verdadera defensa pública, el mal manejo del sistema acusatorio, el poco manejo de las herramientas de la oralidad por parte de todos los actores del sistema, las formalidades excesivas de los procesos, las prácticas abusivas de los abogados defensores, el abuso de la prisión preventiva, la lentitud de fiscales, jueces y tribunales, etc. ». Vid. SIMON, Farith, "*Sobre el fallo del Tribunal Constitucional respecto a la detención en firme*", comentario publicado en: http://www.lexis.com.ec/lexis/archivosNoticiasHome/SOBRE%20EL%20FALLO%20DEL%20TRIBUNAL%20CONSTITUCIONAL.htm

> un derecho de ejercicio colectivo sino individual; y en segundo término, la seguridad jurídica de cada uno de los ciudadanos ecuatorianos –a menos que formen parte de los dos anteriores grupos de quienes ya nos hemos referido- en nada se compromete por una decisión judicial de la que no forman parte y respecto de la cual no reciben sus efectos, que por cierto no modifican en lo absoluto su situación jurídica[64].

En consecuencia, es patente que la seguridad jurídica -vista desde la dimensión de los derechos públicos subjetivos- no constituía contrapeso alguno para justificar los desequilibrios ocasionados por la decisión de irretroactividad máxima del TC; sencillamente nadie se hubiera visto afectado en ese derecho. Pero, recordemos, los jueces constitucionales no siquiera sopesaron valores: más bien tomaron el *derecho* a la seguridad jurídica como razón operativa perentoria que no admitía deliberaciones en torno al Art. 278.1 CPR, al que dieron aplicación absoluta.

Se tiene entonces que hasta interpretando literalmente la Constitución, el TC yerra en dar la respuesta propia del autómata; pues una defensa de corte mecanicista no se fundamentaría en la seguridad jurídica como *derecho*, sino como valor institucional *del Derecho* y «principio informador supernormativo del ordenamiento jurídico»[65], en virtud del que no se podría permitir la revisión de los actos y relaciones pretéritas que componen la compleja fenomenología jurídica, porque pondría en entredicho el funcionamiento de las pautas razonables de previsibilidad como presupuesto del Estado de Derecho. Añadiendo, claro está, un carácter absoluto a ese valor institucional.

---

[64] Otra interpretación sobre la vaguedad del término "derechos de la sociedad" empleado en el "voto concurrente", consistiría en la apelación a un atípico "derecho a la seguridad ciudadana" –noción reciente que expresa un interés colectivo a vivir con la mayor protección del Estado ante los embates de la delincuencia-. Sin embargo, tampoco existe una conexión directa entre la inseguridad ciudadana y la exigencia de limitar razonablemente en el tiempo las medidas cautelares. Sostener esta conexión dentro de la decisión accesoria del TC –a efectos de poner en la balanza a la *seguridad ciudadana*- implicaría el grave error de abrir los parámetros deliberativos de un concreto conflicto de derechos, a los intereses que cualquier persona o colectividad pueda creer comprometidos por futuras y eventuales posibilidades (la posibilidad de que los detenidos sin sentencia vuelvan a delinquir). Se trataría de una falsa ponderación.

[65] PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 7 (1990), p. 331.

Lo anterior no es ya absurdo, pero en cambio sí que nos plantea serios inconvenientes si vemos tal argumento desde el paradigma de un Estado Constitucional. En el presente ejercicio vamos a reproducir las posiciones con las que se ha tratado de resolver este dilema, confrontando los argumentos vertidos, y -al final- intentando nosotros mismos sustentar una propuesta de solución.

II.B.1) Primera posición: La irretroactividad es absoluta.-

«Soy del criterio de que la norma que se debe aplicar es, en todo caso, la del inciso primero del Art. 278 de la Carta Constitucional, por las siguientes consideraciones: 1) Porque las providencias de detención en firme que hayan sido dictadas con anterioridad al 26 de Octubre en que se publicó en el Registro Oficial la declaratoria de inconstitucionalidad (…), lo fueron con apego a la ley vigente al momento en que se las dictó y, por consiguiente, son absolutamente legales en su origen; 2) Porque la irretroactividad prevista en el mencionado Art. 278, inciso primero, de la Ley Fundamental ecuatoriana, es absoluta y no relativa (…) En efecto, la norma invocada dispone con norma de imperio, que la declaratoria no tendrá efecto retroactivo, sin sujetarla a condición o circunstancia alguna que amengüe la rigidez de tal norma mandatoria, como podría ser el que se hubiera contemplado algún caso de excepción para ella (…) Es, insisto, una irretroactividad absoluta…»[66]

No compartimos esta posición en ninguna de sus partes, por cuanto su visión coincide con la clásica identificación del Derecho como un sistema de reglas, cuyo carácter "todo o nada" es la materia propia del razonamiento subsuntivo y del silogismo racionalista. No nos parece que debamos extendernos, toda vez que a lo largo de este trabajo hemos expuesto nuestra opinión en contrario. Sin embargo, y siendo justos, cabe admitir que la solución ofrecida por el autor en cita termina decantándose por la libertad de los detenidos, aunque el recorrido argumentativo es -cuando menos- contradictorio.

Dicha propuesta de solución consiste en que cada detenido solicite al juez competente que dictamine su libertad, al no existir ya ningún

[66] SERRANO PUIG, Armando, *cit.*, p. 66

fundamento legal de su detención; aclarando -el autor- que no se trata de un pedido de revocatoria, pues en este caso sí se generaría «el efecto retroactivo que no permite el Artículo 278 Constitucional»[67]. Lo que no queda claro es cómo se compagina el carácter absoluto de la irretroactividad con la procedencia de la libertad; pues el dictado de una providencia que decrete la excarcelación del reo (solución) desde luego que modifica la situación procesal surgida durante la vigencia de la norma inconstitucional (la detención en firme), en tanto constituye un nuevo estado de cosas que difiere del pasado (y la irretroactividad absoluta consiste precisamente en no tocar el pasado). No parece coherente, luego, sostener ambas cosas a la vez.

II.B.2) Segunda posición: La irretroactividad es excepcional.-

«…La irretroactividad se aplica solo en los casos de situaciones jurídicas que surgieron al amparo de las normas cuya inconstitucionalidad se declara, cuando tales situaciones han sucedido de manera íntegra con anterioridad a la declaratoria de inconstitucionalidad, con lo cual se excluye, por supuesto, todas las situaciones jurídicas que tengan vigor al momento de la declaratoria, *i.e.*, durante la entrada en vigor de la misma».

«…Sobran las razones para no aceptar la interpretación de irretroactividad que el TC hizo en la aclaración de marras (…) Las detenciones en firme que se mantienen actualmente en vigor (…) no se encuadran en el presupuesto que establece el artículo 22 LOCC ("y antes") porque se mantienen vigentes *durante* la declaratoria de inconstitucionalidad del TC y, entonces, al borrar éste la detención en firme del ordenamiento jurídico ecuatoriano, necesariamente debería dejar[las] insubsistentes…»[68]

Con esta posición coincidimos plenamente en el resultado, más no tanto en el razonamiento empleado como medio. El autor sostiene –en una interpretación que armoniza la CPR con la Ley Orgánica de Control Constitucional (LOCC)- que la irretroactividad que tratamos sólo es predicable de las situaciones jurídicas consumadas, vale decir, las que se

[67] *Íd.*, p. 67.
[68] FLORES AGUIRRE, Xavier, *cit.*, p. 7 y 8

han suscitado y agotado antes de la declaratoria de inconstitucionalidad, y no de las que se encuentran vigentes, como es el caso de las detenciones en firme.

Sin embargo, cabe apostillar lo siguiente. Las relaciones jurídicas difícilmente se agotan -sin más- en un punto muerto en el tiempo; por el contrario siempre es posible advertir efectos prospectivos[69], lo que dificulta -en la mayoría de los casos- definir cuándo una situación se encuentra consumada para el Derecho. Pero aun allanándonos a esta tesis, encontramos que si así fuesen las cosas, la norma constitucional quedaría vaciada de contenido, dado que: a) una situación jurídica que ya no produzca ningún efecto en la actualidad y se haya consumado «de manera íntegra» antes de la declaratoria de inconstitucionalidad, no necesitaría de regulación específica que prohíba que ser alcanzada posteriormente, porque simplemente ya no habría materia sobre la cual retrotraerse[70]; y, b) si todo lo demás puede ser objeto de retroactividad, ya no cabría hablar en ningún sentido de irretroactividad de los fallos de inconstitucionalidad (no siquiera como excepción). La norma del Art. 278.1 CPR, así interpretada, contendría un enunciado tautológico ("no se podrá afectar retroactivamente las situaciones que no se pueden afectar") y, además, permitiría en la práctica todo lo que sus términos prescriptivos prohíben. La disposición constitucional, luego, carecería de utilidad.

Lo que sostiene el autor en cita es que en tiempo actual ya no existe impedimento legal para que los detenidos obtengan su libertad, porque éste, básicamente, no es un caso de irretroactividad.

---

69 Piénsese, por ejemplo, en una sentencia ejecutoriada que deba ser revisada por efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley penal en que se funda la condena.

70 En el ejemplo de situación jurídica consumada dado por el mismo autor, la condena ejecutoriada del otrora "detenido en firme" ocurrida antes de la declaratoria de inconstitucionalidad no suscitaría ninguna relevancia en la problemática de la irretroactividad de la detención en firme; pero no porque así lo prescriba ninguna norma sino porque sencillamente la condición *cautelar* del procesado ha pasado a ser un momento histórico sobre el que fácticamente ya no es posible volver. Así, el condenado no podría solicitar que se deje sin efecto la inconstitucional detención en firme que alguna vez se le aplicó, porque ésta ya no existe y ahora forma parte de la condena que está cumpliendo.

Nosotros dudamos de que no lo sea, aun cuando compartamos la búsqueda de la libertad de los detenidos, pues al modificar la situación procesal de éstos -aquí y ahora- necesariamente se afecta el estado de cosas pretérito que encontraba su sustento en la norma inconstitucional. Ello es así porque la actual privación de libertad no obedece a ningún fenómeno independiente sino que es un *efecto* derivado de un vicio del pasado[71], lo que impide considerar o calificar las circunstancias presentes independientemente de su causa jurídica.

Ahora bien, si además de ello consideramos que la existencia de los actos procesales que impusieron las detenciones en firme en cada enjuiciamiento penal concreto, constituyen efectivamente un impedimento legal que condiciona la libertad de los detenidos, la identificación de un problema de irretroactividad se advierte palmariamente. La única forma de destruir este obstáculo es considerar que tales providencias judiciales, dictadas con anterioridad al fallo del TC, son inválidas por haber devenido su inconstitucionalidad; pero eso sería, justamente, apreciar los efectos jurídicos retroactivos de la sentencia.

II.B.3) Nuestra posición: La irretroactividad es un principio *prima facie*.-

No es difícil advertir en las anteriores posiciones un esfuerzo por evitar la contradicción con el principio de irretroactividad inserto en el Art. 278.1 CPR, sea buscando su armonía, o sea escapando del sitio donde éste dirige sus prescripciones. Nosotros no vamos a eludir la concurrencia con aquel principio, porque simplemente éste, al no ser absoluto, no está por encima de otros principios que en este particular pueden presentar razones de mayor peso. El valor institucional de la seguridad jurídica apunta a preservar la certeza del Derecho, pero en ningún caso su interpretación debiera ser tan exorbitante como para enervar valores de corrección que fundamentan en último término los cimientos del Estado Constitucional.

[71] De hecho este es el fundamento de la retroactividad penal favorable, que opera -por ejemplo- cuando de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley se deriva una reducción o eliminación de una pena o sanción, o la exclusión, exención o limitación de responsabilidades.

Nuestra posición consiste en sostener que la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley reformatoria al CPP debió tener efectos *retroactivos*, a pesar del Art. 278.1 CPR. Consecuentemente, los efectos *ex tunc* de tal decisión hubieran dejado radicalmente inválidas todas las providencias judiciales por las que se impuso la inconstitucional medida cautelar de la "detención en firme", siendo el último paso la revocatoria de aquellas, de oficio o a petición de parte, a partir de la vigencia del fallo.

¿Significa ello que los vocales del TC debían obrar en contra de la Constitución, particularmente de la prohibición constitucional de retroactividad de los fallos de inconstitucionalidad? De ningún modo. Dicho principio institucional, como antes analizamos, no puede operar consistentemente en el razonamiento jurídico como una regla atrincherada con perfecta autonomía semántica respecto de sus razones subyacentes; éstas deben ser sopesadas deliberativamente antes de aplicar la norma, y es en este examen donde la necesaria remisión a juicios de valor puede traer como resultado que una norma jurídica -no obstante estar autoritativamente identificada como Derecho- sea excluida en su aplicación en orden a evitar insuficiencias o excesos[72].

Tal como dejamos delineado en la reconstrucción final del enunciado jurídico extraído del Art. 278.1 CPR, tal irretroactividad es en nuestra opinión un principio *prima facie*, que debe ser aplicado con toda plenitud salvo que en relación con la eficacia temporal del fallo concurra otro principio que ordene otra cosa y que, según las propiedades del caso, tenga un mayor peso. El principio de legalidad y, en último término, el principio de justicia material, exigían que el TC excluya la aplicación del Art. 278.1 CPR, evitando así las perniciosas consecuencias para el mantenimiento de la unidad de la Constitución y para la vigencia del sistema de derechos fundamentales, que ya antes hemos detallado. ¿Pero cuáles eran los caminos que se debían haber recorrido?

En primer lugar, debían haberse tomado en serio las consecuencias. Un mínimo de prudencia exigía que el TC valore los impactos de su decisión en relación con los derechos de las personas involucradas y con

[72] RÓDENAS, Ángeles, *cit.*, p. 447 y 448.

la coherencia del sistema jurídico; de lo cual – a menos que se quiera negar lo evidente- se hubiera identificado los principios en concurrencia que juegan en sentido contrario a la alternativa adoptada.

En segundo término, se debía haber practicado el *test de razonabilidad* en orden a determinar si efectivamente resultaba equilibrado aplicar en grado máximo el principio de irretroactividad, frente al desmedro de los derechos fundamentales de los ciudadanos detenidos sin sentencia. Así, no hubiese sido difícil encontrar que la exagerada intensidad de tal medida no era necesaria para alcanzar la satisfacción de un valor de seguridad jurídica que en este caso no siquiera demandaba la adopción de ninguna medida limitativa o restrictiva de derechos; en consecuencia, no se hubiera podido demostrar la urgente necesidad o importancia de satisfacer tal principio, ni por ende se hubiera hallado justificación alguna para sostener el grado de insatisfacción y detrimento de los derechos fundamentales.

Dentro del mismo ejercicio de razonabilidad, y luego de descartar la injustificada medida de irretroactividad máxima, correspondía al TC encontrar dentro del Derecho una alternativa viable que -sin enervar la seguridad jurídica como valor institucional- procurase la armonización de los derechos fundamentales en concurrencia. Dicha medida tendría que haber sido, bajo nuestro criterio, la determinación de efectos *retroactivos* para la sentencia de inconstitucionalidad de la detención en firme, con fundamento jurídico en:

A) El principio de legalidad: El Art. 24, núm. 6, CPR, dispone que «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*». Al no existir ya la ley inconstitucional que determinó el sustento jurídico de las detenciones en firme, las personas detenidas exclusivamente en tal virtud no podrían haber seguido privadas de su libertad: no hay ley que justifique su estado. Sin embargo, la sola declaración de inconstitucionalidad con efectos *ex nunc* o pro futuro, no alcanza para que los detenidos puedan lograr su libertad: la existencia de actos del poder judicial, no revocados, que en cada proceso penal disponen la detención en firme, viene a ser un obstáculo que sortear. Luego, para evitar una contradicción indeseable

entre el mandato constitucional aquí transcrito y tales actos jurisdiccionales, es necesario que éstos también sean afectados con la invalidez radical dimanante del fallo de inconstitucionalidad; en otras palabras, esta declaración de inconstitucionalidad no sólo debe proyectarse al futuro, sino que debe tener efectos retroactivos.

Una decisión contraria (irretroactiva), por supuesto, dejaría en evidencia la ruptura de la unidad de la Constitución: existiría un supuesto en el cual la libertad individual, a pesar de no existir ninguna ley, pudiera mantenerse privada de su goce y sin lograr nada a cambio: sería el caso de las leyes inconstitucionales en materia procesal penal, a las que se premiaría con la aceptación de su continuada eficacia jurídica.

B) El principio de justicia material. Si la finalidad del sistema procesal es la realización de la justicia (Art. 192 CPR), la decisión más justa que debió haber adoptado el TC era la determinación de los efectos retroactivos, lo cual también haya su fundamento jurídico en una elemental herramienta hermenéutica: el principio de interpretación más favorable para la vigencia de los derechos y garantías constitucionales (Art. 18.2 CPR). Solamente a través de esta interpretación es que se puede ser coherente con la propia decisión central del fallo de inconstitucionalidad, que ante todo debe perseguir la cesación eficaz de aquellas injusticias que motivaron el recurso (prolongación irrazonable del tiempo de juzgamiento, de privación cautelar de la libertad y de inversión de la presunción de inocencia); consecuentemente, el fallo que declara la inconstitucionalidad de la detención en firme no puede ser indiferente con los efectos jurídicos que haya acarreado la norma expugnada. Es un imperativo, pues, que la exterminación del vicio de inconstitucionalidad sea desde su germen (efectos *ex tunc*), invalidando todos los actos de aplicación de la ley inconstitucional y negando a ésta cualquier resquicio de eficacia y, por ende, de injusticia.

Como también hemos visto, la decisión contraria (irretroactividad) no sólo que no pone remedio a las injusticias ocasionadas por la inconstitucionalidad declarada, sino que las agrava: muestra de ello es la desigualdad jurídica que causa una sentencia que olvida, con seguridad, la dimensión de los derechos.

La determinación de los efectos retroactivos, por otra parte, no afecta el valor institucional de la seguridad jurídica, que en este caso carece de finalidad protectora. La disposición constitucional de irretroactividad busca la certeza del Derecho y la conservación de los actos para no perjudicar a quien actuó de buena fe, pero este no es el caso: el sistema jurídico no corre el riesgo de desestabilizarse por la anulación de la ley procesal penal y de todos sus efectos (lo que sí podría ocurrir en otros supuestos). Más bien podría decirse que los principios sustantivos que hemos cotejado, y particularmente los derechos fundamentales que subyacen en aquellos, tienen la suficiente relevancia axiológica como para relegar a la seguridad jurídica a un segundo plano, donde su valor ínsito para el Derecho en nada se ve comprometido.

Finalmente, la retroacción de los efectos jurídicos anulatorios tendría que haber sido clara y expresamente determinada en el contenido de la propia sentencia de inconstitucionalidad, otorgando de esta forma el fundamento jurídico para que los tribunales de justicia ordinarios, competentes en materia penal, puedan revocar legalmente sus propios actos –ahora también afectados con invalidez radical- y en consecuencia otorgar la libertad a los ciudadanos detenidos únicamente por causa de la inconstitucional medida cautelar de orden personal.

III. Conclusiones.-

La solución dibujada en líneas anteriores es la que, en este particular conflicto jurídico, y bajo nuestro criterio, resultaría más adecuada en relación al funcionamiento de un sistema jurídico evolucionado en el interior de un Estado Constitucional. Sin embargo, y conscientes de que la compleja fenomenología jurídica no siempre encuentra puntos de similitud, no hemos pretendido fundamentar una respuesta recurrente para todos los casos de inconstitucionalidad de leyes procesales penales.

En la problemática de la determinación de los efectos jurídicos que en el tiempo tendrán las sentencias de inconstitucionalidad, nuestra observación es que no se pueden construir taxonomías cerradas, ni menos reconducir todos los casos posibles a una respuesta única, aun cuando se señale que esa respuesta está dada por el texto constitucional. El ejercicio de la jurisdicción constitucional no puede limitarse a la mera

función de "legislador negativo": la valoración y pacificación del ordenamiento jurídico, constituyen también funciones esenciales que el Tribunal Constitucional debe asumir con convicción y con actitud crítica.

Lo antes dicho es derivación de una realidad latente, y es que las razones que el Derecho proporciona a los operadores jurídicos *no son* independientes del contenido de sus prescripciones; por el contrario, las naturales tensiones internas que afronta el Derecho son justamente el reflejo del carácter dual de las razones autoritativas y valores jurídicos que éste incorpora.[73] La deliberación sobre las razones que juegan a favor o en contra de realizar una determinada acción prescrita, pues, viene a ser la única vía capaz de ofrecer una reconstrucción satisfactoria de los casos difíciles, y también una inmejorable opción de evitar aquellos desajustes llamados *experiencias recalcitrantes*[74].

Es en esa argumentación deliberativa donde la práctica constitucional debería dar cuenta del cambio de concepción acerca de la dimensión regulativa de la Constitución y de la conexión interna entre los derechos constitucionales y el orden jurídico; donde, a la par de utilizar la exigencia de coherencia valorativa como test de corrección normativa, se dimensione que el orden jurídico se edifica, centralmente, con la razonable determinación y concreción de los derechos fundamentales.[75]

¿Qué hace falta para empezar dicho recorrido? Pues un buen comienzo sería que los operadores jurídicos –especialmente los jueces constitucionales- estén al tanto del correcto funcionamiento de las piezas del Derecho y del importante rol que juega la argumentación jurídica como instrumento para alcanzar la razonabilidad de sus decisiones, conforme el contemporáneo paradigma del Estado Constitucional lo exige. Son estas prácticas las que podrán definir el cambio de cultura jurídica dominante y, en último término, el efectivo tránsito hacia la constitucionalización del orden jurídico.

---

[73] RÓDENAS, Ángeles, *cit.*, p. 420.

[74] *Íd.*, p. 432.

[75] AGUILÓ REGLA, Josep, *Sobre la Constitución del Estado Constitucional*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 24 (2001), p. 454 y 455.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES TRIBUTARIAS (*)

José Osvaldo Casás (**)

RESUMEN:

Interesante trabajo que, con leguaje sencillo pero con mucho rigor académico, aborda el control constitucional de las leyes tributarias, desde la perspectiva de la jurisprudencia argentina, desarrollando la dogmatica de los principios universales que rigen la materia tributaria.

PALABRAS CLAVE:

Supremacía Constitucional - Control Constitucional - Interpretación Constitucional -

Principio de reserva de ley - Principio de no confiscatoriedad - Principio de igualdad

Principio de proporcionalidad

1. La supremacía de la Constitución en el ordenamiento político de la República Argentina

El principio de supremacía de la Constitución deriva del sistema al que adscribe la Carta Magna adoptada por la República Argentina en el año 1853 [1]. Ella es escrita y rígida; por tanto, nuestra *Ley de las Leyes* [2], según la

(*) Trabajo que sirvió de base a las disertaciones del autor en el *Tercer Seminario de Derecho Constitucional Tributario en Iberoamérica* organizado por la Suprema Corte de Justicia de México y que tuvieran lugar el 5 de julio de 2007 en la sede del Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa, sito en el Distrito Federal de México y el 10 de julio de 2007, en la Casa de la Cultura Jurídica "Ministro Emeterío de la Garza", en la ciudad de Monterrey, estado de Nuevo León.

(**) Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, con tesis galardonada con el "Premio Facultad"; Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires como culminación de su actuación como Profesor Titular Regular de "Finanzas Públicas y

acertada expresión del gran jurista tucumano e inspirador de dicha Carta Juan Bautista Alberdi —para muchos padre ideológico de la Constitución [3]—, está dotada de supralegalidad y sólo puede ser reformada por el procedimiento en ella previsto.

Derecho Tributario" de la Facultad de Derecho de la misma Universidad; Juez del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, desde su instalación en 1998 y Presidente de tal estrado por el bienio 2007-2008.

[1] La República Argentina concretó su organización institucional con la sanción de la Constitución del año 1853. A pesar de ello, el objetivo de *constituir la unión nacional* expresado en el Preámbulo, se vio transitoriamente postergado por la secesión de la Provincia de Buenos Aires de la Confederación Argentina —la que en realidad conformaba una Federación—, alejamiento que luego de distintas vicisitudes y contingencias políticas y militares que atravesaron las partes en conflicto, culminaría con la incorporación definitiva de esa provincia al Estado federal, previa revisión de la Constitución por una Convención General Constituyente Reformadora celebrada en 1860. La apuntada Constitución de 1853-1860, con las enmiendas introducidas por las convenciones celebradas en los años 1866, 1898, 1957 y 1994, es la que a la fecha rige en la República Argentina y a cuyo articulado haremos referencia en las transcripciones y citas de este trabajo. Cabe recordar aquí que en 1949 se modificó sustancialmente la Constitución de 1853-1860, reformándose el Preámbulo y 54 de sus artículos, suprimiéndose otros 11 y agregándose 5, a lo que se sumaron varias disposiciones transitorias. Ello dio lugar a que el nuevo texto, aprobado por tal Convención, se lo conociera de ordinario como Constitución Nacional de 1949. Este ordenamiento fue posteriormente dejado sin efecto por la autodenominada Revolución Libertadora mediante la Proclama del 27 de abril de 1956 (*Anales de Legislación Argentina*, tomo XVI-A, p. 1), por la cual se reimplantó la vigencia de la Constitución anterior. Las impugnaciones que desde su origen se le formularon a la Constitución de 1949 fueron varias, resumiéndose en que la ley que declaró la necesidad de la reforma se dictó sin el quórum de dos tercios sobre el total completo de los miembros de cada Cámara del Congreso; omitió establecer los contenidos o artículos que se consideraba necesitados de reforma; estuvo ausente la representación de la provincia de Corrientes en el Senado; no concurrió el electorado femenino al comicio en que se designó a los convencionales, pese a estar otorgado ya el voto a las mujeres, a lo que se sumaron otras tachas en razón de su contenido.

[2] Expresión de la que se valiera Juan Bautista ALBERDI para referirse a la Constitución Nacional (conf. *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853,* primera parte: "Disposiciones y principios de la constitución Argentina referentes a la producción de las riquezas", capítulo III: "Escollos y peligros a que están expuestas las libertades protectoras de la producción", artículo primero: "De cómo las garantías económicas de la constitución pueden ser derogadas por las leyes que se diesen para organizar su ejercicio", parágrafo IV: "De que modo la seguridad personal, garantizada por la Constitución, puede ser derogada por la ley en daño de la riqueza", Del Mercurio de Santos Tornero y Ca., Valparaíso, Chile 1854, o cualquiera de sus posteriores y múltiples ediciones).

[3] El ilustre pensador y patriota se desempeñó, a poco de sancionada nuestra Constitución de 1853, como embajador plenipotenciario de la Confederación Argentina en Europa y decano de los ministros sudamericanos. En una recepción efectuada por entonces en la Corte de Francia fue llamado por el Emperador Napoleón III, quien dirigiéndose a las personalidades que lo rodeaban les dijo: "Señores: os presento al doctor Alberdi, ministro argentino y autor de la Constitución de su patria". La referida distinción del Emperador,

Es así que la Constitución es sancionada por el Poder constituyente, y el Poder constituido, en las distintas ramas del gobierno (legislativa, ejecutiva y judicial), tiene necesariamente que someterse a ella. Consecuentemente, el *art. 31* de nuestra *Ley Fundamental* preceptúa: *Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859* [4].

De tal modo, toda norma o acto en pugna con la Constitución implica en los hechos, por esa sola circunstancia, una pretendida enmienda irregular de la *Ley Suprema*, llevada a cabo fuera del procedimiento que ella ha arbitrado para su reforma, el cual conforme al art. 30, requiere que por iniciativa del Congreso y con una mayoría de dos tercios de sus miembros se declare la necesidad de la reforma, como paso previo a la reunión de un órgano *ad hoc* o especial, que es la Convención Constituyente Reformadora, la cual en el derecho espontáneo de nuestro país se ha de integrar convocando al cuerpo electoral para que elija a sus representantes [5].

Alberdi jamás la olvidaría (cfr. DE SANTILLÁN, Diego A.: *Gran Enciclopedia Argentina*, tomo I: "A-Byn", ps. 90 y ss., en particular p. 92, Ediar, Buenos Aires, 1956). La gravitación de Juan Bautista Alberdi en el Congreso Constituyente de 1853 se manifiestó, expresa o implícitamente, tanto en el Informe de la Comisión de Negocios Constitucionales del 18 de abril, como en las actas de las sesiones del Congreso de Santa Fe en que se debatió y sancionó el texto de nuestra Carta Magna (cfr. RAVIGNANI, Emilio; director de la obra: *Asambleas Constituyentes Argentinas seguidas de los textos Constitucionales, Legislativos y Pactos Interprovinciales que organizaron políticamente la Nación,* tomo IV: *1827-1862*, Sesiones del Soberano Congreso Constituyente a partir de la Sesión del 20 de abril de 1853, ps. 467 y ss., y tomo VI, segunda parte: *Pactos, Constituciones, Leyes, etc.*, *1810-1898*, ps. 779 y ss., edición del Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1939).

[4] El aludido Pacto es el de San José de Flores, al que se arribara después de la batalla de Cepeda (23 de octubre de 1859), y por el cual la Provincia de Buenos Aires convino con la Confederación Argentina el procedimiento para su incorporación a esta última. El agregado de reserva en el art. 31, es fruto de la Reforma de 1860, y sólo quiso significar que la Provincia de Buenos Aires no quedaba obligada por los tratados internacionales que la Confederación ratificó después del 11 de noviembre de 1859, fecha del Pacto, y antes de la efectiva incorporación de ésta a la Unión.

[5] El precepto literalmente consagra: Art. 30.- La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.

Por su parte, el académico Segundo V. Linares Quintana señala que el apuntado principio "constituye la más eficiente garantía de la libertad y la dignidad del individuo, al imponer a los poderes constituidos la obligación de encuadrar sus actos en las reglas que prescribe la *Ley Fundamental*. Si lo actos emanados de dichos poderes tuvieran la misma jerarquía jurídica que las normas constitucionales, la Constitución —y, con ella, todo el sistema de amparo de la libertad y la dignidad humanas que ella consagra— podría ser en cualquier momento dejada sin efecto por los órganos institucionales a los cuales aquélla pretende limitar en su actuación" [6].

2. El Poder Judicial y el control de constitucionalidad de las leyes

Establecida, como vimos, la supremacía de la Constitución federal por sobre las leyes dictadas por el Congreso, constituciones y leyes de las provincias: ¿a qué poder que no fuese el judicial se le podría atribuir la facultad de resolver los conflictos ocurrentes en su aplicación?

Resulta por demás evidente que tal cometido no podría asignársele al propio Congreso, ya que difícilmente enmendaría su obra en caso de que se impugnara como contraria a la *Ley Fundamental*, ni tampoco al Ejecutivo, al cual le basta el derecho de veto suspensivo de las leyes y que reviste en nuestro ordenamiento constitucional el rol de colegislador, mediante la iniciativa parlamentaria [7].

2.1. El principio en el derecho judicial de los Estados Unidos de América

La regla de la supremacía constitucional fue acogida en los Estados Unidos de América en el art. VI, segundo párrafo, de su Carta Magna de Filadelfia, abriendo un cauce por el cual, más de medio siglo después, transitaría el art. 31 de nuestra Constitución de 1853.

---

[6] LINARES QUINTANA, Segundo V.: *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, 2ª edición, tomo III, parte tercera: "Teoría de la Constitución", capítulo IV: "Supremacía de la Constitución", parágrafo 139: "La supremacía de la Constitución como garantía de la libertad", subparágrafo 2043, p. 309, Plus Ultra, Buenos Aires, 1978.

[7] GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A.: *Curso de Derecho Constitucional*, capítulo V: "Doctrina de la supremacía de la constitución", parágrafo: "Antecedentes y explicación de la misma; el caso *Marbury v. Madison*", p. 186, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1943.

De todos modos, la consagración efectiva de la indicada preeminencia recién se plasmaría en el *derecho judicial norteamericano* en la célebre causa *"Marbury vs. Madison"* [8] (1803), oportunidad en que el *chief justice* John Marshall marcó el camino al sostener que *los tribunales de justicia son los garantes de la supremacía constitucional*, en una decisión universalmente considerada como la piedra fundamental de todo el sistema constitucional de ese país. Allí se dejó señalado: "Es una proposición demasiado clara para ser controvertida que la Constitución controla cualquier acto legislativo repugnante a ella; de lo contrario, la legislatura podría alterar la Constitución por una ley ordinaria. / / Entre esas alternativas, no hay término medio. O bien la Constitución es una ley suprema, que se encuentra por encima de todo lo demás y no es modificable por medios ordinarios, o bien se encuentra al mismo nivel de los actos legislativos ordinarios y, como los demás actos, es alterable a gusto de la legislatura. Si la primera parte de la alternativa es verdadera, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si la última parte fuera exacta, entonces las Constituciones escritas serían tentativas absurdas de parte del pueblo para limitar un poder ilimitable por su propia naturaleza. / / No es tampoco indigno de ser observado que al establecer lo que debe ser ley suprema del país, la misma Constitución es primeramente mencionada; y no las leyes de los Estados Unidos en general, sino sólo aquellas que han sido dictadas en consecuencia de la Constitución, tienen aquel rango. / / Las leyes de los Estados Unidos son supremas, dentro del significado de esta cláusula, sólo cuando son hechas de conformidad con la Constitución, y un acto del Congreso repugnante a la Constitución es nulo. Mientras que la presunción es siempre en favor de la constitucionalidad del acto legislativo, y el poder de declarar nula una ley nunca será ejercido, salvo en casos muy claros, no constituye solamente un derecho sino también un deber del Poder Judicial tomar en consideración la validez de las leyes, y declararlas nulas cuando su repugnancia con la Constitución sea evidente" [9].

---

[8] 5 U. S. (1 Cranch), 137

[9] *LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA- ÉNOTADA CON JURISPRUDENCIA*, versión en español de la edición oficial de 1938, según Resolución Concurrente del Senado n° 35, del 14 de mayo de 1936, tomo I, ps. 628 y 629, Guillermo Kraft. Ltda., Buenos Aires, 1949.

2.2. El principio en el derecho judicial de la República Argentina

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en una de las primeras causas en las que le tocó intervenir —la número L—, *in re*: *"El Ministerio Fiscal con Don Benjamín Calvete, por atentados contra la inmunidad de un Senador"* [10], sentencia del 17 de octubre de 1864, estableció: "este Tribunal es el intérprete final de la Constitución; por cuya razón, siempre que se haya puesto en duda la inteligencia de alguna de sus cláusulas, y la decisión sea contra el derecho que en ella se funda, aunque el pleito haya sido resuelto en un tribunal del fuero común, la sentencia está sujeta a la revisión de la Suprema Corte".

Los conceptos transcriptos en el párrafo anterior fueron ampliados en la causa: *"La Municipalidad de la Capital contra doña Isabel A. de Elortondo, sobre expropiación; por inconstitucionalidad de la ley de 31 de Octubre de 1884"* [11], sentencia del 14 de abril de 1888, donde se dejó establecido: "Que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra

---

[10] *Fallos*: 1:340. La colección oficial de sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, se denomina: *Fallos*, y la cita de los pronunciamientos se realiza consignando en primer término el número del *tomo* seguido, luego de dos puntos, por el número de la página en que se incluye un sumario y actualmente un *abstract* de la causa conforme a un tesauro de voces elaborado por el Tribunal, al que sucede el dictamen de la Procuración General de la Nación y, finalmente, la sentencia del Alto Estrado. Conforme al *Reglamento para la Justicia Nacional*, sancionado por acordada del Tribunal Supremo el 17 de diciembre de 1952, los funcionarios y magistrados, al citar los precedentes de la Corte, deben, obligatoriamente, hacer remisión a la colección aludida que, a la fecha, cuenta con 329 tomos —comprensivos, en algunos casos, de varios volúmenes correspondientes al mismo año y que utilizan paginado correlativo—, habiéndose publicado a junio de 2007 el primer volumen del último de sus tomos —el 329— que comprende las sentencias recaídas en los acuerdos celebrados hasta el 25 de abril de 2006, varias de las cuales, a través de tal fuente, serán objeto de cita a lo largo del presente trabajo. Asimismo, la colección se completa con los *digestos* que hacen las veces de repertorios, conteniendo los *abstracts,* índices de partes y de legislación citada, encontrándose publicados al presente hasta el tomo XX (volúmenes I y II), que abarca los pronunciamientos de los años 1996 a 2000.

[11] *Fallos*: 33:162

los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos. / / Que tal atribución, ... es por otra parte un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo ordinario, que hace la Constitución, y de la naturaleza esencialmente subordinada y limitada de este último...".

Así entonces, la intervención de un tribunal en el derecho federal argentino reclama la existencia de contienda judicial y, para ello, requiere que se cumplan determinados recaudos, esto es: a) que la jurisdicción sea incitada; y b) que el planteo sea hábil para originar el proceso. A su vez, *si la articulación consistiera en un pedido de declaración de inconstitucionalidad* de una ley, de cualquier otra norma jurídica, o de un acto de la administración, *podrá conocer y resolver la misma cualquier juez —sistema de control difuso—* que conforme al ordenamiento jurídico adjetivo tenga habilitada su competencia en razón de la materia, las personas, o el lugar de verificación de los hechos.

Finalmente, *la sentencia* que se pronuncie por la inconstitucionalidad de una norma jurídica sólo importará desaplicar la disposición al caso concreto, con lo cual el *efecto* del pronunciamiento es *limitado*, restringido o *inter partes*, dejando subsistente la vigencia del precepto fuera de la causa en la cual se ha resuelto [12].

[12] El *derecho judicial* adquiere superlativa relevancia en el sistema de control constitucional europeo, en el cual sus rasgos salientes consisten en que es *concentrado*, *constitutivo*, y con *efectos derogatorios erga omnes*, actuando, el tribunal, como *legislador negativo* al invalidar una ley. En el diseño de este modelo tuvo una participación activa el jurista Hans Kelsen en su actuación como asesor gubernamental de Austria en 1918. La iniciativa fue incorporada en ley especial de enero de 1919, para posteriormente ser receptada en la Constitución sancionada en octubre de 1920. Checoslovaquia adoptó un modelo de igual naturaleza en febrero de 1920; y España, durante la Segunda República creó el Tribunal de Garantías Constitucionales (Constitución de 1931), que funcionaría sólo un breve período entre 1933 y 1936. Después de la Segunda Guerra Mundial el control de constitucionalidad a través de tribunales especiales fue recogido en Italia por la Constitución de 1947, Alemania Occidental por la Constitución de Bonn de 1949, Portugal por la Constitución de 1976, y España por la Constitución de 1978. La nota saliente de este modelo consiste en confiar el control constitucional a un órgano especial que concentra el cometido, ubicado regularmente fuera de la tríada clásica de poderes y sin relación de dependencia con el Poder Judicial. El carácter concentrado de dicho control conlleva a que, de trabarse una contienda judicial cuya decisión dependa de la validez constitucional de algún precepto involucrado en la litis, se remitan las actuaciones al tribunal con jurisdicción especial para que decida tal compatibilidad, como artículo previo a la resolución de la controversia concreta. Así entonces, la declaración de inconstitucionalidad, por los efectos *erga omnes* de la sentencia que segrega la norma declarada en pugna con la Constitución del ordenamiento jurídico, trasciende a las partes involucradas en la causa. Ello ha conducido a que alguna decisión o decisiones de tribunales de este carácter, como la sentencia nº 45/1989 del

De todos modos, de manera excepcional, en la causa: *"Analía M. Monges v. Universidad de Buenos Aires"* [13], sentencia del 26 de diciembre de 1996, se dio un alcance al pronunciamiento que excedía el tradicional *inter partes* —y que más se aproximara al alcance al que se arriba en las acciones de clase desarrolladas en los ordenamientos procesales de los Estados Unidos de América [14]— al establecerse, en el considerando 34: "Que... dada la naturaleza de la materia de que se trata, *corresponde declarar que la autoridad de esta sentencia* deberá *comenzar a regir para el futuro*, *a fin de evitar perjuicios a los aspirantes* a ingresar a la Facultad de Medicina quienes, *aún cuando se hallaban ajenos al conflicto suscitado*, ante la razonable duda generada por éste, asistieron y eventualmente aprobaron el denominado 'Ciclo Básico Común' de la Universidad Nacional de Buenos Aires o, en su caso, el 'Curso Preuniversitario de Ingreso' creado por el Consejo Directivo de la Facultad de Medicina. En tal sentido, *cada estudiante podrá proseguir hasta su*

español, al decir del catedrático Luis Manuel ALONSO GONZÁLEZ, se convirtiera en "la actuación del Tribunal Constitucional más conocida a nivel popular y de mayor impacto en el plano jurídico" al poner en crisis el sistema de tributación de la unidad familiar de acumulación de rentas de los cónyuges —por resultar discriminatoria para la familia basada en un matrimonio regularmente constituido ante los efectos progresivos de la tarifa— que contempla el Impuesto a las Rentas de Personas Físicas (cfr. *Jurisprudencia Constitucional Tributaria*, capítulo primero: "Los principios constitucionales de justicia tributaria", parágrafo 5: "El régimen fiscal de la unidad familiar ante los principios constitucionales de igualdad, progresividad y capacidad económica", p. 59, Instituto de Estudios Fiscales y Marcial Pons, Madrid, 1993). Este hecho se corrobora si se tiene en cuenta la información suministrada por la profesora Concepción PÉREZ DE AYALA, al reflexionar en los siguientes términos con respecto al aludido tributo español: "Desde la perspectiva de la aplicación del impuesto, la trascendencia del concepto unidad familiar queda suficientemente puesta de manifiesto al considerar el elevado número de contribuyentes a los que afecta", agregando: "según datos del Ministerio de Hacienda, respecto al período impositivo correspondiente al año 1979, el 79,7 % de las declaraciones procesadas corresponde a personas casadas, y por tanto, incluidas en una unidad familiar"; para concluir: "Y aún es superior a ese porcentaje la incidencia de la unidad familiar en este sentido, ya que no sólo el matrimonio constituye modalidad de la misma, de manera que entre el 20,3 % correspondiente a declarantes solteros y viudos serán muchas las personas que integran una de las modalidades de unidad familiar previstas en nuestro ordena-miento" (cfr. *La unidad familiar en el impuesto sobre la Renta*, parágrafo: "Introducción", ps. 23 y ss., en particular p. 24, Tecnos, S. A., Madrid, 1986).

13 *Fallos*: 319:3148

14 Las *class actions* en Estados Unidos nacieron a partir de la inclusión por parte de la Suprema Corte de dicho país de la Regla 23 en las *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP), a lo largo de los años esta norma fue actualizándose resultando acogida con diversas variantes por los Estados miembros de la Unión. En ellas una o dos personas pueden demandar en representación de un grupo (clase) de individuos aunados bajo una petición común. Se trata de un procedimiento donde se contemplan garantías más fuertes para el demandado y donde el Tribunal a cargo debe hacer mucho esfuerzo para cumplir con la equidad, no sólo frente al demandado sino también frente a todos los miembros de la clase.

conclusión el régimen por el que hubiere optado, con los efectos para cada uno previstos" (el énfasis en bastardilla ha sido añadido).

Como consecuencia de la Reforma Constitucional de 1994, dentro de los nuevos derechos y garantías, la acción de amparo tuvo expresa acogida en dicho texto y, a tenor del incorporado art. 43, segundo párrafo, se habilitó la articulación de los denominados amparos colectivos al establecerse que: *Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.*

A pesar de lo antes indicado, los amparos colectivos no tuvieron el éxito esperado en materia tributaria, a partir de una interpretación restrictiva del Alto Tribunal en virtud de la cual se descartó que ella fuera la vía adecuada para dar andamiento a la defensa de derechos de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio o tutela correspondía exclusivamente a cada uno de los posibles afectados por ubicarlos al margen de la ampliación del universo de legitimados establecida por el art. 43 de la Constitución Nacional. Tal línea jurisprudencial se inició con los pronunciamientos recaídos en las siguientes causas: "*Defensor del Pueblo de la Nación v. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos – Monotributo Dto. nº 885/98"* [15], sentencia del 21 de agosto de 2003; "*Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos v. Nación Argentina"* [16], sentencia del 26 de agosto de 2003, y "*Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia v. AFIP"* [17], sentencia del 26 de agosto de 2003.

---

15 *Fallos*: 326:2777

16 *Fallos*: 326:2998

17 *Fallos*: 326:3007. Para precisar los alcances del decisorio, resulta bueno transcribir los considerandos 5º a 8º de la sentencia. Allí se dijo: "5º) Que corresponde en primer término dilucidar la cuestión relativa a la legitimación procesal de la actora pues ella constituye un presupuesto necesario para que exista un caso, causa o controversia que deba ser resuelto por el Poder Judicial (*Fallos*: 322:528). Tales casos son aquellos en los que se persigue en forma concreta la determinación del derecho debatido entre partes adversas, motivo por el cual 'no se da una causa o caso contencioso que permita el ejercicio del Poder Judicial conferido a los tribunales nacionales cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de otros poderes'; ni por ende, existe facultad alguna en cabeza del Poder Judicial de la Nación que lo autorice, en tales circunstancias, a formular dichas declaraciones (*Fallos*: 307:2384

La precedente doctrina ha merecido una crítica severa del catedrático Rodolfo R. Spisso, para quien constituye un sensible retroceso en la defensa de los derechos humanos, agregando: "No vemos por qué, ante un decreto que crea o modifica un tributo [18], cada uno de los afectados deba promover una acción judicial tendiente a la declaración de su inconstitucionalidad, y el Poder Judicial deba tramitar numerosas causas y dictar tantas sentencias como acciones judiciales se interpongan.

---

y sus citas, entre otros). / / 6°) Que el fundamento último de este criterio es el de salvaguardar el principio constitucional de división de poderes, como fue ya señalado en *Fallos*: 30:281 al afirmarse 'que el juez que declarase la inconstitucionalidad de una ley, sin ocasión de un pleito, se saldría de su esfera de acción y penetraría en la del poder legislativo'. En concordancia con tales principios, el art. 2° de la ley nº 27 prescribe que la justicia nacional 'nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte'. //7°) Que, como se recordó en el mencionado precedente de *Fallos*: 322:528 —con cita de *Fallos*: 156:318, 227, 688; 245:552— tal ha sido la interpretación acordada al punto por este Tribunal a través de una invariable jurisprudencia, según la cual 'si para determinar la jurisdicción de la Corte y de los demás tribunales de la Nación no existiese la limitación derivada de la necesidad de un juicio, de una contienda entre partes, entendida ésta como un 'pleito o demanda en derecho instituida con arreglo a un curso regular de procedimiento', según el concepto de Marshall, la Suprema Corte dispondría de una autoridad sin contralor sobre el gobierno de la República, y podría llegar el caso de que los demás poderes del Estado le quedaran supeditados con mengua de la letra y del espíritu de la Carta Fundamental'. / / 8º) Que, con tal comprensión, se ha afirmado en el mencionado precedente de *Fallos*: 322:528 que la existencia de 'caso', 'causa' o 'asunto' presupone la de 'parte', esto es la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso. En este orden de ideas, la 'parte' debe demostrar la existencia de un interés jurídico suficiente o, como lo ha expresado esta Corte (*Fallos*: 306:1125; 307:1379; 308:2147; 310:606, entre muchos otros), que los agravios expresados la afecten de forma 'suficientemente directa', o 'substancial', esto es, que posean 'suficiente concreción e inmediatez' para poder procurar dicho proceso a la luz de las pautas establecidas por la reforma constitucional de 1994 a los arts. 41 a 43 de la Constitución Nacional... / / 10) Que..., si bien la Constitución Nacional, tras la Reforma de 1994, ha ampliado el universo de los sujetos legitimados para accionar por la vía del amparo, que tradicionalmente estaba limitado a los que fueran titulares de un derecho subjetivo individual, esta amplitud no se ha dado para la defensa de cualquier derecho sino como medio para evitar discriminaciones y tutelar los derechos mencionados en el segundo párrafo del art. 43 del texto constitucional, es decir los que 'protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general. / / 11) Que resulta claro que la acción de amparo que ha dado origen a estos autos no ha sido promovida en defensa de algún derecho de la naturaleza de los aludidos precedentemente, sino respecto de derechos de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela... corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados, ya que —según se señaló— la protección de esta clase de derechos se encuentra al margen de la ampliación del universo de legitimados establecida por el art. 43 de la Constitución Nacional".

[18] Dicho ello por cuanto por tal conducto se afecta el principio de *reserva de ley tributaria*, enfáticamente consagrado en la Constitución Nacional para ejercitar la potestad tributaria formativa.

Constituye un enorme contrasentido con la necesidad de evitar un inútil dispendio de la actividad jurisdiccional que agrava el estado de colapso en alguno de sus fueros" [19].

Valga advertir que el Alto Tribunal ha llegado a una solución distinta cuando el tributo que se impugna *incide sobre consumidores o usuarios*, receptando las articulaciones efectuadas por las asociaciones que los agrupan a pesar de no ser éstas las que deban soportar el tributo y, por tanto, carezcan de un perjuicio o lesión actual, pues su legitimación procesal debe admitirse en razón de las finalidades que éstas persiguen. Ello ocurrió en la causa: *"Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (A.G.U.E.E.R.A. v. Provincia de Buenos Aires y Otro"* [20], sentencia del 22 de abril de 1997.

Una referencia histórica de la cual merece que se dé aquí noticia fue la que se le planteó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación al acoger, mediante sentencias estimatorias, articulaciones de inconstitucionalidad de tributos reputados confiscatorios —en tanto absorbían una parte sustancial del capital [21] o de la renta— al momento de fijar los alcances del pronunciamiento.

Así, el Alto Tribunal se hizo cargo en la causa: *"S.A. Mattaldi Simón Ltda. Establecimientos Rurales y Destilería v. Provincia de Córdoba"* [22], sentencia del 7 de abril de 1943: "Que, reiteradamente, esta Corte Suprema ha expresado ser su función, en casos semejantes, la de declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del gravamen discutido, y no el de fijar, en el segundo supuesto, la tasa o el por ciento que subsidiariamente puede cobrar el fisco, porque ello es atributivo del Congreso, legislaturas o municipalidades, según el caso (*Fallos*: 187:234; 190:233; 193:369; 194:428)".

---

19 SPISSO, Rodolfo R.: *Acciones y recursos en materia tributaria*, capítulo VI: "Acción de amparo", parágrafo 76: "Derechos de incidencia colectiva", ps. 162 y ss., en particular p. 163, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

20 *Fallos:* 320:690

21 Sobre el sentido y alcance de la doctrina judicial referida a la interdicción de la confiscatoriedad tributaria, volveremos más adelante al ocuparnos del inaugural pronunciamiento en que se hizo lugar al planteo y que se recogiera en la causa: *"Doña Rosa Melo de Cané, su testamentaría; sobre inconstitucionalidad de impuesto a las sucesiones en la provincia de Buenos Aires"*, *Fallos*: 115:111, sentencia del 16 de diciembre de 1911.

22 *Fallos*: 195:250

El perfil de esta jurisprudencia mereció la atención y el comentario del profesor Dino Jarach quien apuntó: "Antiguamente la Corte, aplicando la prohibición de los impuestos confiscatorios en el caso del impuesto inmobiliario, en una serie de fallos —donde, víctima de la limitación consti-tucional, fue especialmente el Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba— dijo que *era tarea del Poder Judicial únicamente enervar la aplicación del impuesto en los casos en que excedía los límites que la Corte consideraba constitucionales, pero no era tarea de la Corte decidir hasta qué límite podía establecerse este impuesto*. En otros términos, la Corte juzgaba que un determinado impuesto debía devolverse totalmente por el hecho de ser inconstitucional. No limitaba la obligación fiscal, sino que declaraba inconstitucional el impuesto cobrado" (el énfasis en bastardilla no obra en el texto original); agregando: "La consecuencia que se deriva-ba era una laguna impositiva, porque ningún otro impuesto hubiera podido legalmente ser aplicado en ese caso, por una razón obvia: el legislador no podía dictar una ley para el caso concreto, ya que esto hubiera violado el principio de igualdad" [23]; tal proceder importaría, en definitiva, establecer un impuesto para persona determinada, lo que no es posible.

Tiempo después, en los autos: *"Filomena Vázquez de Filipini v. S. A. Wayss y Freytag"* [24], sentencia del 2 de octubre de 1946, la Corte dijo: "No es acertada la conclusión de que la inconstitucionalidad declarada de un gravamen, imponga la anulación total de la norma que lo crea. Ello no sucede, sin duda, cuando la invalidez se origina... en los casos en que se debe al monto del tributo (*Fallos*: 203:61). En este último supuesto no cae necesariamente sino la parte de los preceptos que establecen aquella cuantía —en caso de figurar en la ley— y, por consiguiente, la inconstitucionalidad puede ser sólo parcial".

Finalmente, en este aspecto, debemos referirnos a la causa: *"María Laura Pérez Guzmán de Viaña y Emilia Olmos Arredondo de Pérez Guzman v. Provincia de Tucumán"* [25], sentencia del 2 de agosto de 1948, en cuyos

---

[23] JARACH, Dino: *Curso Superior de Derecho Tributario*, 2ª edición, tomo I, capítulo III: "Límites constitucionales al ejercicio del poder fiscal", parágrafo 5: "Prohibición de los impuestos confiscatorios, ps. 139 y ss., en particular p. 146, Liceo Profesional Cima, Buenos Aires, 1969.

[24] *Fallos*: 206:21

[25] *Fallos*: 211:1033

considerandos se señaló: "Que la disposición legal declarada inconstitucional es, por lo mismo, inaplicable, Pero si es inaplicable en razón de que viola derechos, principios o garantías consagrados por la Constitución, cuya primacía deben afianzar los jueces (arts. 31 y 100), ha de serlo en tanto y cuanto los viola y nada más. Los efectos de las sentencias no han de trascender nunca la medida de su razón de ser. *Si un impuesto es inconstitucional en razón de su monto, la consecuencia de la declaración judicial pertinente sólo debe alcanzar a la porción del monto en que consiste el exceso. Más allá de ese límite no tiene razón de ser.* De ahí que cuando no es posible practicar con rigor la delimitación, esta Corte haya dejado a salvo el derecho del fisco para practicar una reliquidación ajustada al criterio que la sentencia enuncia (*Fallos*: 208:296 y 414, y el dictado con fecha 21 de mayo próximo pasado en la causa *'Banco Hipotecario Franco Argentino v. Provincia de Córdoba').* Y por lo mismo *un nuevo estudio de la cuestión en casos como el de este juicio, en que la determinación del exceso puede hacerse con precisión y objetividad conduce al Tribunal a esta variante de su jurisprudencia sobre el particular. / /* Que al ejercitar la facultad de negar la asistencia de su imperio para el cobro de un gravamen porque, no obstante haber sido en principio legítimo el ejercicio de la potestad fiscal en la materia y la jurisdicción de que se trate, la aplicación de él absorbe en el caso una parte sustancial de los bienes gravados y viola con ello la propiedad que éstos constituyen, los jueces están discerniendo el límite de la atribución legislativa en este punto, es decir, en cuanto al monto de la contribución. Y *si bien en numerosos casos análogos esta Corte no ha enunciado explícitamente el máximo de las contribuciones válidas de esta especie, reduciéndose a decir en unos que el monto no era confiscatorio y en otros que lo era, es obvio que una y otra afirmación se fundan en la referencia tácita a un determinado límite*. De otro modo no era posible formular esos juicios. Luego, porque se haga explícitamente la enunciación del límite no varía en lo más mínimo el carácter del pronunciamiento, comparando con los que se acaba de recordar. Si lo cobrado por el fisco de la Provincia de Tucumán se considera inequitativo y violatorio de la propiedad, por excesivo, es porque traspasa el término hasta el cual hubiera podido llegar válidamente el monto del gravamen. En consecuencia, enunciada dicha limitación quedan fijados con ello los efectos de este pronunciamiento, que al declarar inválido el impuesto en cuestión a causa de su monto, y sólo a causa de él, no debe tener más alcance que el de invalidar lo cobrado en exceso" (el énfasis en bastardilla nos pertenece).

3. Algunas notas peculiares del control de constitucionalidad y del valor de la jurisprudencia en el derecho judicial argentino

Desde su instalación y a lo largo de más de ciento cuarenta y cinco años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue perfilando las modalidades del control constitucional en la Argentina así como los alcances de sus pronunciamientos, de lo que daremos noticia en los distintos puntos que a continuación se desarrollan.

3.1. La importancia de los *leading case*

Si bien institucionalmente una declaración judicial de inconstitucionalidad decretada en la República Argentina sólo tiene efectos en la causa en que ha sido dictada la sentencia quedando subsistente la vigencia del precepto fuera de ella, suele ocurrir que los fallos del Máximo Tribunal se consolidan como precedente por el seguimiento de que de éstos se hace, en cuyo caso la fuente judicial, sin derogar la norma, consigue que las instancias inferiores acaten su doctrina, o que, voluntariamente, el órgano que dictó la norma, la deje sin efecto.

Siendo que el Alto Tribunal en el ejercicio de su jurisdicción constitucional y legal es *supremo*, lo cual lo convierte en el intérprete último del *Estatuto Fundamental* y de las normas federales, genera una actitud de acatamiento de los jueces inferiores que normalmente conforman sus decisiones a los fallos de aquél, deber que se funda, principalmente, en la *presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas deben dar la sabiduría e integridad de los magistrados que lo componen, evitando recursos inútiles*; sin que ello sustraiga a los jueces la facultad de apreciar con criterio propio esas resoluciones y apartarse de ellas cuando a su juicio no sean conformes a los preceptos claros del derecho, porque ningún tribunal es infalible y no faltan ejemplos de que aquellos hayan vuelto a pronunciarse abandonando el temperamento asumido en sentencias anteriores, más allá de estar referidas a casos análogos [26].

---

[26] C.S.J.N. *in re*: *"D. Bernardo Pastorino, capitán de la barca 'Nuovo Principio' contra Ronillon, Marini y Cª, sobre pago de sobreestadías"*, sentencia del 23 de junio de 1883, *Fallos*: 25:364. En la causa el Tribunal Supremo confirmó el pronunciamiento del Juez Federal doctor Virgilio M. Tedin, por los propios fundamentos dados en aquella instancia de grado, donde están expresados los conceptos vertidos en el texto.

El Tribunal cimero *in re*: *"Cerámica San Lorenzo"* [27], sentencia del 4 de julio de 1985, según se expresa en el extracto de la doctrina sentada en la causa, dejó señalado que: "No obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas. // Carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, especialmente en supuestos en los que dicha posición ha sido expresamente invocada por el apelante".

Ante conceptos tan concluyentes como los transcriptos en el párrafo anterior —que cabe apuntar se ceñían a interpretaciones constitucionales o derecho federal— no está de más recordar aquí algunas de las ideas vertidas por el primer Secretario del Alto Tribunal, doctor José M. Guastavino, al emprender la difícil tarea de dar a luz el primer tomo de la *Colección Oficial de Fallos* en septiembre de 1864. En su prefacio, anticipando nuestras conclusiones de hoy, supo remarcar sobre el valor de sus fallos: "Las decisiones de la Suprema Corte que, tanto por los principios primordiales de todo gobierno cuanto por los fundamentos propios del sistema, *tienen aunque no sin graves inconvenientes, el carácter y toda la autoridad de ley obligatoria para todos los Estados* [debe entenderse la Nación y las provincias] *y todos los individuos*, es preciso que sean conocidas del pueblo. Al lado de la influencia y poder que ejercen sobre la garantía de los derechos y sobre la suerte y organización del país es necesario agregar la publicidad, no sólo porque todos los que habitan el suelo de la República pueden ser en ellas heridos o respetados en sus derechos, sino también para levantar ante el tribunal de la Corte Suprema el poder de la opinión del pueblo, quien, a la par que gana en inteligencia con el estudio de las decisiones judiciales, con su censura hace práctica la responsabilidad de los jueces, los cuales ganarán a su vez en respetabilidad y prestigio ante sus conciudadanos, según sean la ilustración y la honradez que muestren en sus decisiones. De esta manera logra también el pueblo, por un medio indirecto, pero que obra poderosamente sobre el hombre,

[27] *Fallos*: 307:1094

prevenir la corrupción de conciencia de sus jueces. / / Por estas razones creo hacer un bien en publicar los Fallos de la Suprema Corte con la relación de las causas" (el entre corchetes ha sido agregado y el énfasis en bastardilla no obra en el texto original) [28].

En el contexto indicado se explica que con referencia a los Estados Unidos de América, en afirmación también válida para nuestro país, se ha sostenido que el Derecho Constitucional viene dado por la vasta glosa que sobre el *Estatuto Fundamental* y sus enmiendas ha elaborado durante más de dos siglos la Corte Suprema y el cual tiene tan solo como punto de partida el texto de unas pocas disposiciones siendo, por tanto, obra conjunta de la Convención de Filadelfia y de los ministros del Alto Tribunal [29].

---

[28] *Fallos*: 1:V, Prefacio de José M. Guastavino, primer Secretario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El Alto Tribunal dictó su primera sentencia el 15 de octubre de 1863 y lleva la firma de sus jueces doctores Francisco de las Carreras, Salvador María del Carril y Francisco Delgado.

[29] A este respecto es útil transcribir los conceptos de importantes juristas del apuntado país que con respecto a su Constitución y al rol que cumple la Corte Suprema de Justicia, trasuntan apreciaciones dispares. Así, de un lado, John DICKINSON pudo sostener: "El Derecho Constitucional es la vasta glosa que la Suprema Corte ha escrito alrededor de la Constitución, de la cual ésta ha sido sólo su punto de partida"; concepto complementado por un presidente del Alto Tribunal, Charles E. HUGHES, para quien: "Vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es". Desde otra perspectiva Woodrow WILSON describió la realidad judicial señalando: "La Corte Suprema es una convención constituyente en sesión continua", a lo que algún otro autor añadió respecto a la Constitución: "se puede casi decir que es enmendada cada semana a la mañana, cuando la Corte da a conocer sus decisiones"; apreciación que, con un sentido crítico, se encuentra presente en los conceptos de otro presidente del Alto Estrado, Morrison R. WAITE, cuando en su célebre *dictum in re: "Munn v. Illinois",* sostuviera:"Para la protección contra los abusos de la Legislatura, el pueblo debe recurrir a las urnas y no a los tribunales" 94 U.S., 113 (1877), ya que tal estrado no era un puerto donde se pudiera encontrar refugio contra todo acto que emanara de una legislación inoportuna u opresiva. En nuestro país Felipe S. PÉREZ pudo apuntar: "La verdadera Constitución de la República es la que surge de la interpretación que le ha dado en mil fallos la Corte Suprema de Justicia" (*Tratado sobre la Jurisprudencia de la Corte Suprema*, tomo I, p. 24, tomo 2, p. 8, Buenos Aires, 1941 —citado por Carlos A. ADROGUÉ: *Poderes Impositivos Federal y Provincial sobre los Instrumentos de Gobierno*, capítulo I: "Constitución Nacional", parágrafo 4: "Jurisprudencia constitucional", nota 9, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1943—).

3.2. La interpretación dinámica, funcional o progresista de la Constitución

El tratadista Segundo V. Linares Quintana aborda lo que la propia Corte denomina *interpretación dinámica o funcional*, caratulando tal procedimiento como *interpretación progresista* [30] de la Constitución Nacional.

Para comprender el sentido de tal hermenéutica, agrega el referido académico, se debe tomar en cuenta que "la Constitución, en cuanto instrumento de gobierno permanente, cuya flexibilidad y generalidad le permite adaptarse a todos los tiempos y circunstancias, ha de ser interpretada teniendo en cuenta, no solamente las condiciones y necesidades existentes al momento de su sanción, sino también las condiciones sociales, económicas y políticas que existen al tiempo de su interpretación, a la luz de los grandes fines que informan a la ley suprema del país" [31].

El *chief justice* Marshall señaló en uno de sus memorables votos emitidos en la Corte Suprema de los Estados Unidos, *in re: "Cohens v. State of Virginia",* 6 Wheat. 264: "Una Constitución es elaborada para las épocas por venir, y está encaminada a alcanzar la inmortalidad tanto como las instituciones humanas pueden alcanzarla" [32].

Nuestra Corte Suprema, a su vez, siguiendo los pasos de la jurisprudencia norteamericana, sostuvo en la causa: *"S.A. Merck Química Argentina v. Nación Argentina"* [33], sentencia del 9 de junio de 1948: "Que... es argumento incontrastable de rigurosa aplicación en estos autos, que la realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu remanente de las instituciones de cada país o descubre nuevos aspectos no contemplados con anterioridad, a cuya realidad no puede oponérsele, en un plano de

---

30 LINARES QUINTANA, Segundo V.: *Reglas para la Interpretación Constitucional según la Doctrina y la Jurisprudencia*, capítulo II: "Reglas para la interpretación constitucional", parágrafo 12: "Interpretación progresista", ps. 95 y ss., en particular p. 95, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987.

31 LINARES QUINTANA, Segundo V.: *Reglas para la Interpretación Constitucional según la Doctrina y la Jurisprudencia*, ob. cit., capítulo II, parágrafo 12, p. 95.

32 *LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA- ÉNOTADA CON JURISPRUDENCIA*, ob. cit., t. I, p. 73.

33 *Fallos*: 211:162

abstracción, el concepto medio de un período de tiempo en que la sociedad actuaba de manera distinta o no se enfrentaba a peligros de efectos catastróficos. La propia Constitución argentina, que por algo se ha conceptuado como un instrumento político previsto de extrema flexibilidad para adaptarse a todos los tiempos y a todas las circunstancias futuras, no escapa a esa regla de ineludible hermenéutica constitucional, regla que no implica destruir las bases del orden interno preestablecido, sino, por el contrario, defender la Constitución en el plano superior que abarca su perdurabilidad y la propia perdurabilidad del Estado argentino para cuyo pacífico gobierno ha sido instituida. // Que por iguales razones, la Corte federal de los Estados Unidos tiene particularmente dicho que 'no es admisible la réplica de que esta necesidad pública no fue comprendida o sospechada un siglo ha, ni insistir en que aquello que significó el precepto constitucional según el criterio de entonces, deba significar hoy según el criterio actual. Si se declarara que la Constitución significa hoy lo que significó al momento de su adopción, ello importaría decir que las grandes cláusulas de la Constitución deben confiarse a la interpretación que sus autores les habían dado, en las circunstancias y con las perspectivas de su tiempo, y ello expresaría su propia refutación. Para prevenirse contra tal concepto estrecho, fue que el presidente de la Corte, Mr. Marshall, expresó la memorable lección: *No debemos olvidar jamás que es una Constitución lo que estamos interpretando* (*"Mac Culloch v. Maryland", 4 Wheat 316, 407), una Constitución destinada a resistir épocas futuras y consiguientemente a ser adaptable a las varias crisis de los asuntos humanos.* Cuando consideramos las palabras de la Constitución, dijo la Corte en *"Missouri v. Holland"*, 252 U.S. 416-433, debemos darnos cuenta que ellas dieron vida a un ser cuyo desarrollo no pudo ser previsto completamente por sus creadores mejor dotados" (citado en *Fallos*, t. 172, ps. 54 y 55)".

3.3. El *self restraint* judicial o la autolimitación de los jueces

La obligación de los tribunales de justicia de controlar la supremacía de la Constitución valiéndose de la utilización de métodos interpretativos que no constriñen a los jueces a la letra de la ley —en particular los denominados lógicos: de la *ratio legis*, *mens legis*, teleológico, dinámico, progresista, etc.— han movido a algunos autores a asegurar que se ha producido un desequilibrio en la relación entre los distintos poderes del Estado, a favor del Judicial, permitiendo hablar en países como los

Estados Unidos de América, de la existencia de un *gobierno de los jueces* [34] y aún de una *oligarquía judicial*.

Esta preponderancia judicial ha existido y tuvo su punto culminante en el país del Norte durante la presidencia de Franklin Delano Roosevelt, evidenciada por las reiteradas sentencias de inconstitucionalidad de leyes federales, dirigidas a conjurar la aguda crisis económica conocida como la *Gran Depresión*, invalidaciones decretadas en la mayoría de los casos con sustentos sólo opinables.

Entendemos que en atención al carácter contra democrático —en cuanto al origen de sus designaciones— de los magistrados del Poder Judicial [35], se hace menester que eviten pronunciarse por la inconstitucionalidad de las leyes con endebles sustentos que sólo trasuntan juicios de mérito, oportunidad o conveniencia, ya que, en toda Nación en la cual las autoridades ejercen sus mandatos a partir de la soberanía del pueblo, las decisiones políticas deben ser adoptadas en el seno de las ramas legislativa y ejecutiva. Ello así, por cuanto, desde los momentos más tempranos del alumbramiento del constitucionalismo en América y de la adopción de las formas republicanas, se sostuvo, a través de la calificada pluma de James Madison, que: "Todo el mundo está de acuerdo en que los poderes propios de uno de los departamentos no deben ser administrados completa ni directamente por cualquiera de los otros. Es también evidente que ninguno de ellos debe poseer, directa o indirectamente, una influencia preponderante sobre los otros en lo que se refiere a la administración de sus respectivos poderes. No puede negarse que el poder tiende a extenderse y que se le debe refrenar eficazmente para que no pase de los límites que se le asignen. Por tanto, después de diferenciar en teorías las distintas clases de poderes, según que sean de naturaleza legislativa, ejecutiva o judicial, la próxima tarea, y la más difícil, consiste

---

[34] LAMBERT, Edouard: *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unís – L'èxperience américaine du controle judiciaire du constitutionnalité des lois*, capítulo I: "Gouvernement par les juges et gouvernement parlamentaire. Les fondements américains du gouvernement judiciaire", ps. 8 y ss., y capítulo VIII: "La consolidation du gouvernement des juges", ps. 109 y ss., Marcel Girad, Paris, 1921.

[35] En tanto los jueces, según se comprueba en forma casi uniforme en el derecho comparado, son seleccionados por diversos medios, incluso algunos con gravitación política, pero no a través del sufragio popular.

en establecer medidas prácticas para que cada uno pueda defenderse contra las extralimitaciones de los otros" [36].

Siguiendo a un lúcido jurista argentino, en dos oportunidades ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el doctor Julio Oyhanarte, no está demás reproducir los siguientes conceptos que compartimos: "Desde fines del Siglo pasado (se refiere al siglo XIX), hubo en muchos países una audible incitación a los jueces para que utilizaran desviadamente el control de constitucionalidad, como si implicase una verdadera facultad de impedir. ¿Por qué? Creo que basta averiguar de dónde vinieron las voces incitadoras. La real expansión del sufragio y el acceso a posiciones gubernamentales de nuevas clases políticas que traían o amenazaban traer reivindicaciones contrarias al interés de las minorías hasta allí dominantes: he aquí una de las principales causas. Si el Ejecutivo y la mayoría del Legislativo iban a perderse, ¿desde dónde podía intentarse la defensa de las estructuras tradicionales? La idea fue que debía confiarse en el supuesto conservatismo de los jueces, a quienes debía presionarse ideológicamente para que frustraran *a posteriori* las decisiones lesivas" (la aclaración consignada entre paréntesis ha sido añadida), para añadir: "Ante las voces que los instigan, algunos jueces, animados por su propia ideología, su vanidad o su ignorancia, se dejan llevar y empiezan a comportarse como si estuvieran convencidos de que el destino les ha adjudicado la misión de ser abanderados o mártires del tradicionalismo jurídico. Felizmente son pocos y las más de las veces sólo tienen oportunidad de votar en disidencia. La mayoría, en cambio, con sensibilidad política e institucional, toma una deliberada posición de *self-restraint*. El principio subyacente, insisto, es que las normas legales ajustadas a la Constitución que supongan errónea estimación de las demandas colectivas, tienen plena validez y su error no es justiciable". Concluyendo: "Los fundamentos del *self-restraint* se remontan al principio de la división de poderes y a la forma republicana de gobierno. También podría decirse lo siguiente: el señalamiento de los fines y de los medios propios del bien común concreto e histórico corresponde a los gobernantes, que, en el sistema de la Constitución, tienen el respaldo y el impulso que provienen del consenso popular

[36] HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY, John: *El Federalista o la Nueva Constitución*, ensayo XLVIII, atribuido al político y jurista apuntado en el texto, ps. 214 y ss. en particular p. 214, Fondo de Cultura Económica, México, 1943.

mayoritario: atribuir esa potestad a los jueces es una antihistórica tentativa de hacer incrustaciones oligárquicas en la Constitución, es un retroceso al conservatismo jurídico y es una perspectiva de impotencia estatal. Además, trae consigo, como una fatalidad, la politización de la justicia. Que es gravísima para todos, pero especialmente para la justicia. Porque una justicia que se politiza pierde autoridad y, a poco andar, merece ser destinataria de las solicitadas del sindicato o del comité, por ejemplo" [37].

Nuestra Corte Suprema, por lo demás, ha entendido que en materia de interpretación de las leyes debe preferirse la que mejor concuerde con las garantías, principios y derechos consagrados en la Constitución Nacional, de manera que solamente se acepte la que es susceptible de objeción constitucional cuando ella fuere palmaria y el texto discutido no sea lealmente susceptible de otra, concordante con la Carta Fundamental. Todo ello, en el entendimiento de que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la *última ratio* del ordenamiento jurídico. Consecuentemente, también ha sostenido que la cuestión de si una ley es nula por ser repugnante a la Constitución es, en todo tiempo, una cuestión muy delicada, que debe ser raras veces, sino jamás, decidida afirmativamente en caso de duda (con cita del juez John Marshall), ya que es doctrina admitida que en la duda, los tribunales deben pronunciarse a favor de la validez de la ley. De ese principio se infiere que el Alto Tribunal ha entendido que al ejercer el control de constitucionalidad de las leyes debe imponerse la mayor mesura, mostrándose tan celoso en el uso de las facultades que le son propias cuanto es el respeto de la esfera que la Constitución asigna, con carácter privativo, a los otros poderes

3.4. La necesaria existencia de un *caso* o *causa*

Como un resguardo para evitar la prevalencia del Poder Judicial sobre los dos restantes poderes públicos, en los Estados Unidos de América, como en la República Argentina —que ha adscrito en muchos aspectos a las soluciones jurídicas adoptadas por el país del Norte—, se ha exigido para que los jueces puedan ejercer su rol de control

[37] OYHANARTE Julio: "El caso *Bonfante*: la autolimitación de los jueces", *El Derecho*, tomo 57, ps. 805 y ss., en particular ps. 812, 813 y 814.

constitucional, que el mismo se efectúe en el marco de una *causa* o *caso* sometido a su decisión (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional), quedándoles vedado hacer declaraciones generales o abstractas, ya que es de la esencia de su misión decidir colisiones efectivas de derechos [38].

3.4.1. Primeros pronunciamientos sobre la acción declarativa de certeza

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, puesto en vigor por la ley nº 17.454 [39] a partir del 1° de febrero de 1968, en su "Parte especial", libro II: "Procesos de conocimiento", título I: "Disposiciones generales", capítulo I: "Clases", por el art. 322, dispone: *Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.// El Juez resolverá de oficio y como primera providencia, si corresponde el trámite pretendido por el actor, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida* [40].

El artículo de mención motivó en la doctrina nacional abundantes reflexiones: unas, en el sentido de sí el supuesto contemplado podía ser considerado *causa*, *caso* o *cuestión justiciable* frente a los arts. 116 y 117 de la *Ley Fundamental*; otras, sobre si el contenido de la pretensión podía comprender un planteo de inconstitucionalidad, e, incluso, si tal planteo podía ventilarse en la instancia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Una jurisprudencia del Alto Tribunal, temprana e ininterrumpida hasta hace dos décadas, sostuvo que la acción declarativa en general, e

---

38 C.S.J.N. *in re*: *"Entre Pedro Carlos Raymond, apoderado de la testamentaría de Francisco Videla, y Nicolás García, sobre mejor derecho al valor de una finca embargada"*, sentencia del 26 de octubre de 1865, *Fallos*: 2:220; e *in re*: *"Don Silverio Bejarano, pidiendo se declare inconstitucional una ley de la Provincia de Entre Ríos"*, sentencia del 31 de octubre de 1872, *Fallos*: 12:372, doctrina que se ha mantenido ininterrumpidamente a lo largo de toda la actuación del Tribunal.

39 *Anales de Legislación Argentina*, tomo XXVII-C, ps. 2649 y ss.

40 Texto sustitutivo del artículo contenido en la sanción original del Código de rito, incorporado por el art. 2º de la ley nº 25.488 (*Anales de Legislación Argentina*, tomo LVI-E, ps. 5468 y ss.).

igualmente en particular cuando a través de ella se articulaba una impugnación de orden constitucional, no conformaba una *causa* o *caso* atendible por el Poder Judicial, fundándose tal criterio en precedentes de la Corte Suprema de Justicia Norteamericana, más allá de que esta última hubiera, posteriormente, abandonado tal postura como consecuencia de la evolución experimentada en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, tanto en países del *common law*, como en los de derecho romano. Según el inicial concepto, el cometido del Poder Judicial se reducía, en el orden privado, a reparar, mediante sentencias de condena y su ejecución compulsiva, las lesiones materiales provocadas en los derechos del actor, con lo cual las acciones en tratamiento, no podían tener cabida ni ser ventiladas ante los estrados tribunalicios.

En este tema es de consulta obligada el enjundioso dictamen producido por el Procurador General de la Nación, doctor Eduardo H. Marquardt, el 17 de diciembre de 1971, en la causa: *"Hidronor S.A. c. Provincia del Neuquén"* [41], en que se pasó a revista a los requisitos que debía reunir la acción declarativa de certeza para ser admitida en sede judicial, con acopio de jurisprudencia nacional y extranjera, abriendo el camino para que 15 años después tuviera acogida dicha vía procesal, incluso en materia tributaria. Corresponde agregar, asimismo, que en tal asesoramiento, favorable a la admisión de las acciones declarativas, se volcaron medulosas reflexiones referentes a la impugnación de gravámenes y al desplazamiento de la regla *solve et repete*.

Respecto a este dictamen, resulta particularmente útil repasar las reflexiones que suscitara en el académico Germán J. Bidart Campos, en una breve y colateral nota —según así la titula— que, en realidad, constituye un preciso ensayo sobre la acción declarativa de certeza y el control de constitucionalidad a través de la jurisprudencia de la Corte y en las diversas opiniones vertidas al respecto por la doctrina nacional [42].

---

[41] Como consecuencia de que las actuaciones concluyeron al desistir la actora del proceso, el dictamen emitido en dicho contencioso no fue publicado oportunamente en la *Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia*, habiéndose incorporado a continuación del pronunciamiento recaído en la causa: *"Provincia de Santiago del Estero v. Nación Argentina"* (*Fallos*: 307:1379), sentencia del 20 de agosto de 1985, corriendo en las ps. 1387 y ss. del apuntado tomo.

[42] BIDART CAMPOS, Germán J.: "La acción declarativa de certeza y el control de constitucionalidad", *La Ley*, tomo 154, ps. 515 y ss.

Durante un largo período, el Tribunal cimero fue particularmente reacio a admitir la acción declarativa de certeza, revistiendo interés en materia tributaria el pronunciamiento recaído en la causa: *"S.A. Safe Agropecuaria v. Provincia de Santa Fe"* [43], sentencia del 18 de julio de 1973, donde la actora recabó la condena de la Provincia a expedir guías de despacho de ganado y otros documentos relativos a tales semovientes, con prescindencia de lo dispuesto en el Código Fiscal, solicitando, a dichos efectos, la declaración de inconstitucionalidad de varias de sus disposiciones. Así entonces, en las partes pertinentes del fallo se precisó: "3º) Que la accionante no invoca haber pagado el gravamen ni reclama por lo tanto su repetición, ni el resarcimiento de perjuicios que le hubiera irrogado la actitud de la demandada. Tampoco aduce que la Provincia demandada haya realizado hecho alguno que consume lesión efectiva y actual a los derechos que invoca. Por lo tanto la pretendida inconstitucionalidad tendría carácter de meramente declarativa, ya que sólo sobre la base de tal declaración, lógicamente previa, cabría considerar si procede imponer a aquélla la realización de los actos administrativos que se solicitan en la demanda. Ello impone a esta Corte abocarse al examen de la procedencia de una declaración de ese orden ... / / 4º) Que una antigua y persistente jurisprudencia de esta Corte tiene establecido que no cabe acoger en su competencia originaria demandas de tal naturaleza (*Fallos*: 98:52; 101:8; 115:163; 130:157; 184:520; 191:259; 227:688; 238:494; 243:439; 260:54; 275:394, entre otros). / / 5º) Que la posterior sanción del Código Procesal de la Nación parecería sin embargo presentar un obstáculo a la subsistencia de tal criterio, ya que en su art. 322 admite expresamente que 'podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa...'. / / 6º) Que sin abrir juicio acerca de lo que corresponda decidir en los casos en que sentencias de ese orden llegaren a conocimiento de esta Corte por vía de recurso, cabe advertir que la atribución que este Tribunal tiene de declarar inaplicables al caso leyes o actos emanados de otros poderes del Estado nacional o provincial a título de contrarios a la Constitución o a las leyes nacionales, no se concilia con la citada disposición procesal en tanto se postula su aplicación con ese objeto y por vía de competencia originaria. / / 7º) Que tal facultad debe, en efecto ejercerse con suma prudencia, ya que asigna a este Tribunal la potestad de apreciar los límites de las atribuciones propias de los otros Poderes del Estado (*Fallos*: 234:335; 242:353; 249:221;

[43] *Fallos*: 286:76

y sus citas, entre otros). Y en tanto la Constitución nacional no se la atribuye sino implícitamente y en cuanto a los casos que caigan bajo su jurisdicción (art. 101, Constitución Nacional —texto histórico—, hoy art. 117) no cabe extenderla de modo de validar declaraciones de inconstitucionalidad abstracta o de mera certeza por vía de una norma procesal que tiene su ámbito natural de aplicación en orden a decisiones del derecho común".

El aspecto más trascendente del pronunciamiento parcialmente transcripto se encuentra en el considerando 6º, en tanto allí se postuló que era inconciliable con el ordenamiento jurídico de la República el ejercicio del control de constitucionalidad por vía de acción declarativa, al menos en el ámbito de la competencia originaria del Alto Tribunal.

3.4.2. Estado actual de la cuestión sobre la acción declarativa de certeza

De todos modos, gradualmente, se fue afirmando la idea de que la esencia de *la función judicial consiste en individualizar la voluntad de la ley respecto de las relaciones concretas de derecho controvertidas o inciertas*, con lo cual la ejecución compulsiva resultante era tan sólo una consecuencia posible e independiente, y no necesaria, de la sentencia.

En las condiciones expuestas, si bien el sistema constitucional vigente en el orden nacional impide que se dicten fallos cuyo efecto prive de valor *erga omnes* a las normas impugnadas y, asimismo, obsta a la emisión de pronunciamientos sobre agravios meramente conjeturales o hipotéticos, para la Corte Suprema de Justicia de la Nación la acción de mera certeza, iniciada sobre la base de un interés sustancial, concreto y definido, con arreglo a las pautas contempladas en el Código Procesal Civil y Comercial y con efecto limitado a una declaración válida únicamente *inter partes*, pasó, más recientemente, a ser considerada una *causa* o *caso* en los términos de los arts. 116 y 117 de la *Ley Fundamental*. Ello así, la acción regulada por el art. 322 del Código de rito terminó siendo conceptualizada en la actualidad como un instituto procesal apto para suscitar un pronunciamiento judicial, independientemente de que las relaciones jurídicas sobre las que se proyecte sean de derecho privado o de derecho público e, incluso, idóneo para canalizar cuestionamientos constitucionales.

Transitando esta nueva línea jurisprudencial debemos referir, en primer término, la resolución recaída *in re*: *"Provincia de Santiago del Estero v. Nación Argentina"* [44], sentencia del 20 de agosto de 1985. Los hechos relevantes de la causa a tener en cuenta, pasaron por la sanción por la Legislatura de Santiago del Estero, en ejercicio de facultades propias, de una ley que creaba el Departamento de Control de Combustibles, que tendría a su cargo la *fiscalización cualitativa y cuantitativa de los combustibles líquidos*, fijándose una *tasa* como retribución por esos servicios, según se tratara de naftas "súper", "común" o gasoil. Ante estas circunstancias, la Divisional Salta de Yacimientos Petrolíferos Fiscales cursó a los expendedores de combustible un telegrama por el cual les comunicaba que debían abstenerse de modificar los precios, a pesar de la eventual entrada en vigencia de la tasa, bajo apercibimiento de aplicarles sanciones. En tales condiciones, frente a la actitud exteriorizada a través de las comunicaciones emitidas por la entonces petrolera estatal, la Provincia de Santiago del Estero procuró tutela jurisdiccional mediante una acción de amparo, por la que se perseguía obtener una declaración preventiva a fin de impedir la concreción de las medidas preanunciadas.

Dentro de tal marco fáctico, el Alto Tribunal entendió que podía prescindirse válidamente del *nomen juris* de la vía procesal (acción de amparo) utilizado por la Provincia y atender a la real sustancia de la solicitud (declaración preventiva). En tal sentido, tomó en cuenta las exigencias fijadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en algún caso, para dar andamiento a acciones declarativas, esto es: "a) actividad administrativa que afecta un interés legítimo; b) que el grado de afectación sea suficientemente directo; y c) que aquella actividad tenga concreción bastante (*in re*: '*Aetna Life Insurance Co. c/ Havorth*, 300 U.S. 227')"; luego de lo cual reputó que parecía evidente que la acción declarativa —que, como el amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos— era un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer los intereses de la actora que, en tales circunstancias, se agotarían en una mera declaración de certeza, dándole al planteo articulado ante su estrado dicho encuadramiento en los términos del art. 322 del Código Procesal, disponiendo, asimismo, su tramitación según las reglas del proceso sumario.

[44] *Fallos*: 307:1379

Con carácter meramente ilustrativo, corresponde consignar que en dicha causa, registrada luego en la colección del Alto Tribunal como *"Provincia de Santiago del Estero v. Nación Argentina y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales"* [45], se dictó sentencia sobre el fondo de la cuestión el 1º de marzo de 1988, decretándose que la tasa de inspección creada por la ley de la Provincia de Santiago del Estero era incompatible con el régimen de coparticipación del Fondo de Combustibles instituido por la ley nº 17.597 [46], que contenía la prohibición de aplicar tributos análogos a los nacionales previstos en la apuntada ley.

En este período, se fueron emitiendo diversas resoluciones a partir de las cuales se afirmó la posibilidad de control de constitucionalidad en el marco de la acción declarativa, siempre, claro está, que no se tratara de peticiones abstractas y genéricas, y ello condicionado, por tanto, a que se verificara una verdadera *causa* o *caso* en justicia. Aquí resulta oportuno citar *in re: "Constantino Lorenzo v. Nación Argentina"* [47], sentencia del 12 de diciembre de 1985, y la causa: *"Fábrica Argentina de Calderas S.R.L. v. Provincia de Santa Fe"* [48], sentencia del 19 de diciembre de 1986.

En lo estrictamente tributario, también se inscribe en esta nueva tónica, lo señalado *obiter dictum* [49] en la causa *"Gomer S.A. v. Provincia de Córdoba"* [50], sentencia del 3 de febrero de 1987 y, de modo concreto, lo dicho *in re: "Leonardo Antonio Newland v. Provincia de Santiago del Estero"* [51], sentencia del 19 de marzo de 1987. En este último pronunciamiento, en el que se discutía la constitucionalidad de una ley provincial y su decreto reglamentario en cuanto imponían la obligación de realizar inversiones

---

45 *Fallos*: 311:193

46 *Anales de Legislación Argentina,* tomo XXVIII-A, ps. 145 y ss.

47 *Fallos*: 307:2384

48 *Fallos*: 308:2569

49 Bajo la denominación *obiter dictum* —del latín *ob*, por; *iter*, camino; y *dictum*, sentencia o dicho— se comprende a todas aquellas afirmaciones contenidas en las sentencias judiciales referidas a aspectos jurídicos, que sin ser imprescindiblemente necesarias para resolver el caso que se falla, importan anticipar criterios del juzgador. Es así que los *obiter dictum* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, si bien no sientan doctrina, permiten inferir cual puede ser el probable tratamiento que brindará a una cuestión, cuando, articulada o mantenida ante sus estrados, esté ineludiblemente llamada a resolverla.

50 *Fallos*: 310:142

51 *Fallos*: 310:606

en predios rurales y sancionaba su incumplimiento con la aplicación de una multa, se dieron por satisfechos los requisitos para la procedencia formal de la acción meramente declarativa al tenerse por configurada una *causa* o *caso* en los términos de la *Ley Fundamental*. Allí, para descartar las defensas opuestas por la provincia, en los considerandos 5º y 6º, se desarrollaron los siguientes conceptos: "5º) Que... en atención a que la excepción de incompetencia y la de falta de legitimación para obrar han sido opuestas por el estado provincial en forma alternativa o conjunta sobre la base de idénticos fundamentos, esto es, la gravitación que la aplicación de la regla *solve et repete* podría tener respecto de la admisibilidad de las acciones meramente declarativas, corresponde indagar esta última materia. A ello no obsta la discusión acerca del carácter tributario o reglamentario del dominio que revista la norma impugnada, el que no podría determinarse a esta altura del proceso, puesto que lo que persigue el estado provincial demandado mediante las defensas que opone es, precisamente, evitar que en forma previa a la efectivización del pago se trabe la discusión sobre la naturaleza de la ley cuestionada por la actora. De modo tal que, de admitirse su posición, cualquiera que fuese el resultado del pleito en relación a la mencionada clarificación conceptual, el tema no podría ser analizado sin que anteriormente los importes hubiesen sido satisfechos. // "Sin embargo, cabe advertir que la admisión de que concurren en la especie los presupuestos de la acción meramente declarativa, en especial el estado de incertidumbre respecto de los alcances de la relación jurídica concreta y del interés suficiente en el accionante, constituye el primer obstáculo a la viabilidad de la argumentación de la demandada. En efecto, dentro de ese marco, la exigencia de cumplimiento previo de lo que constituye el objeto de la discusión, implicaría desconocer la necesidad de tutela judicial que, en casos como el presente, tiende a dilucidar el estado de falta de certeza entre el contribuyente que cuestiona la actitud del Estado y este último. // Consecuentemente, la cuestión se centra en determinar si la pretensión de sentencia meramente declarativa de certeza podría afectar la ejecutoriedad que revestiría el título al cual el estado provincial atribuye naturaleza tributaria, produciéndose las consecuencias desfavorables mencionadas... // En este sentido, no se advierte que la sustanciación del presente juicio, mientras no haya recaído en él decisión definitiva firme, pueda impedir la percepción que pretende la provincia. Ello es así, puesto que el procedimiento declarativo reglado por el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial no excluye necesariamente el

cobro compulsivo que la demandada estaría habilitada a intentar por las vías procesales que considere pertinentes. A mayor abundamiento, cabe señalar que no se desprende del texto de la ley cuestionada —ni ha sido alegado por la provincia— que la demora en la percepción de los gravámenes o sanciones —en su caso— no merezca la imposición de recargos, multas, etc. Por ello, no se advierte que la discusión judicial en los términos planteados pueda colocar al contribuyente en situación privilegiada ni que se altere el derecho del Fisco a recaudar, derecho que se sustenta en la definitiva configuración del hecho imponible. / / 6º) Que este criterio, que por lo demás ha sido expuesto por la Procuración General en el dictamen emitido en la causa *'Hidronor S.A. c/ Provincia del Neuquen'* el 17 de diciembre de 1971, importa modificar el de *Fallos*: 305:1715 [52] que esta Corte en su actual composición no comparte, conduce a la desestimación de las defensas opuestas por la Provincia de Santiago del Estero y a mantener la competencia de este Tribunal para entender en el *sub lite*".

En materia tributaria, a la acción declarativa —comprendiendo, incluso, aportes y contribuciones al régimen de la seguridad social— se le imprimió curso, entre muchas otras, en las siguientes causas: *"Asociación Civil Escuela Escocesa San Andrés y Otros v. Provincia de Buenos Aires y Otra"* [53], sentencia del 21 de mayo de 1987; *"Colegio San Lucas S.R.L. v. Nación Argentina y Provincia de Buenos Aires"* [54], sentencia del 29 de marzo de 1988; *"Domingo Martín López Saavedra v. Provincia de Buenos Aires"* [55],

---

[52] La causa de referencia es *"Bridas Sociedad Anónima Petrolera, Industrial y Comercial v. Provincia del Neuquén"*, con sentencia del 20 de octubre de 1983. Entre otras cosas, en ella se dejó dicho: "No procede la acción declarativa, si la demandante no ha utilizado los remedios administrativos previstos en el ordenamiento fiscal local a efectos de obtener la revisión de la intimación de regularización impositiva. Por otra parte, la misma pudo provocar la actividad jurisdiccional a través de un medio legal apto como la acción de repetición, para lo cual hubiera bastado cumplir con un requisito específico del régimen tributario, como es la regla *solve et repete* y acatar la intimación que se le formulara, máxime que tal recaudo no ha sido cuestionado en su aplicación al caso, ni se ha alegado que su cumplimiento debiera ser dispensado".

[53] *Fallos*: 310:977. En este caso no se hizo lugar a la medida de no innovar solicitada, toda vez que no se tuvieron por reunidos para su procedencia los requisitos establecidos en el art. 230 del Código de rito.

[54] *Fallos*: 311:421. Aquí tampoco se hizo lugar a la prohibición de innovar, al señalarse que el procedimiento previsto en el art. 322 del Código Procesal no excluye necesariamente el cobro compulsivo que la demandada estaría habilitada a intentar por las vías procesales pertinentes.

[55] *Fallos*: 311:1459

sentencia del 16 de agosto de 1988; *"Cooperativa de Trabajo Transportes Automotores de Cuyo T.A.C. Limitada v. Provincia de Mendoza"* [56], sentencia del 8 de septiembre de 1998; *"El Cóndor Empresa de Transportes S.A. v. Provincia de Buenos Aires"* [57], sentencia del 7 de diciembre de 2001; *"Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. v Provincia del Neuquen"* [58]; *"Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. v. Provincia del Neuquen"* [59]; *"Transportadora de Gas del Sur Sociedad Anónima v. Provincia de Santa Cruz"* [60] ; y *"Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. v. Provincia de Tierra del Fuego"* [61] , las cuatro consignadas en último término con sentencia del 15 de abril de 2004, *"Argencard S.A. v. Provincia de Salta"* [62], sentencia del 27 de mayo de 2004; *"Transportes Automotores La Estrella S.A. v. Provincia de Río Negro"* [63], sentencia del 29 de noviembre de 2005; *"Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. v. Municipalidad de C. del Uruguay"* [64], sentencia del 7 de febrero de 2006, y *"Massalin Particulares S.A. v. Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur"* [65], sentencia del 21 de marzo de 2006.

Resumiendo, podemos acotar que el sistema instituido por el código de rito en su art. 322, exige tres requisitos para la procedencia de las acciones meramente declarativas:

a) que concurra *estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica*, entendiéndose por tal a aquella que es concreta, en el sentido de que al momento de dictarse el fallo, se hayan producido la totalidad de los presupuestos de hecho en que se apoya la declaración acerca de la existencia o inexistencia del derecho discutido, condición bajo la cual sólo se podrá afirmar realmente que el fallo pone fin a una controversia actual, diferenciándose de una consulta en la cual se responde acerca de la eventual solución que se podría dar a un supuesto de hecho hipotético; *b)* que *haya interés jurídico suficiente en el*

[56] *Fallos*: 321:2501
[57] *Fallos:* 324:4226
[58] *Fallos*: 327:1034
[59] *Fallos*: 327:1051
[60] *Fallos*: 327:1083
[61] *Fallos*: 327:1108
[62] *Fallos*: 327: 1473
[63] *Fallos*: 328:4198
[64] *Fallos*: 329:5
[65] *Fallos*: 329:792

accionante, en el sentido de que la falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor, entendiéndose que la actualidad del interés jurídico no depende, a su vez, de la actualidad —o eventualidad— de la relación jurídica; y *c)* que *se verifique un interés específico en el uso de la vía declarativa*, lo que solamente ocurrirá *cuando el actor no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente*.

A su vez, de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación resulta la siguiente doctrina: 1) La acción meramente declarativa puede configurar un *caso* o *causa* judicial en los términos de los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, a pesar de no conducir a una sentencia de condena; 2) la acción meramente declarativa, por regla general, es improcedente en materia de tributos nacionales regidos por la ley nº 11.683 (t.o. 1998 y sus modificaciones) [66] —Ley de Procedimientos Tributarios—, en cuanto esta norma ofrece vías alternativas para hacer cesar el estado de falta de certeza [67], salvo planteos de inconstitucionalidad; 3) tales acciones pueden ser intentadas en la competencia originaria del Tribunal cimero, cumplidos los requisitos que fija el art. 117 de la Ley Suprema; 4) no existe impedimento para que la acción declarativa se oriente a obtener una declaración de inconstitucionalidad; 5) la regla *solve et repete*, mantenida en la mayoría de los ordenamientos tributarios provinciales y municipales, no es un valladar a la viabilidad de la acción declarativa, si bien su interposición, y hasta que haya recaído

[66] Cfr. decreto nº 821/98 (*Anales de Legislación Argentina*, tomo LVIII-C, ps. 2969 y ss.).

[67] Cfr. causa: *"Equipos Hidráulicos S.R.L."*, *Fallos*: 308:2147, sentencia del 13 de noviembre de 1986. La causa versó, frente a la consulta formulada por el síndico, sobre si correspondía el pago del Impuesto al Valor Agregado en los remates judiciales por quiebra o en la distribución final. La Corte desechó que la pretensión deducida pudiera estar orientada a obtener una sentencia meramente declarativa, en los términos del art. 322 del Código Procesal, ya que, contrariamente a lo requerido por ese precepto en orden al carácter subsidiario de dicha acción, el actor tuvo a su alcance otros medios legales idóneos para aventar la falta de certidumbre que le asistía acerca de la procedencia del gravamen. Pudo acudir así, sin desmedro de la consulta ante la Administración Fiscal que le hubiera otorgado el conocimiento cierto del criterio del organismo de aplicación, a la facultad acordada por la Ley de Procedimiento para solicitar al Director General una resolución general interpretativa. Más aún, el criterio sustentado por la Dirección General Impositiva ante una eventual determinación tributaria pudo recurrirse por apelación, con efecto suspensivo del pago del gravamen, ante el Tribunal Fiscal de la Nación, cuya sentencia podría declarar que la interpretación administrativa no se ajustaba a la norma interpretada, decisión, además, susceptible de revisión judicial en las instancias respectivas.

en la causa decisión firme, no impide que la Administración Tributaria promueva la pertinente ejecución o apremio fiscal [68].

Como consecuencia del último de los aspectos reseñados en el párrafo anterior, esto es, la falta de aptitud de la acción declarativa para inhibir la iniciación por el Fisco del cobro compulsivo del tributo, será menester que el contribuyente, para diferir el pago hasta el dictado de la sentencia, obtenga *tutela cautelar* mediante el dictado de una medida de no innovar.

En la República Argentina, si bien el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por su art. 230, contempla como medida cautelar la *prohibición de innovar*, siendo sus requisitos: 1. el *fumus boni iuris* (verosimilitud del derecho); 2. el *periculum in mora* (peligro en la demora); y 3. que la cautela no pueda obtenerse por otra medida precautoria, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es particularmente restrictiva cuando de lo que se trata es de suspender la fuerza ejecutoria de un acto administrativo que sirve de fundamento para el reclamo de una obligación tributaria.

Al respecto, integrando una familia numerosa de fallos en tal sentido, se destacan los pronunciamientos del Alto Tribunal en las causas *"Trebas S.A."* [69], sentencia del 22 de junio de 1989; *"Firestone de la Argentina S.A.I.C."* [70], sentencia del 11 de diciembre de 1990; *"Daniel Ernesto Grinbank —incidente— v. Fisco Nacional (Dirección General Impositiva)"* [71], sentencia del 23 de noviembre de 1995; *"Yacimientos Petrolíferos Fiscales S. A. v. Provincia de Tierra del Fuego"* [72], sentencia del 30 de septiembre de 1999; *"ESSO SAPA v. Provincia del Chubut"* [73], sentencia del 28 de diciembre de 1999; *"American Express Argentina S.A. v. Provincia*

---

[68] CASÁS, José Osvaldo: *Presión Fiscal e Inconstitucionalidad (Las garantías constitucionales ante la presión del conjunto de tributos que recaen sobre el sujeto contribuyente)*, capítulo III: "De la supremacía de la Constitución y del rol del Poder Judicial", parágrafo 15: "La denominada acción meramente declarativa o de certeza prevista por el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y el requisito de *caso* o *causa* judicial", ps. 27 y ss., en particular ps. 31 y 32, Depalma, Buenos Aires, 1992.

[69] *Fallos*: 312:1010

[70] *Fallos*: 313:1420

[71] *Fallos*: 318:2431

[72] *Fallos*: 322:2275

[73] *Fallos*: 322:3571

de Río Negro" [74], sentencia del 31 de octubre de 2000; *"Daniel Héctor Magnelli v. Administración Federal de Ingresos Públicos – Dirección General Impositiva"* [75], sentencia del 19 de septiembre de 2002; y *"Plan Óvalo S.A. de Ahorro para Fines Determinados v. Provincia de Salta"* [76], sentencia del 24 de junio de 2003; en las cuales *la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha requerido de los magistrados judiciales la mayor prudencia y estrictez en la apreciación de los recaudos que hacen a la admisión de las medidas cautelares, atento la afectación que producen sobre el erario público, pues la percepción de las rentas del Tesoro en tiempo y modo, dispuestos legalmente— es condición indispensable para el regular funcionamiento del Estado*; agregando, en su particular enfoque, que en la medida en que su competencia lo autorice, los tribunales tienen el deber de contribuir a eliminar o, en todo caso, a aminorar la ilegítima afectación del régimen de los ingresos públicos que provienen tanto de la evasión como de *la demora excesiva e injustificada en el cumplimiento de las obligaciones tributarias*, sin que ello implique que no sea posible suspender los efectos de los actos de la Administración tributaria en caso alguno, sino que tal postergación ha de estar avalada por un estudio serio, detallado y convincente de los defectos insalvables que dicho acto tenga —apreciables aún desde la limitada perspectiva de análisis que brinda el proceso cautelar—.

Rebatiendo tal línea jurisprudencial, coincidimos con el pensamiento del célebre jurista italiano Piero Calamandrei, para quien: "La función de las providencias cautelares nace de la 'relación que se establece entre dos términos': la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva. Es éste uno de aquellos casos (la disciplina de los cuales constituye quizá el más antiguo y el más difícil problema práctico de toda legislación procesal) en que la necesidad de hacer las cosas pronto choca con la necesidad de hacerlas bien: a fin de que la providencia definitiva nazca con las mayores garantías de justicia, debe estar precedida del regular y meditado desarrollo de toda una serie de actividades, para el cumplimiento de las cuales es necesario un período, frecuentemente no breve, de espera; pero esta 'mora' indispensable para el cumplimiento del ordinario 'iter' procesal, ofrece el riesgo

[74] *Fallos*: 323:3326
[75] *Fallos*: 325:2347
[76] *Fallos*: 326: 1999

de convertir en prácticamente ineficaz la providencia definitiva, que parece destinada, por deseo de perfección, a llegar demasiado tarde, como la medicina largamente elaborada para un enfermo ya muerto"; añadiendo seguidamente: "Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario. Permiten de este modo al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento 'práctico' que tendría si se hubiese dictado inmediatamente"; para rematar sus consideraciones reflexionando en los siguientes términos: "En un ordenamiento procesal puramente ideal, en el que la providencia definitiva pudiese ser siempre 'instantánea', de modo que, en el mismo momento en que el titular del derecho presentase la demanda se le pudiera inmediatamente otorgar justicia de modo pleno y adecuado al caso, no habría lugar para las providencias cautelares" [77].

3.5. La declaración de inconstitucionalidad *ex oficio*

Debe agregarse que dentro del sistema de control constitucional judicial americano, relativo o difuso, adoptado en nuestra República en el orden federal y asignado a todos los jueces, se descarta el control *ex oficio*, en tanto el mismo sólo puede ejercerse a pedido de parte, en una *causa* o *caso* sometido a su resolución, y con alcance ceñido a los intervinientes en la controversia.

Respecto a la exclusión del control de constitucionalidad *ex oficio* la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo el criterio tradicional a lo largo de un dilatado período de tiempo, pudiendo citarse como referencias en tal sentido los pronunciamientos recaídos en las causas: *"S. A. Ganadera 'Los Lagos' v. Nación Argentina"* [78], sentencia del 30 de junio de

[77] CALAMANDREI, Piero: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, capítulo I: "Criterios para la definición de las providencias cautelares", parágrafo 5: "Sentido en que se llama provisorias a las providencias cautelares", punto 8 c): "*Periculum in mora*", ps. 42 y ss., en particular ps. 43 y 44, El Foro, Buenos Aires, 1996.

[78] *Fallos*: 190:142

1941; y *"Juzgado de Instrucción Militar nº 50 de Rosario"* [79], sentencia del 24 de abril de 1984, si bien en este último caso registrando una fundada disidencia de los ministros doctores Carlos S. Fayt, Augusto C. J. Belluscio.

Más recientemente, el Alto Tribunal *in re: "Rita Aurora Mill de Pereyra y Otros v. Provincia de Corrientes"* [80], sentencia del 27 de septiembre de 2001, admitió una declaración de inconstitucionalidad *ex oficio*, si bien, entre los votos que conformaran la mayoría, sumándose a la postura anticipada en un anterior pronunciamiento por los ministros doctores Carlos S. Fayt y Augusto César Belluscio, los ministros doctores Guillermo A. F. López, Gustavo A. Bossert y Antonio Boggiano, hicieron especial hincapié en que, en la causa sometida a decisión, tal proceder por el inferior no traía como consecuencia afectación del derecho de defensa de los litigantes ante lo sorpresivo de la sentencia con tal alcance puesto que la ley invalidada —sancionada luego de haber sido trabada la litis— pudo ser, de todos modos, materia de consideración por las partes, ya en el recurso extraordinario federal, ya en el escrito de traslado respectivo [81].

3.6. Las cuestiones no justiciables

Cabe señalar que determinadas materias han quedado fuera de control del Poder Judicial. En tal sentido, se afirma que los tribunales de justicia no pueden conocer en cuestiones políticas ni revisar el ejercicio de facultades privativas de otros poderes, como tampoco las relaciones internacionales o intraconstitucionales —así, en España "del Jefe de Estado o del Consejo de Ministros con las Cortes o con el Parlamento, según los regímenes: remisión de proyectos de ley, cuestiones de confianza, fijación del orden del día, disolución de las Cámaras, convocatoria a elecciones, etc." [82]—. De todos modos, tal enclave mínimo tiende a reducirse, pues las inmunidades del poder se han ido

---

79 *Fallos*: 306:303

80 *Fallos*: 324:3219

81 Sobre el particular puede consultarse un completo ensayo de Luis F. LOZANO: *La declaración de inconstitucionalidad de oficio*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

82 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª edición, reimpresión, capítulo VI: "La inmunidad de los llamados actos políticos o de gobierno", ps. 50 y ss., en particular ps. 58 y 59, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995.

restringiendo sensiblemente, por cuanto la lucha por el derecho tiende a alcanzar la alta cota en la que se concibe al Estado de Derecho como un *Estado de Justicia*, enderezado hacia una justiciabilidad cada vez más plena. Tal ampliación, a pesar de ello, no habilita a los jueces a pronunciarse sobre los criterios de mérito, oportunidad y conveniencia con los cuales los respectivos órganos legislativos de los distintos planos del Estado dictan las respectivas normas —leyes u ordenanzas—, en nuestro caso las de contenido tributario.

Es así inveterada la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación conforme a la cual no es objetable la facultad de las provincias para darse leyes y ordenanzas de los impuestos locales, y en general todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las emanadas del art. 108 —texto histórico de la Constitución, hoy art. 126— (*Fallos*: 105:273) porque, entre los derechos que constituyen la autonomía de las provincias, es primordial el de imponer contribuciones y percibirlas sin intervención alguna de autoridad extraña (*Fallos*: 51:349; 114:282; 137:212, entre otros).

En la causa: *"Doña Graciana Etchessahar de Lastra, sobre protocolización de testamento"* [83], sentencia del 26 de octubre de 1928, el Alto Tribunal consignó: "Si la Constitución Nacional en su art. 5 [84], ha dicho esta Corte, no ha hecho de la moderación de los impuestos o de formas determinadas de percepción de los mismos una de las condiciones a la garantía al goce y ejercicio de las instituciones provinciales y ha excluido, por lo tanto, de los casos de intervención de sus poderes políticos por la Nación (art. 6) el de los abusos posibles en esta materia, consumados por las provincias en perjuicio del desarrollo de la riqueza pública local y nacional, no es admisible que se haya querido dejar a la discrecionalidad del Poder Judicial de la Nación la facultad de declarar sin valor, en casos concretos, la legislación provincial relativa a impuestos, fuera de la hipótesis de confiscación o de otra trasgresión de una garantía de la Constitución o de algún precepto de la misma, porque el Poder Judicial es el menos adecuado por su naturaleza, funciones y reglas de procedimiento para decidir sobre la necesidad y equidad de las

[83] *Fallos*: 153:46

[84] Referente a la garantía federal de autonomía conferida a las provincias.

contribuciones y para apreciar los resultados económicos de ellas, según su monto o la manera de cobrarlas".

Los criterios reseñados precedentemente, y que resumen la jurisprudencia de la Corte en materia de gravámenes provinciales, también se reflejan cuando le ha tocado resolver sobre tributos municipales o nacionales, reiterando que no es del resorte del Poder Judicial juzgar o decidir sobre la oportunidad o conveniencia de los instrumentos fiscales elegidos por el legislador o sobre la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, y que su cometido se limita a decidir si en los casos ocurrentes ha habido manifiesta incompatibilidad con las garantías y derechos constitucionales.

4. Importancia del derecho judicial en el derecho constitucional tributario

El profesor Víctor Uckmar en 1959, fecha de la primera edición de su clásica obra *Principi Comuni di Diritto Costituzionale Tributario*, señaló que dentro de la literatura jurídica comparada de ese tiempo los estudios sobre el Derecho Constitucional Tributario sólo habían alcanzado maduro desarrollo en América, atribuyendo tal producción al interés despertado por las sentencias judiciales que abordaron controversias sobre la materia, en especial aquellas emanadas de la Corte Suprema de los Estados Unidos y de Argentina, cosa que, en su concepto, no se verificaba aún en Europa, ni en Italia, ya que en lo que respecta a aquel país, era muy reciente la instalación de la Corte Constitucional prevista por el ordenamiento sancionado en 1947 [85].

Así, el *derecho judicial* constituye, junto con el derecho espontáneo no escrito, una de las principales fuentes del *derecho constitucional material*, noción que nos remite al concepto de Constitución vigente y eficaz que funciona efectivamente como derecho positivo y actual.

Es fácil comprobar cómo el derecho judicial enriquece hermanentemente a la Constitución, dado que los Tribunales de Justicia para aplicar sus normas

[85] UCKMAR, Víctor: *Principi Comuni di Diritto Costituzionale Tributario*, "Introduzione", ps. 1 y 2, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), Padova, 1959.

—principios y reglas— deben interpretarlas junto con los restantes preceptos del ordenamiento y, en muchos casos, a fin de llenar lagunas técnicas, encarar una tarea integrativa partiendo de las disposiciones existentes.

Ahora bien, el Derecho Constitucional Tributario en la República Argentina se encuentra conformado por el conjunto de principios y reglas que gobiernan desde el plano superior del ordenamiento jurídico *dos amplias secciones*, una referida a los *derechos y garantías individuales*, esto es *de las personas en cuanto contribuyentes*, y la otra atinente a *la distribución de las potestades tributarias y recursos financieros en un Estado plural* en el cual coexisten, además del *Gobierno federal*, *veinticuatro estados subnacionales* —veintitrés provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, y a su vez, *dos mil doscientos dieciséis entes municipales* [86]. En el caso de los sujetos territoriales menores, la mayoría posee y ejerce, dentro de los cauces fijados por la Constitución, la Ley de Coparticipación y el derecho público provincial, potestad tributaria normativa y aplicativa; esto es, la necesaria para instituir impuestos, tasas y contribuciones especiales, como también para fiscalizarlos y recaudarlos.

4.1. El derecho judicial en la distribución de las potestades tributarias en la República Argentina

Con una finalidad puramente ejemplificativa para demostrar la importancia de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en esta sección del Derecho Constitucional Tributario —distribución de potestades y recursos— pondremos énfasis en dos aspectos

[86] La cantidad consignada de municipios de provincia es la recogida al 30 de junio de 2007 en la página web del Instituto Federal de Asuntos Municipales, dependiente de la Secretaría de Asuntos Municipales del Ministerio del Interior: http://www.mininterior.gov.ar/municipales/. Incluye a los de distinta categoría, esto es a los de Carta o de Ley Orgánica, como así también a las comunas, comisiones vecinales, comisiones de fomento y comunas rurales (v. sobre el particular Esteban J. URRESTI: "Reflexiones acerca de la posibilidad de codificar de manera uniforme el procedimiento tributario en las municipalidades argentinas", punto 2.3.: "Organización institucional de las municipalidades", subpuntos 2.3.1: "Sistema de ley orgánica", 2.3.2: "Sistema de carta o convención" y 2.3.3: "El régimen institucional de los municipios en las provincias argentinas", en: *Los procedimientos tributarios provinciales, municipales y ante las Comisiones Arbitral y Federal de Impuestos*, obra colectiva coordinada por Gustavo J. NAVEIRA DE CASANOVA, ps. 307 y ss., en particular ps. 313 y ss., Ad Hoc, Buenos Aires, 2003).

dirimidos por el Alto Tribunal. Ellos son, respectivamente, el relativo a la asignación de la potestad tributaria normativa en materia de *contribuciones indirectas* [87] que se disputaron, durante algo más de cuatro décadas, la Nación con las provincias y que, finalmente, pasaron a revistar como recurso concurrente de ambos planos de gobierno sobre la base, en un primer momento de una sentencia judicial y, finalmente, al establecerlo así a texto expreso en la *Ley Suprema*; y el concerniente a la validez constitucional de la *coparticipación tributaria,* instituida por *leyes convenio* a partir del 1º de enero de 1935, en virtud de la cuales la Nación pasó a legislar y recaudar unificadamente los más importantes gravámenes, distribuyendo su producido con las provincias por el largo período que va desde el apuntado año 1935 hasta la fecha, careciendo de cobertura constitucional expresa tal modo de obrar hasta agosto de 1994, con la entrada en vigencia de la última Reforma de nuestra Carta Magna.

4.1.1. La doctrina judicial de los poderes tributarios concurrentes nacionales y provinciales en materia de imposición indirecta

La distribución de la renta pública tributaria en la Constitución Argentina de 1853-1860, si bien acogió la nacionalización de los derechos aduaneros, despejando uno de los conflictos hasta entonces existente, posibilitó, en los hechos, con la creación en 1891 por el Congreso de la Nación de los *Impuestos Internos* [88], que se entronizara un sistema de *concurrencia provincial y nacional* en materia de *contribuciones indirectas* recién convalidado en su constitucionalidad por la Corte Suprema de

---

[87] El término *contribuciones* —utilizado en los artículos 4°, 17, 20, 52 y 75 inc. 2°, de la Constitución Nacional, texto vigente—, comprende tanto a los impuestos como a las tasas y a las contribuciones especiales. Por su parte, el régimen rentístico, tal cual fue difusamente bosquejado en la Constitución de 1853-1860, contemplaba, por el art. 4º que: *El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional, formado del producto... de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General...*; mientras que por el art. 67, inc. 2º (texto histórico) se disponía como competencia del Congreso: *Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan.* En tales condiciones, las discusiones discurrieron, sancionada la Constitución de 1853 y durante un largo período de nuestra historia, en precisar a quien se había asignado la potestad tributaria normativa para sancionar contribuciones indirectas, ya fuera a las provincias, ya a la Nación, o a ambas concurrentemente.

[88] Los referidos impuestos gravaban ciertos *consumos específicos* y debieron su denominación al hecho de que pasaron a coexistir, dentro del cuadro rentístico de la Nación, con los gravámenes aduaneros conceptuados como *impuestos externos*.

Justicia, *in re*: *"Sociedad Anónima Mataldi Simón Limitada contra la Provincia de Buenos Aires, por repetición de pago de impuestos"* [89], sentencia del 28 de septiembre de 1927, concurrencia que hoy se encuentra acogida, a texto expreso, por la Reforma Constitucional de 1994, mediante el enunciado incorporado en la introducción misma del inc. 2 del art. 75 de la *Ley Fundamental* [90], recibiendo, tal concurso, validación explícita y carácter ordinario y permanente.

El Alto Tribunal, dentro de los considerandos centrales de dicho pronunciamiento, dejó expresado: "Que los antecedentes de doctrina y de jurisprudencia sobre la cuestión propuesta deciden que, en general, los tributos indirectos al consumo interno, o sea los impuestos aludidos, pueden ser constitucionalmente establecidos por la Nación y por las Provincias, en ejercicio de las facultades concurrentes y sin óbice alguno determinado por incompatibilidades de orden institucional. El poder impositivo del gobierno central a este respecto, así como la potestad concurrente de los estados para establecer los mismos gravámenes sobre la misma materia imponible, se ha derivado de la inteligencia atribuida a la cláusula del art. 4° de la Constitución que dice: 'de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso general', interpretándose por consideraciones de orden jurídico y fundamentos de carácter económico, que si bien dicha cláusula *no encierra una delegación de poder expreso a favor de la Nación, contiene la facultad implícita de crear y percibir los referidos impuestos federales al consumo* (*Fallos*: 121:264), los que tienen ya, sobre la sanción legal, *la consagración de los hechos en el largo período de su funcionamiento* en el que se han seguido como renta fiscal el constante progreso del país en los diversos órdenes de su actividad económica y *constituyen en la actualidad una fuente de recursos de que a la Nación acaso no le fuera dado prescindir sin afectar fundamentalmente su situación financiera*. / / Que *la facultad constitucional de la Nación relativa a estos impuestos*, sea cual fuere la amplitud que se le asigne, *no tiene* sin embargo, *los caracteres de exclusividad con que se le han acordado otros*, tales como los referentes a la organización tributaria aduanera, derechos de importación y de exportación, rentas de Correos, etc., con relación a los cuales existe la delegación expresa de poderes que

89 *Fallos*: 149:260

90 Allí se ha añadido en el pórtico del inciso: *Corresponde al Congreso: ... 2. Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. ...*

no comprende al gravamen de los consumos internos, debiendo deducirse, *en consecuencia*, que *las provincias conservan al respecto virtuales facultades impositivas y pueden ejercitarlas en concurrencia con las de la Nación*, dentro del alcance y con las limitaciones determinadas por la *Ley Fundamental*" (el énfasis en bastardilla no obra en el texto original).

Los antecedentes doctrinales y jurídicos invocados por la sentencia a tal punto no resultaban pacíficos que se llegó a propiciar por calificados autores una reforma constitucional para zanjar definitivamente la cuestión, y fue más bien la fuerza de los hechos —aprovechamiento de dichas fuentes tributarias concurrentemente por la Nación y las provincias— la que impulsó adoptar una solución salomónica, recomendada, también, por la circunstancia de que al gobierno central no le era dable prescindir del apuntado financiamiento.

4.1.2. La doctrina judicial frente al régimen de coordinación financiera de participación o coparticipación

Por otro lado, admitida la constitucionalidad de la potestad impositiva concurrente nacional y provincial en los apuntados gravámenes a los consumos específicos, ello acrecentó la doble imposición, obligando a pensar en soluciones para conjurarla.

Ante tal estado de cosas, se registraron en el Congreso diversas iniciativas las que se verían plasmadas, finalmente, con la sanción de la ley nº 12.139 de *Unificación de Impuestos Internos* [91].

La modalidad que se puso en funcionamiento partía de la sanción de una ley federal de unificación impositiva a la que debían adherir las respectivas legislaturas provinciales asumiendo obligaciones y adquiriendo, correlativamente, los derechos preestablecidos, dando lugar así al perfeccionamiento de una "ley-contrato" o "ley-convenio", categoría inédita hasta entonces en nuestras prácticas federales. Por dichas leyes las jurisdicciones locales se comprometían a no establecer gravámenes semejantes a los impuestos nacionales y, como contrapartida, obtenían el derecho a recibir un porcentaje de lo recaudado por aquellos recursos.

---

[91] *Anales de Legislación Argentina*, tomo complemento 1920-1940, ps. 558 y ss., conocida como *Ley de Unificación de Impuestos Internos*, vigente a partir del 1º de enero de 1935.

Lo cierto es que los distintos sistemas instituidos no contaban con adecuado respaldo constitucional, por lo cual se levantaron autorizadas voces reputándolos violatorios de la *Carta Magna* al considerar que las provincias sólo podían desprenderse de sus competencias tributarias normativas y aplicativas mediante su reforma. A pesar de ello, a partir de un tratamiento incidental, la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó el régimen *obiter dictum* en la causa: *"Carlos Juan Madariaga Anchorena"* [92], sentencia del 21 de noviembre de 1958, donde precisó que: "El ordenamiento vigente en el país admite que las provincias puedan restringir convencionalmente el ejercicio de sus poderes impositivos mediante acuerdos entre sí y con la Nación; y la peculiaridad esencial de esos acuerdos, en lo que al caso interesa, es que no afectan derechos individuales". Poco tiempo después, el Tribunal cimero acotó la doctrina del precedente *in re*: *"S. A. Compañía San Pablo de Fabricación de Azúcar v. Provincia de Tucumán"* [93], sentencia del 6 de noviembre de 1961, al establecer: "Toda vez que lo atinente a las atribuciones provinciales en materia impositiva es de orden estrictamente constitucional, los plausibles acuerdos que puedan alcanzarse por leyes del tipo de la invocada (se refería a la ley-convenio de Unificación de Impuestos Internos n° 12.139) deben interpretarse restrictivamente. Se trata de atribuciones propias de la soberanía conservada por los Estados provinciales, cuya limitación no puede ser sino estrictamente excepcional".

En las condiciones que hemos venido refiriendo, ha sido bienvenida la incorporación efectuada por la Reforma Constitucional de 1994, en el art. 75 inc. 2, donde se cierra el primer párrafo relativo a contribuciones indirectas y directas señalando que las mismas *con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables*, para agregar, en los cinco párrafos siguientes del apuntado inciso, una regulación de marco minuciosa sobre el régimen que en la materia deberá instituir el Congreso [94].

---

92 *Fallos*: 242:280

93 *Fallos*: 251:180

94 El art. 75, inc. 2 de la Constitución reformada consagra en los párrafos siguientes: *Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos. // La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo*

4.2. El derecho judicial y el Estatuto Constitucional del Contribuyente

Los derechos y garantías constitucionales que ofrece nuestra *Ley Fundamental* a partir de sus enunciados explícitos y, sobre todo, como consecuencia de haber incorporado en la Reforma de 1860 el art. 33 sobre *derechos implícitos* [95], es una fecunda cantera de la cual puede extraerse un conglomerado de reglas y principios que, en armónica amalgama, deben ser sistematizados en un objeto unitario de tratamiento y estudio, ya que todos propenden a la *libertad fiscal*, entendida ésta como la facultad de rechazar cualquier pretensión pecuniaria del Estado a título de tributo que no satisfaga los requisitos y exigencias que dimanan de la *Carta Magna* y que convertirían al pago que se reclame, en tales circunstancias, en exacción y despojo. Ya en 1953 tal conglomerado jurídico constitucional fue definido por el profesor Juan Carlos Luqui como el *Estatuto del Contribuyente* [96].

Con el sustento dogmático del Estatuto referido en el párrafo precedente —derechos y garantías constitucionales explícitos e implícitos— junto a las regulaciones contenidas en los diversos tratados sobre derechos humanos elevados a rango constitucional por la Reforma del año 1994 [97], se ha producido una elaboración fecunda y sistemática en

---

el territorio nacional. // La ley convenio tendrá como Cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias. // No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso. // Un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determine la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la ciudad de Buenos Aires en su composición.

95 El art. 33 consagra: *Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.*

96 LUQUI, Juan Carlos: "La obligación tributaria en el derecho argentino", en *Revista de Ciencias Económicas y Centro de Estudiantes de Ciencias Económicas*, año XLI, serie II, n° 41, p. 16, Buenos Aires, 1953; también del mismo autor pueden consultarse: "Las garantías constitucionales de los derechos de los contribuyentes", *La Ley*, tomo 142, ps. 891 y ss.; y "Las garantías constitucionales de los derechos de los contribuyentes", en *Derecho Constitucional Tributario*, ps. 23 y ss., Depalma, Buenos Aires, 1993.

97 Como consecuencia de esta Reforma se ha venido a establecer en el art. 75, inc. 22, que *... La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional*

la materia, fruto de la labor incesante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —esto es, del *derecho judicial*— valiéndose de una interpretación sistémica y teleológica de los principios y reglas contenidas en el plexo supremo de nuestro ordenamiento jurídico.

Así podemos hablar, entre otros, de los principios de: reserva de ley; indelegabilidad legislativa; irretroactividad tributaria (si bien acotada a determinados supuestos); no confiscatoriedad; igualdad ante la ley, igualdad en la ley e igualdad por la ley; generalidad; proporcionalidad y progresividad; capacidad contributiva; equidad; derecho a trabajar y ejercer industria lícita; razonabilidad; derecho de defensa y tutela jurisdiccional efectiva; seguridad jurídica, etc.

La vasta enumeración antes formulada impide un tratamiento que agote los tópicos propuestos, por lo que habremos de ceñirnos tan sólo a pasar revista a algunos fallos en los cuales se ejerció el control de constitucionalidad a partir de principios, derechos y garantías de tal rango como son los de reserva de ley; no confiscatoriedad; igualdad; proporcionalidad; y derecho a trabajar y ejercer industria lícita.

4.2.1. El derecho judicial y el principio de reserva de ley en materia tributaria

Limitaremos el tratamiento de los muchos aspectos involucrados con el principio de reserva de ley [98] sólo a dos: el relativo a su aplicación en materia de

---

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. // Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

98 CASÁS, José Osvaldo; *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente. A partir del principio de reserva de ley tributaria,* Ad-hoc, Buenos Aires, 2002.

tasas [99] y el concerniente a la institución de tributos mediante la utilización de reglamentos de necesidad y urgencia.

En el primer aspecto cabe consignar que dependerá de que la tasa sea reputada un tributo o un instituto regulado por el derecho administrativo para que deba exigirse para su creación, modificación o aumento de su cuantía, una ley en sentido formal o baste un simple reglamento.

Sobre este punto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue en algún momento vacilante, otorgando a la tasa, aunque en pocos casos, naturaleza administrativa, sin perjuicio de que en los últimos tiempos ha enfatizado su carácter tributario y, por ende, la necesidad de una ley formal para instituirla.

Un fallo aislado que adscribió a la categorización administrativa de las tasas fue el dictado *in re*: *"S.A. Ducilo v. Obras Sanitarias de la Nación"* [100], sentencia del 28 de mayo de 1953, donde señaló: "Que, si bien es cierto que el poder público es quien fija las tasas para determinados servicios que presta, también es verdad que lo hace tratando siempre de recuperar sólo los fondos invertidos en los mismos, y no buscando beneficio fiscal. Como lo señala la doctrina, la tasa no es una institución fiscal, sino una creación administrativa para resarcirse directamente de los gastos en determinado servicio prestado a los usuarios y, por eso, mientras el impuesto —generalmente— tiene en cuenta el monto de la riqueza poseída por una persona, la tasa sólo está en relación con la utilización de los servicios públicos. Por las mismas consideraciones *el impuesto requiere previamente la sanción legal, y para las tasas bastará una autorización de*

---

[99] Asumimos que tal especie no tiene carta de ciudadanía ni es de uso corriente en el derecho positivo mexicano. Para nosotros, en cambio, constituye una de las categorías dentro de la clasificación tripartita de los tributos. Así el académico Horacio A. GARCÍA BELSUNCE la define en los siguientes términos: "Tasa: Es la contraprestación pecuniaria que el particular debe al Estado, en virtud de ley, por la prestación de un servicio jurídico, administrativo o jurisdiccional, de uso obligatorio, divisible y determinado en la persona o bienes del usuario, prestado por el Estado en ejercicio del poder tributario" (cfr. "Revisión parcial del concepto de la tasa como especie tributaria", *La Ley*, tomo 2006-F, ps. 853 y ss., en particular p. 864; también puede consultarse el mismo ensayo en *Periódico Económico Tributario*, año XIV, nº 361, ps. 1 y ss., ejemplar del 29 de noviembre de 2006).

[100] *Fallos*: 225:688

carácter general frecuentemente otorgada a reparticiones autárquicas" (el destacado en bastardilla ha sido agregado).

Por la naturaleza tributaria, en cambio, se registran numerosos precedentes anteriores y posteriores al pronunciamiento antes citado, entre los que vale referir el recaído en las causa: *"'La Martona' S. A. v. Provincia de Buenos Aires sobre repetición de una suma de dinero"* [101], sentencia del 7 de diciembre de 1938, donde, frente a una *tasa en concepto de servicio de inspección veterinaria* establecida mediante decreto del Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires, dejó consignado: "Que los principios y preceptos constitucionales —de la Nación y de la Provincia— son categóricos en cuanto prohiben a otro poder que el legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas y así el art. 17 de la Carta Fundamental de la República dice que: 'Sólo el Congreso Nacional impone las contribuciones que se expresan en el art. 4°'; y el art. 67 en sus incs. 1° y 2° (texto 1853/1860), ratifica esa norma que está expresada con igual precisión en el art. 90, inc. 1° de la Constitución de Buenos Aires".

Más recientemente, el Alto Tribunal *in re*: *"Berkley International A.R.T. S.A. v. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos – Dto. 863/98"* [102], sentencia del 21 de noviembre de 2000, hizo lugar a la impugnación de una tasa recaudada y fiscalizada por la Administración Federal de Ingresos Públicos sobre los recursos destinados a las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (A.R.T.), fundada en la atención del gasto que demandaran las funciones encomendadas al organismo fiscal. La Corte Suprema de Justicia en el voto mayoritario compartió e hizo suyos los conceptos contenidos en el dictamen del Procurador General de la Nación, en tanto concluyó que el decreto nº 863/98 [103] —al que consideró inaplicable en la especie— ni la ley nº 24.557 [104], ni otra norma legal, habían establecido una contraprestación por el servicio que la misma ley reguladora de las A.R.T. puso en cabeza de la AFIP, en cuanto a la verificación y recaudación de las sumas correspondientes a las citadas empresas, fijadas conforme al art. 23 de la Ley de Riesgos del Trabajo.

---

101 *Fallos*: 182:411

102 *Fallos*: 323:3770

103 *Anales de Legislación Argentina*, tomo LVIII-C, ps. 3023 y ss.

104 *Anales de Legislación Argentina*, tomo LV-E, ps. 5865 y ss.

En cuanto al segundo tópico que nos hemos propuesto discurrir, referido a la sanción de tributos por conducto de reglamentos de necesidad y urgencia, decretos leyes o medidas provisorias con fuerza de ley —según la denominación en boga en cada ordenamiento jurídico—, el derecho judicial argentino se ha pronunciado en forma concluyente por la invalidez de las obligaciones patrimoniales instituidas por dichos medios.

El *leading case* más importante del Alto Tribunal en materia de *reglamentos de necesidad y urgencia* en el *ámbito tributario* está constituido por la resolución recaída en la causa: *"Video Club Dreams v. Instituto Nacional de Cinematografía* " [105], sentencia del 6 de junio de 1995, donde, en todos los votos emitidos, se postuló la confirmación de la sentencia apelada que había resuelto la inconstitucionalidad del tributo al video creado por los decretos nºs 2.736/91 [106] y 949/92 [107].

A su vez, en la causa *"Luisa Spak de Kupchik y Otro v. Banco Central de la República Argentina y Otro"* [108], sentencia del 17 de marzo de 1998, se cuestionó la validez constitucional del decreto nº 560/89 [109], por el que se había instituido un gravamen de emergencia que se aplicaría por única vez a los activos financieros existentes al 9 de julio de 1989. Meses más tarde, la ley nº 23.757 [110] reprodujo el texto de la mencionada norma, con adecuaciones en aspectos de forma, y lo ratificó de modo expreso. A tal respecto, luego de pronunciarse por la inconstitucionalidad del decreto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló: "13) Que —por su parte— la posterior entrada en vigencia de la ley nº 23.757 tampoco es hábil para justificar la aplicación del impuesto sobre los activos financieros con respecto a los hechos imponibles controvertidos en estas actuaciones ... / / 14) Que consecuentemente, y bajo el imperio de nuestra Ley Fundamental —texto 1853/1860— es inaceptable que un poder de imposición cuyo ejercicio se halla a extramuros de ésta en los términos señalados, pueda ser concebido como un instrumento eficaz para sortear los óbices constitucionales de otra norma —como el decreto nº 560/89—

105 *Fallos*: 318:1154
106 *Anales de Legislación Argentina*, tomo LII-A, ps. 354 y ss.
107 *Anales de Legislación Argentina*, tomo LII-C, ps. 2977 y ss.
108 *Fallos*: 321:366
109 *Anales de Legislación Argentina,* tomo XLIX-C, ps. 2573 y ss.
110 *Anales de Legislación Argentina*, tomo XLIX-D, ps. 3733 y ss.

intrínsecamente írrita. Merecen riguroso rechazo, pues, las argumentaciones sustentadas en la conexión entre dos ordenamientos como los examinados, por las que se pretende asignar efectos convalidantes —con carácter retroactivo— a la ratificación de uno de ellos por el posterior, y se arriba a la absurda conclusión de que integrándose el uno con el otro, la constitucionalidad de ambos textos queda salvaguardada. En efecto, si —como quedó expresado— el Congreso Nacional no podía disponer hacia el pasado sobre esta materia, aceptar la postura del fisco implica desvirtuar y tornar inoperante mediante una disposición de igual naturaleza infraconstitucional, la conclusión alcanzada ..., en torno a la invalidez del decreto citado, establecida por esta Corte en su rol de custodio e intérprete último de la *Ley Fundamental* ...".

Cabe acotar que, como consecuencia de la Reforma Constitucional de 1994, por el art. 99 se precisan las atribuciones del Poder Ejecutivo y en el inciso 3º, tercer párrafo, se establece que: *Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.*

La Reforma Constitucional ha dejado expresamente al margen de los reglamentos de necesidad y urgencia, como puede advertirse de la transcripción precedente, la materia tributaria, lo que constituye una garantía sobre todo si se tiene en cuenta el desborde producido en la utilización de tal herramienta durante la gestión del presidente Carlos Saúl Menem, quien incursionó con tal instituto sobre todas las ramas jurídicas y, con particular persistencia, en el ámbito tributario y fiscal.

4.2.2. El derecho judicial y el principio de no confiscatoriedad en materia tributaria

En un primer momento el Máximo Tribunal argentino, acotó la interdicción constitucional de la confiscación únicamente a la que intentara aplicarse en materia penal [111]. Así *in re: "Manuel Faramiñan*

[111] Ello en consonancia estricta con lo prescripto en el penúltimo de los enunciados del art. 17 de la Constitución Nacional destinado a tutelar la inviolabilidad del derecho de

contra la Municipalidad de La Plata, sobre inconstitucionalidad de ordenanzas municipales" [112], sentencia del 23 de agosto de 1906, entendió que las normas por las cuales se establecían impuestos y contribuciones no eran inconstitucionales por confiscatorias en tanto: "Las confiscaciones prohibidas por la Constitución, son medidas de carácter personal y de fines penales, por las que se desapodera a un ciudadano en sus bienes, es la confiscación del Código Penal, y en el sentido amplio del artículo 17 el apoderamiento de los bienes de otro, sin sentencia fundada en ley o por medio de requisiciones militares; pero de ninguna manera lo que en forma de contribuciones para fines públicos puede imponer el Congreso o los gobiernos locales ...".

En nuestra República se marcó luego un punto de inflexión doctrinal cuando el Tribunal cimero se detuvo a ponderar los *efectos o alcances confiscatorios* de los tributos para, como corolario, tenerlos por contrarios a la Constitución. Dicho cambio quedó plasmado en una familia de fallos que, en puridad, se inaugura con motivo de la aplicación del impuesto a la herencia en la causa *"Doña Rosa Melo de Cané, su testamentaría; sobre inconstitucionalidad de impuesto a las sucesiones en la Provincia de Buenos Aires"* [113], sentencia del 16 de diciembre de 1911. En tales actuaciones la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al considerar un impuesto que gravaba los legados a extraños a una cuota del 50% de los valores transmitidos, en este caso por disposición testamentaria en favor de la Iglesia Católica, dejó establecido en el considerando 9º: "Que ... es ... oportuno recordar que la Suprema Corte de Estados Unidos, interpretando y aplicando disposiciones constitucionales menos explícitas que las nuestras, ha dicho en uno de sus recientes fallos: 'Si ocurriera alguna vez un caso en que bajo el nombre de impuesto progresivo o en otra forma se imponga una exacción arbitraria y confiscatoria sería la oportunidad de considerar si el Poder Judicial puede acordar amparo, aplicando los principios inherentes y fundamentales para la protección del individuo, aún cuando no haya para ello autoridad expresa en la Constitución' (*Knowlton y Moore*, 178, U.S. 45)", decretando la invalidez de los tributos considerados confiscatorios, que, desde otra perspectiva —derecho a

---

propiedad, en tanto allí específicamente se dispone: *La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino.*

112 *Fallos*: 105:50

113 *Fallos*: 115:111

disponer de la propiedad por voluntad testamentaria— se había insinuado tres décadas antes, en voto dividido, *in re: "La sucesión de Doña Tomasa Velez Sarsfield contra el Consejo de Educación de la Provincia de Buenos Aires, sobre inconstitucionalidad de un impuesto"* [114], sentencia del 19 de noviembre de 1882. En este anterior fallo el Alto Estrado entendió que contrariaba a la Constitución un impuesto creado por una Legislatura provincial aplicable a los legados instituidos a favor de extraños, si bien con el fundamento que admitirlos, importaría tanto como establecer una legítima forzosa a favor del Fisco local que el Código Civil —derecho común sancionado por el Congreso de la Nación para toda la República— no había contemplado.

En diversos pronunciamientos el Tribunal cimero, con matizaciones en el caso de contribuyentes no residentes en el país [115], entendió que la confiscación se operaba cuando el tributo absorbía más del 33 % del capital —en el Impuesto Sucesorio calculado sobre el monto de la hijuela— o de la renta que producían los bienes gravados.

Ya consolidada la doctrina y a fin de llevar a cabo un escrutinio sobre la confiscatoriedad en materia de Impuesto Inmobiliario sobre bienes rurales, la Corte Suprema de Justicia tuvo en cuenta no ya el valor del inmueble sino su renta y, en el caso de los bienes infrautilizados, computando la que podía obtenerse por la explotación de los campos en forma "racional y eficiente sin gastos desmedidos y de acuerdo a sus condiciones y posibilidades" [116]. También se agregó "que... la proporción entre la renta y el impuesto, en los casos de gravámenes que inciden

---

114 *Fallos*: 23:647

115 Durante un período la Corte Suprema de Justicia de la Nación aceptó que el Impuesto Sucesorio pudiera llegar, de aplicarse el adicional o el recargo por ausentismo cuando los beneficiarios de la transmisión eran no residentes en el país, hasta el 50 % del monto de la herencia. Tal temperamento se encuentra expresado en las causas: *"Segundo Fernández Aguilera (sucesión)", Fallos*: 211:34, sentencia del 4 de junio de 1948, o *"Eduardo Shepherd, su sucesión", Fallos*: 212:493, sentencia del 22 de diciembre de 1948. Luego del cambio de composición del Tribunal por la autodenominada "Revolución Libertadora" en la causa *"Carlos Vicente Ocampo"*, *Fallos*: 234:129, sentencia del 2 de marzo de 1956, si bien se admitió el recargo impositivo al contribuyente con domicilio en el extranjero, se sentó el criterio de que la garantía constitucional del derecho de propiedad imponía el tope del 33 % en el Impuesto Sucesorio, tanto en el caso de contribuyentes residentes en el país, como en el de residentes en el extranjero.

116 C.S.J.N. causa: *"Dolores Cobo de Macchi di Cellere v. Provincia de Córdoba"* (*Fallos*: 190:231), sentencia del 21 de julio de 1941.

sobre la producción agrícola, debe establecerse computando el rendimiento normal medio de una correcta explotación del fundo concretamente afectado", añadiéndose: "No cabe así tener en consideración ni la disminución o supresión de las utilidades por circunstancias eventuales, ni la que proviene de la inapropiada administración del contribuyente" [117]. Igualmente se dijo que "el requisito para la procedencia de juicios similares al de autos, de la comprobación de una explotación eficiente, significa el debido aprovechamiento de todas las posibilidades al alcance del común de las gentes dedicadas a esta especie de trabajo, lo que supone la incorporación de los capitales necesarios para aquel fin" [118]; agregándose, incluso, que "en la organización social actual el propietario de la tierra fértil no atiende al real destino de ella, haciéndola mero capital productivo de renta, para limitarse a disfrutar del precio que obtiene por la cesión de su uso", pues: "no obstante la libertad que el ordenamiento legal asegura de poder ceder los campos en simple locación (Const. Nac., art. 14 y ley nº 13.246 [119]), ello no resulta obstáculo para que, contemplado el problema desde el punto de vista económico-social con que debe juzgarse la eficacia y legitimidad de una ley impositiva, se concluya que el precio del arrendamiento de bienes rurales no es índice de la explotación normal eficiente que el legislador esté obligado a respetar cuando les impone tributos, a fin de no exceder la medida en que los derechos reconocidos por la Constitución Nacional se encuentran protegidos" [120].

4.2.3. El derecho judicial y el principio de igualdad en materia tributaria

Más allá del nutrido número de pronunciamientos que registra nuestro Máximo Tribunal en materia de igualdad tributaria —de cuya doctrina condensaremos algunos lineamientos generales—, solamente damos cuenta aquí de modo particularizado del contenido de dos de sus sentencias, a las que añadimos una tercera, dictada en el estrado del

---

[117] C.S.J.N. causa: *"Felicitas Guerrero de Mihanovich v. Provincia de Córdoba"* (*Fallos*: 200:128), sentencia del 23 de octubre de 1944.

[118] C.S.J.N. *in re: "Rosa Jardón Perissé v. Provincia de Córdoba"* (*Fallos*: 209:200), sentencia del 31 de octubre de 1947.

[119] *Anales de Legislación Argentina*, tomo VIII, ps. 85 y ss.

[120] C.S.J.N. causa: *"Raúl Giménez Fauvety y otros"* (*Fallos*: 239:157), sentencia del 30 de octubre de 1957.

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que hoy integramos.

La primera de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recayó *in re*: *"Don Ignacio Unanue y otros contra la Municipalidad de la Capital, sobre devolución de dinero proveniente del impuesto a los studs"* [121], sentencia del 21 de septiembre de 1922, donde se señaló que: la igualdad preconizada por el art. 16 de la Constitución importa, en lo relativo a impuestos, establecer, que *en condiciones análogas deberán imponerse gravámenes idénticos a los contribuyentes*, por lo que el impuesto de inspección establecido por la Municipalidad de la Capital sobre los locales para *studs*, no es violatorio de esa garantía constitucional, desde que todas las caballerizas comprendidas en la denominación de *studs* son gravadas con una base uniforme y dado que no es posible desconocer que *existe algún motivo razonable para hacer distinción entre los establecimientos que se ocupan de cuidar caballos destinados al tráfico común de la ciudad y aquellos que albergan y preparan caballos con el único objeto de disputar carreras*.

La segunda, también del Máximo Tribunal, que adquiere un valor emblemático al valerse de la noción de *capacidad contributiva* como principio constitucional implícito, es la dictada en la causa: *"Ana Masotti de Busso y Otros v. Provincia de Buenos Aires"* [122], sentencia del 7 de abril de 1947, en la cual se declaró inconstitucional la *progresividad en el Impuesto Inmobiliario Rural sobre bienes poseídos en condominio* por afectar el principio de igualdad ante el impuesto y las cargas públicas. Para ello se razonó sosteniendo, que si bien el impuesto territorial se mide por el valor de la propiedad inmobiliaria, el objeto del gravamen no es el inmueble considerado en sí mismo sino la capacidad tributaria de su dueño, que se pondera por la riqueza que su dominio representa. Así entonces, a fin de juzgar si el impuesto territorial es o no violatorio de la igualdad, debe tomarse en cuenta la condición de las personas que lo soportan en orden al carácter y a la magnitud de la riqueza tenida en vista por el gravamen. La relación de éste con el inmueble queda, así, subordinada a los principios que rigen su relación con el contribuyente, uno de los cuales es que *a igual capacidad tributaria con respecto a una misma especie de riqueza el impuesto debe ser, en las mismas circunstancias, igual para*

[121] *Fallos*: 138:313
[122] *Fallos*: 207:270

todos los contribuyentes, cosa que no ocurre, según el Tribunal, cuando tales bienes son poseídos en condominio pues, conforme a su apreciación, el inmueble en condominio tiene tantos dueños como condóminos, cada uno de los cuales goza, respecto de su parte indivisa, de los derechos inherentes a la propiedad.

A modo de condensación de algunos lineamientos generales sentados por el Tribunal cimero, vale indicar que para éste: a) *la garantía del art. 16 de la Constitución Nacional entrega a la prudencia y sabiduría del Poder Legislativo una amplia libertad para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación*; empero, la validez constitucional de esas catalogaciones se halla subordinada a que emanen de causas objetivas o razones sustanciales, a efectos de que resulte excluida toda disparidad o asimilación injustas, a las que conducirían criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase, o de ilegítima persecución; b) el sometimiento a una imposición diferencial por vía de *adicionales o recargos a los contribuyentes no residentes en el país*, no es irrazonable ni contraviene el principio de igualdad contenido en el art. 16 de la Constitución Nacional; c) no es violatorio de la garantía de igualdad la aplicación a las *sociedades anónimas* de un impuesto que no se cobra a las *personas físicas*; d) la diferencia entre las *situaciones anteriores o posteriores a un nuevo régimen legal* no configura un agravio a la garantía de la igualdad, porque de lo contrario toda modificación legislativa importaría desconocerla; e) la garantía constitucional de la igualdad no se puede considerar vulnerada porque en otras jurisdicciones territoriales los contribuyentes no soporten imposición general o particular de intensidad igual o semejante. *La diversidad de tributación y sus cuantías son consecuencia de la pluralidad de poderes impositivos conforme al régimen federal de gobierno*; y f) no sustenta el agravio a la regla de la igualdad el impuesto que grava más onerosamente a las *sociedades extranjeras* o a las primas de seguros de compañías cuya dirección y capital inscripto no estén radicados en el país.

El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tuvo que atender, en los autos *"Cámara Argentina de Supermercados s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado"* [123], sentencia del 27 de

[123] *CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA* (Fallos del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Ad-Hoc, Tomo V, pág. 324 y ss.

mayo de 2003, una articulación por pugna constitucional, basada en la desigualdad de trato por la aplicación de una alícuota superior en el *Impuesto sobre los Ingresos Brutos* con que se gravaba a aquellos establecimientos de comercialización minorista conocidos como *supermercados e hipermercados* y / o la prestación de obras y servicios llevadas a cabo por dichas empresas, en cuanto contaran con *una boca de expendio*, cuya *superficie superara los mil quinientos metros cuadrados*. En síntesis, el pronunciamiento tuvo en cuenta que "la *mayor alícuota* puede fundarse en la intención de *equiparar a los distintos operadores económicos frente al mercado*, evitando que los supermercados e hipermercados a través de su alto *poder de compra, economía de escala y eliminación de presión fiscal por compra directa al fabricante y supresión de etapas gravadas* por el Impuesto sobre los Ingresos Brutos puedan verse favorecidos desplazando de la competencia a otros sujetos minoristas y acentuando el proceso de *concentración económica*, lo que obliga a no perder de vista lo señalado por la Corte Suprema de Justicia respecto a la utilización extrafiscal de los tributos en tanto afirmara *in re*: '*Lorenzo Larralde y otros'*, (*Fallos*: 243:98), sentencia del 2 de marzo de 1959, que si bien el poder impositivo tiende ante todo a proveer recursos al tesoro público, *constituye, además, un valioso instrumento de regulación económica*, como consecuencia de lo que ha dado en llamarse *función de fomento y de asistencia social del impuesto*, lo que permite afirmar *que a veces linda con el poder de policía y sirve a la política económica del Estado, en la medida en que se responda a las exigencias del 'bien general', cuya satisfacción ha sido prevista por la Ley Fundamental como uno de los objetivos del poder impositivo.* Por lo tanto, las provincias, porque conservan todas las facultades no delegadas en la Nación, pueden libremente establecer impuestos sobre las cosas que forman parte de su riqueza general y determinar los medios de distribuirlos, sin otras limitaciones que las que resulten de la Constitución Nacional. Sus facultades, dentro de estos límites, son amplias y discrecionales y el criterio de oportunidad o acierto con que las ejerzan es irrevisable por cualquier otro poder".

Se añadió, que si bien el Impuesto sobre los Ingresos Brutos era un tributo indirecto que, por regla general, se trasladaba al consumidor final —sujeto que se suponía detentaba la capacidad contributiva que se vería incidida—, no podía descartarse que el obligado legal al pago poseyera, en el supuesto en tratamiento, también una capacidad económica singular que justificara el fijar a su respecto alícuotas diferenciadas.

4.2.4. El derecho judicial y el principio de proporcionalidad en materia tributaria

La noción de *proporcionalidad* referida a los tributos la encontramos en nuestra Carta Constitucional en los arts. 4 y 75, inc. 2. Así es que en el primer caso se la refiere, en materia de contribuciones, junto con la equidad *a la población*; y en el segundo, se la considera al prescribir que las contribuciones directas deberán ser proporcionalmente iguales *en todo el territorio de la Nación*.

Nos queda entonces por ver el significado de la proporcionalidad en su dimensión, si es que la tiene, dentro del denominado *Estatuto del Contribuyente*.

Desde esta perspectiva, en una interpretación se llegó a sostener que el requisito de proporcionalidad de los tributos importaba que las alícuotas de los gravámenes debían reunir esa característica, con lo cual se vedaba todo tipo de progresividad impositiva.

Esta hermenéutica de las cláusulas constitucionales fue terminantemente descartada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa: "*Don Eugenio Díaz Vélez c. la Provincia de Buenos Aires, s. inconstitucionalidad de impuesto*"[124], sentencia del 20 de junio de 1928, en la cual ameritó: "Que tampoco es inconstitucional el impuesto progresivo de autos (impuesto inmobiliario), considerado según la proporcionalidad y equidad que consagra el art. 4 de la Constitución... Dicho precepto no debe considerarse aisladamente, sino en combinación con las reglas expresadas en los arts. 16 y 67 inc. 2 (texto histórico 1853-1860) y es por esto que *los sistemas rentísticos del país han podido* apartarse del proporcional a la población, para *seguir el principio de la proporcionalidad indeterminada* que para las contribuciones directas ha adoptado la constitución en el art. 67, inc. 2, dentro del cual cabe el impuesto que toma por base la proporción relacionada con el valor de la tierra, pues tratándose de una contribución directa la exigencia de su proporcionalidad ha de ser mirada solamente con arreglo a la riqueza que se grava" (el énfasis en bastardilla ha sido añadido).

---

[124] *Fallos*: 151:359

La inexistencia de pugna entre el recaudo constitucional y la *progresividad* de la tarifa en las contribuciones, también fue confirmada por el Tribunal cimero *in re*: *"Don Gregorio Morán contra la Provincia de Entre Ríos, sobre inconstitucionalidad de impuesto territorial y devolución de pesos"* [125], sentencia del 30 de noviembre de 1934, donde brindó respaldo a un impuesto progresivo para los predios rurales con una alícuota creciente que alcanzaba el máximo del 10 por mil para aquellos cuya superficie excediera las 20.000 hectáreas, señalando al respecto: "Se ve claro *el propósito de la legislatura de Entre Ríos* al sancionar la ley n° 2.581, de *combatir el latifundio*, desde el momento que no sólo se tiene en cuenta el valor de la propiedad sino también de su superficie al fijar el monto del impuesto. Pero siendo éste igual y uniforme para todos los propietarios que tienen iguales superficies, la progresión establecida no es contraria al principio de igualdad del precepto constitucional contenido en el artículo 16" (el énfasis en bastardilla no obra en el texto original).

La solución a que se arribó fue análoga a la acogida en otros países como en Italia, frente al art. 25 del Estatuto Albertino de 1848 que también aludía a la proporcionalidad, ya que, como lo indica el profesor Victor Uckmar: "La discusión, que inicialmente se suscitó sobre la legitimidad constitucional de los impuestos con alícuotas progresivas en aquellos Estados cuyas Constituciones proclamaban la igualdad y uniformidad de la imposición, aparece hoy fuera de contexto" [126], polémica conjurada tempranamente por la Corte Suprema Argentina, como se viera, ya en el año 1928.

---

[125] *Fallos*: 171:390

[126] UCKMAR, Victor: *Principios Comunes del Derecho Constitucional Tributario*, *Principios Comunes del Derecho Constitucional Tributario*, capítulo II: "Principio de igualdad", parágrafo 5: "Constitucionalidad de los impuestos con alícuota progresiva", p. 69, Temis, Bogotá, 2002. Recuerda este autor que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en dos sentencias *"Magoun c. Illinois Trust and Savings Bank"* (1898), 170 U.S. 283, y *"Knowlton c. Moore"* (1900), 178 U.S. 41, se ha ocupado de la cuestión, pronunciándose a favor de la constitucionalidad del impuesto progresivo. En ambas la controversia se centraba en la ilegitimidad de la forma de imposición por ser contraria a la regla constitucional de la *uniformity.* La primera se ocupaba del impuesto sucesorio. La Corte declaró que el derecho a heredar en sustancia es un privilegio; el Estado, confiriéndolo, tiene también el poder de someterlo a la imposición que crea oportuna. En el segundo pronunciamiento, también sobre el impuesto a la herencia, el Alto Tribunal declaró que la *uniformity* va entendida exclusivamente en sentido geográfico y la alícuota, además, debe diversificarse según la relación de parentesco con el causante, y puede ser graduada progresivamente (cfr. ob. cit., p. 93).

La progresividad del sistema tributario, tal cual lo propician algunas de las modernas constituciones se adecua, en nuestro parecer, de forma más armónica con el principio de capacidad de pago de los contribuyentes atendiendo, en la distribución de las cargas, a la idea de demandar las prestaciones pecuniarias conforme a la teoría del sacrificio —igual, mínimo o marginal—, desechando las críticas que a tal postura se han levantado, por ciertos autores, fundamentalmente, desde el ámbito de la economía financiera [127].

Así, un sistema basado en un adecuado rendimiento de los impuestos directos —a la renta global y progresiva de las personas físicas; a las herencias; al patrimonio neto; o a ciertos bienes singularmente considerados, tales como: inmuebles, automotores o embarcaciones de recreo y deportivas, etc.—, atenderá a índices efectivos de capacidad contributiva, haciendo soportar los costes del Estado, en mayor medida, a aquellos que cuentan con manifiesta potencialidad y aptitud económica para afrontar las obligaciones fiscales. A la inversa, un sistema que concentre la recaudación en impuestos indirectos —al valor agregado; a los consumos específicos; a los combustibles líquidos derivados del petróleo y al gas natural comprimido; a los aportes sobre la retribución salarial; sobre los ingresos brutos, etc.—, tomará en consideración, simplemente, indicios mediatos a menudo no fidedignos de aptitud de pago, castigando, a través de la regresividad, a los sectores sociales de bajos recursos, incluidos aquellos con necesidades básicas insatisfechas que, la más de las veces, ni siquiera tienen conciencia —por los efectos analgésicos o anestésicos de este tipo de gabelas que se incorporan a los precios de bienes y servicios—, de revistar en el sistema como contribuyentes incididos, acentuando las asimetrías de un modelo fiscal que, incluso muchas veces, se ve acompañado por irritativos privilegios que favorecen a contribuyentes con elevada aptitud de pago en el Impuesto a la Renta, mediante dispensas, exenciones, deducciones, desgravaciones, amortizaciones aceleradas y prebendas de todo tipo, sin

[127] NEWMARK, Fritz: *Principios de la Imposición,* sección: "Los principios de una política fiscal justa y económicamente racional", capítulo II: "Principios de imposición político-sociales y éticos", ps. 101 y ss. parágrafo A: "Postulados de justicia", subparágrafo 5: "El principio de proporcionalidad o principio de imposición según la capacidad de pago personal e individual", punto 2: "Recusación del principio de equivalencia y renuncia a los fundamentos teóricos del sacrificio", ps. 161 y ss. , Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1974.

un adecuado cálculo del costo fiscal que de ellos se deriva, ni de los resultados efectivos que a través de su uso concretamente se alcanzan.

El *principio de progresividad* también puede satisfacerse, en menor medida, a partir de tarifas diferenciales en la *imposición indirecta*, como lo dispone la Constitución de la Confederación Suiza al fijar, por el art. 29, las pautas a que debe ajustarse la legislación en materia de derechos de importación según los objetos sobre los cuales recaigan [128].

El jurista argentino Carlos S. Nino ha señalado, en conceptos que compartimos plenamente, que: "Una democracia de propietarios —como suele llamarse a un sistema de propiedad equitativamente distribuida— requiere generalizar las condiciones de acceso a esa propiedad y la mejor forma de proveer tales condiciones de modo que sea compatible con la libertad individual es a través de un sistema de impuestos progresivos" [129].

4.2.5. El derecho judicial y el derecho a trabajar y ejercer industria lícita

La protección del derecho a trabajar y ejercer actividades económica lícitas —derecho reconocido en todas las constituciones contemporáneas y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos— y sus armonías y fricciones con los fines no recaudatorios o extrafiscales de los tributos ha sido objeto de consideración sistemática y analítica en un meduloso ensayo del profesor Gustavo J. Naveira de Casanova, al cual remitimos [130].

---

[128] CASCAJO CASTRO, José Luis y GARCÍA ÁLVAREZ, Manuel B.: *Constituciones Extranjeras Contemporáneas*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1994, "Constitución Federal de la Confederación Suiza", ps. 85 y ss., en particular ps. 97 y 98. El precepto consigna: *Art. 29.1. La percepción de las aduanas federales será reglamentada conforme a los principios siguientes: 1) Derechos sobre la importación: a) Las materias necesarias para la industria y la agricultura serán tasadas lo más bajo posible; b) El mismo principio se aplicará a los objetos necesarios para la vida; c) Los objetos de lujo serán sometidos a tasas más elevadas. A menos que se opongan a ello grandes obstáculos, estos principios deberán también ser observados en la conclusión de tratados de comercio con el extranjero...*

[129] NINO, Carlos S.: *La justificación ética de la contribución impositiva*, trabajo presentado como panelista a las XX Jornadas Tributarias, organizadas por el Colegio de Graduados en Ciencias Económicas, en Mar del Plata, noviembre de 1990.

[130] NAVEIRA DE CASANOVA, Gustavo J.: "Tributación y derechos humanos: posibles vinculaciones con los derechos de trabajar y ejercer industria lícita. Armonías y

Ocurre que en determinados supuestos —cuando los tributos son puestos al servicio de fines diversos al de proveer recursos al erario estatal— la potestad tributaria normativa se amalgama con el ejercicio del poder de policía, estimulando, desincentivando, penalizando e, incluso, prohibiendo sutilmente, ciertas actividades o comportamientos económicos.

A pesar de no ser los únicos, con una finalidad didáctica, nos valdremos de dos fallos sobre el tema, que consideramos claves en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El primero fue el recaído en la causa *"Don Raúl Rizzotti contra la Provincia de San Juan, por repetición de impuesto"* [131], sentencia del 30 de marzo de 1928, donde prosperó una articulación de inconstitucionalidad por afectación del derecho de trabajar y ejercer industrias lícitas, ante una *abultada patente impuesta* por la referida provincia *a los profesionales médicos, a excepción de los que prestaban servicios gratuitos en la admin.stración sanitaria y asistencia pública* del referido estado local. En ella se dijo: "Que las conclusiones de la extensa prueba producida acreditan que, en general, la cuantía de la patente afecta de tal manera los emolumentos anuales de los médicos en aquella provincia, que en realidad constituye, como se sostiene, una traba insalvable al ejercicio de sus actividades profesionales... / / Si no bastaran para demostrar estos asertos las declaraciones prestadas sobre ese punto por la prueba de autos, estarían suficientemente acreditados por el solo hecho de que *agotadas las gestiones conducentes a obtener la derogación o modificación del impuesto aludido, los afectados por dicho gravamen se vieron en el caso de abstenerse de ejercer su profesión, clausurando sus consultorios y emigrando muchos de ellos del territorio de la provincia, en procura, sin duda, de las garantías y derechos que allí se les negaban con obstinado designio*. / / Que una ley así restrictiva del ejercicio regular de una profesión no sólo lícita, sino estimulada en todas partes por las mayores franquicias, en mérito de su estrecha vinculación con los más altos intereses sociales, y que en el caso gravita con inflexible imposición lo

fricciones producidas por los fines no recaudatorios de los tributos", en *Derechos Humanos y Tributación*, Revista Jurídica de Buenos Aires 2001, Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, ps. 413 y ss.

131 *Fallos*: 150:419

mismo sobre el cincuenta que sobre el cien por ciento de la retribución que percibe el contribuyente; una sanción tributaria que persigue y hostiliza a una institución profesional hasta anular su funcionamiento desalojando en masa la absoluta mayoría de sus factores esenciales, es a todas luces atentatoria de los derechos y garantías que la Constitución consagra en su estructura general y especialmente en sus arts. 14, 16 y 17, en cuanto establecen el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita, la igualdad como base del impuesto y de las cargas públicas y la inviolabilidad de la propiedad, principios, garantías y derechos que de acuerdo con el art. 28 no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio" (el énfasis en bastardilla nos pertenece).

Por último, es del caso referir la causa *"José Manuel Irizar v. Provincia de Misiones"* [132], sentencia del 12 de septiembre de 1996, en la cual, por mayoría, el Alto Tribunal se pronunció por la inconstitucionalidad de una ley de la apuntada provincia que *supeditaba el trámite y obtención de guías forestales* para la circulación de tales productos a que el peticionante acreditara el *haber satisfecho todos los impuestos y tasas provinciales que afectaban las tierras donde se realizaba la explotación*. Ese dispositivo, según la sentencia, importó un exceso en el ejercicio del poder de policía de seguridad del tráfico de bienes, ya que el procedimiento operaba, en sí mismo, como una causa de ingresos fiscales o modo de controlar el pago de otros gravámenes, aparejando en el *sub lite*, al mismo tiempo para el actor, la *imposibilidad de ejercer la industria lícita que era su actividad al dificultarla* (art. 14 de la Constitución Nacional), hecho que también colisionaba con la finalidad perseguida por la legislación específica —promocional— para este tipo de emprendimientos.

5. Conclusiones

A modo de apretada síntesis, corresponde señalar que en el orden federal de la República Argentina:

a) la *supremacía de la Constitución* es una consecuencia de haberse adoptado una *Carta Magna escrita y rígida*; esto es, dotada de supra-legalidad, en tanto sólo puede ser reformada por el procedimiento en ella previsto, lo que importa distinguir claramente sobre los

[132] *Fallos*: 319:1934

alcances en la actuación del *poder constituyente* —originario o derivado— y de los *poderes constituidos;*

b) el ejercicio de *la función de control constitucional* de las leyes dictadas por el Congreso, de las constituciones y de las leyes locales, como de todos los actos de los órganos ejecutivos, siguiendo la tradición del derecho judicial norteamericano, también en nuestra República *está a cargo de los tribunales de justicia;*

c) el *Poder Judicial* de la Nación y las provincias para *ejercer el control de constitucionalidad* deben *hacerlo en el marco de un caso o causa*, sometido a su decisión, ya que no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas y es de la esencia de su misión dirimir colisiones efectivas de derechos;

d) el actual Código Procesal Civil y Comercial de la Nación regula en su art. 322 la *acción meramente declarativa o de certeza*, instituto que ha permitido, en los últimos tiempos, incitar la competencia judicial abarcando planteos de inconstitucionalidad, incluso en la instancia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación;

e) si bien tradicionalmente se ha exigido como requisito habilitante para que medie *declaración de inconstitucionalidad* por los jueces, *concreta petición* en tal sentido de parte interesada, hoy se advierte que, en circunstancias muy especiales, la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* se ha considerado *autorizada a pronunciarse* sobre el punto *ex oficio;*

f) dentro de *nuestro sistema jurídico*, la sentencia que invalida un precepto legal sólo implica, por regla general, la inaplicación de la disposición en el caso concreto, con lo cual *el efecto del pronunciamiento es restringido o inter partes;*

g) *el amparo colectivo* acogido por la Reforma Constitucional de 1994 *no ha tenido andamiento favorable en materia tributaria* al entenderse que los planteos efectuados se orientaban a la defensa de derechos de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio o tutela correspondía exclusivamente a cada uno de los posibles afectados al encontrarse al margen del universo de legitimados contemplados en el art. 43 de la *Ley Suprema;*

h) si bien institucionalmente una declaración judicial de inconstitucionalidad decretada en la República Argentina sólo tiene efectos en la causa en que ha sido dictada la sentencia quedando subsistente la vigencia del precepto fuera de ella, suele ocurrir que *los fallos del Máximo Tribunal se consolidan como precedente por el seguimiento de que*

de éstos se hace, *en cuyo caso la fuente judicial, sin derogar la norma, consigue que las instancias inferiores acaten su doctrina*, o que, voluntariamente, el órgano que dictó la norma, la deje sin efecto.

i) determinadas materias han quedado fuera del control del Poder Judicial, de forma tal de asegurar un armonioso equilibrio entre las tres ramas del gobierno, si bien se advierte una marcada tendencia hacia la justiciabilidad plena;

j) *la interpretación funcional, dinámica o progresista* permite una hermenéutica constitucional que *supera el horizonte histórico del tiempo en que el texto fue sancionado*, permitiendo distinguir entre el significado lineal que pudo asignarse a los preceptos al momento de su adopción, de las ideas rectoras que los impregnan, las que tienen una capacidad abarcadora relativamente desligada de las situaciones particulares que les dieron origen;

k) *rechazamos* por inconveniente que los jueces excedan las facultades que constitucionalmente tienen asignadas y que, mediante *un activismo irrestricto*, produzcan un desequilibrio en la relación que deben guardar entre sí los distintos poderes del Estado;

l) el *derecho judicial*, como *fuente de Derecho Constitucional material* adquiere particular relevancia en tanto las sentencias de la *Corte Suprema de Justicia de la Nación,* en su carácter de *intérprete final de la Ley de las Leyes*, al aplicar sus normas, debe precisar su alcance e, incluso, llenar lagunas técnicas, encarando una labor integrativa que parte del conjunto de sus disposiciones para arribar a la solución adecuada en el caso concreto;

m) los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación han servido para consolidar una serie de principios y reglas que desde el plano superior del ordenamiento jurídico conforman *dos amplias secciones*, una referida a los *derechos y garantías individuales*, esto es, *de las personas en cuanto contribuyentes*, y la otra atinente a *la distribución de las potestades tributarias y recursos financieros en un Estado plural* en el cual coexisten, además del *Gobierno Federal*, *veinticuatro estados subnacionales* —veintitrés provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— y, a su vez, *dos mil doscientos dieciséis entes municipales*, la mayoría de los cuales posee y ejerce, dentro de los cauces fijados por la Constitución, la Ley de Coparticipación y el derecho público provincial, potestad tributaria normativa y aplicativa, y

n) a lo largo del trabajo se ha *ejemplificado con unos pocos fallos la impronta que a la Carta Magna argentina le ha asignado en ambos ámbitos fiscales* —derechos y garantías de los contribuyentes y distribución de las potestades tributarias y recursos financieros en un Estado plural— *la Corte Suprema de Justicia de la Nación.*

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CITADOS

Fecha	Autos	*FALLOS*
7 / 10 / 1864	*"El Ministerio Fiscal con Don Benjamín Calvete por atentados contra la inmunidad de un senador"*	1:340
26 / 10 / 1865	*"Entre Pedro Carlos Raymond, apoderado de la testamentaría de Francisco Videla, y Nicolás García, sobre mejor derecho al valor de una finca embargada"*	2:220
31 / 10 / 1872	*"Don Silverio Bejarano, pidiendo se declare inconstitucional una ley de la Provincia de Entre Ríos"*	12:372
19 / 11 / 1882	*"La sucesión de Doña Tomasa Velez Sarsfield contra el Consejo de Educación de la Provincia de Buenos Aires, sobre inconstitucionalidad de un impuesto"*	23:647
23 / 6 / 1883	*"D. Bernardo Pastorino, capitán de la barca 'Nuovo Principio' contra Ronillon, Marini y Cª, sobre pago de sobreestadías"*	25:364
14 / 4 / 1888	*"La Municipalidad de la Capital contra doña Isabel A. de Elortondo, sobre expropiación; por inconstitucionalidad de la ley de 31 de Octubre de 1884"*	33:162
23 / 8 / 1906	*"Manuel Faramiñan contra la Municipalidad de La Plata, sobre inconstitucionalidad de ordenanzas municipales"*	105:50

16 / 12 / 1911	*"Doña Rosa Melo de Cané, su testamentaría; sobre inconstitucionalidad de impuesto a las sucesiones en la provincia de Buenos Aires"*	115:111
21 / 9 / 1922	*"Don Ignacio Unanue y otros contra la Municipalidad de la Capital, sobre devolución de dinero proveniente del impuesto a los studs"*	
28 / 9 / 1927	*"Sociedad Anónima Mataldi Simón Limitada contra la Provincia de Buenos Aires, por repetición de pago de impuestos"*	149:260
30 / 3 / 1928	*"Don Raúl Rizzotti contra la Provincia de San Juan, por repetición de impuesto"*	150:419
20 / 6 / 1928	*"Don Eugenio Díaz Vélez c. la Provincia de Buenos Aires, s. inconstitucionalidad de impuesto"*	151:359
26 / 10 / 1928	*"Doña Graciana Etchessahar de Lastra, sobre protocolo-zación de testamento"*	153:46
30 / 11 / 1934	*"Don Gregorio Morán contra la Provincia de Entre Ríos, sobre inconstitucionalidad de impuesto territorial y devolución de pesos"*	171:390
7 / 12 / 1938	*"'La Martona' S. A. v. Provincia de Buenos Aires sobre repetición de una suma de dinero"*	182:411
30 / 6 / 1941	*"S. A. Ganadera 'Los Lagos' v. Nación Argentina"*	190:142
21 / 7 / 1941	*"Dolores Cobo de Macchi di Cellere v. Provincia de Córdoba"*	190:231
7 / 4 / 1943	*"S.A. Mattaldi Simón Ltda. Establecimientos Rurales y Destilería v. Provincia de Córdoba"*	195:250
23 / 10 / 1944	*"Felicitas Guerrero de Mihanovich v. Provincia de Córdoba"*	200:128

2 / 10 / 1946	*"Filomena Vázquez de Filipini v. S. A. Wayss y Freytag"*	206:21
7 / 4 / 1947	*"Ana Masotti de Busso y Otros v. Provincia de Buenos Aires"*	207:270
31 / 10 / 1947	*"Rosa Jardón Perissé v. Provincia de Córdoba"*	209:200
4 / 6 / 1948	*"Segundo Fernández Aguilera (sucesión)"*	211:34
9 / 6 / 1948	*"S.A. Merck Química Argentina v. Nación Argentina"*	211:162
2 / 8 / 1948	*"María Laura Pérez Guzmán de Viaña y Emilia Olmos Arredondo de Pérez Guzman v. Provincia de Tucumán"*	211:1033
22 / 12 / 1948	*"Eduardo Shepherd, su sucesión"*	212:493
28 / 5 / 1953	*"S.A. Ducilo v. Obras Sanitarias de la Nación"*	225:688
2 / 3 / 1956	*"Carlos Vicente Ocampo"*	234:129
30 / 10 / 1957	*"Raúl Giménez Fauvety y otros"*	239:157
21 / 11 / 1958	*"Carlos Juan Madariaga Anchorena"*	242:280
2 / 3 / 1959	*"Lorenzo Larralde y otros"*	243:98
6 / 11 / 1961	*"S. A. Compañía San Pablo de Fabricación de Azúcar v. Provincia de Tucumán"*	251:180
18 / 7 / 1973	*"S.A. Safe Agropecuaria v. Provincia de Santa Fe"*	286:76
20 / 10 / 1983	*"Bridas Sociedad Anónima Petrolera, Industrial y Comercial v. Provincia del Neuquén"*	305:1715
24 / 4 / 1984	*"Juzgado de Instrucción Militar Nº 50 de Rosario"*	306:303

4 / 7 / 1985	*"Cerámica San Lorenz*	307:1094
20 / 8 / 1985	*"Provincia de Santiago del Estero v. Nación Argentina"*	307:1379
12 / 12 / 1985	*"Constantino Lorenzo v. Nación Argentina"*	307:2384
13 / 11 / 1986	*"Equipos Hidráulicos S.R.L."*	308:2147
19 / 12 / 1986	*"Fábrica Argentina de Calderas S.R.L. v. Provincia de Santa Fe"*	308:2569
3 / 2 / 1987	*"Gomer S.A. v. Provincia de Córdoba"*	310:142
19 / 3 / 1987	*"Leonardo Antonio Newland v. Provincia de Santiago del Estero"*	310:606
21 / 5 / 1987	*"Asociación Civil Escuela Escocesa San Andrés y Otros v. Provincia de Buenos Aires y Otra"*	310:977
1 / 3 / 1988	*"Provincia de Santiago del Estero v. Nación Argentina y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales"*	311:193
29 / 3 / 1988	*"Colegio San Lucas S.R.L. v. Nación Argentina y Provincia de Buenos Aires"*	311:421
16 / 8 / 1988	*"Domingo Martín López Saavedra v. Provincia de Buenos Aires"*	311:1459
22 / 6 / 1989	*"Trebas S.A."*	312:1010
11 / 12 / 1990	*"Firestone de la Argentina S.A.I.C."*	313:1420
6 / 6 / 1995	*"Video Club Dreams v. Instituto Nacional de Cinematografía"*	318:1154
23 / 11 / 1995	*"Daniel Ernesto Grinbank —incidente— v. Fisco Nacional (Dirección General Impositiva)"*	318:2431

12 / 9 / 1996	*"José Manuel Irizar v. Provincia de Misiones"*	319:1934
26 / 12 / 1996	*"Analía M. Monges v. Universidad de Buenos Aires"*	319:3148
22 / 4 / 1997	*"Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (A.G.U.E.E.R.A.) v. Provincia de Buenos Aires y Otro"*	320:690
17 / 3 / 1998	*"Luisa Spak de Kupchik y Otro v. Banco Central de la República Argentina y Otro"*	21:366
8 / 9 / 1998	*"Cooperativa de Trabajo Transportes Automotores de Cuyo T.A.C. Limitada v. Provincia de Mendoza"*	321:2501
30 / 9 / 1999	*"Yacimientos Petrolíferos Fiscales S. A. v. Provincia de Tierra del Fuego"*	322:2275
28 / 12 / 1999	*"ESSO SAPA v. Provincia del Chubut"*	322:3571
31 / 10 / 2000	*"American Express Argentina S.A. v. Provincia de Río Negro"*	323:3326
21 / 11 / 2000	*"Berkley International A.R.T. S.A. v. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos – Dto. 863/98"*	323:3770
27 / 9 / 2001	*"Rita Aurora Mill de Pereyra y Otros v. Provincia de Corrientes"*	324:3219
7 / 12 / 2001	*"El Cóndor Empresa de Transportes S.A. v. Provincia de Buenos Aires"*	324:4226
19 / 9 / 2002	*"Daniel Héctor Magnelli v. Administración Federal de Ingresos Públicos – Dirección General Impositiva"*	325:2347
24 / 6 / 2003	*"Plan Óvalo S.A. de Ahorro para Fines Determinados v. Provincia de Salta"*	326: 1999
21 / 8 / 2003	*"Defensor del Pueblo de la Nación v. Ministerio de*	

	Economía y Obras y Servicios Públicos – Monotributo Dto. nº 885/98"	326:2777
26 / 8 / 2003	*"Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos v. Nación Argentina"*	326:2998
26 / 8 / 2003	*"Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia v. AFIP"*	326:3007
15/4/2004	"Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. v Provincia del Neuquen"	327:1034
15 / 4 / 2004	*"Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. v. Provincia del Neuquen"*	327:1051
15 / 4 / 2004	*"Transportadora de Gas del Sur Sociedad Anónima v. Provincia de Santa Cruz"*	327:1083
15 / 4 / 2004	*"Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. v. Provincia de Tierra del Fuego"*	327:1108
27 / 5 / 2004	*"Argencard S. A. v. Provincia de Salta"*	327:1473
29 / 11 / 2005	*"Transportes Automotores La Estrella S.A. v. Provincia de Río Negro"*	328:4198
7 / 2 / 2006	*"Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. v. Municipalidad de C. del Uruguay"*	329:5
21 / 3 / 2006	*"Massalin Particulares S.A. v. Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur"*	329:792

ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

Dr. Ciro Camilo Morán Maridueña [*]
cirocamilo@hotmail.com
moranc@fondodesolidaridad.gov.ec

RESUMEN:

Con la entrada en vigencia de la nueva Constitución Política, el campo de gestión de las acciones mediante las cuales se garantiza la vigencia de los derechos, ha quedado sin duda modificado. Dentro de las actuales *garantías jurisdiccionales*, la Acción Extraordinaria de Protección –cuya competencia es de la también naciente Corte Constitucional– se refiere a la posibilidad de revisar y revocar las sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, que se hayan dictado violando el debido proceso o cualquier otro derecho consagrado en la Constitución. De ahí que el presente artículo se dedique a profundizar lo que establecen específicamente las normas de dicha acción extraordinaria, con el afán de tener una mayor y mejor comprensión acerca de la intención de los asambleístas y del panorama de su aplicación.

PALABRAS CLAVE:

Garantías jurisdiccionales, Acción Extraordinaria de Protección, Corte Constitucional, Debido Proceso.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449, del 20 de octubre del 2008, ha modificado el campo de gestión de las acciones mediante las cuales se garantiza la vigencia de los derechos consagrados en la Carta Magna, así como la aplicación jerárquicamente superior que se debe hacer de sus normas. Así

[*] Abogado y Licenciado en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil; Profesor invitado de la materia Derecho Procesal Civil I de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil; Secretario General del Fondo de Solidaridad; Miembro del Directorio de Transelectric S.A.; y, Asesor de varias instituciones públicas y empresas privadas.

pues, de lo que encontrábamos en la Constitución de 1998, esto es, la acción de habeas corpus, de amparo y de habeas data; se ha modificado y dado paso a las denominadas garantías jurisdiccionales y que son la acción de protección (art. 88), la acción de habeas corpus (arts. 89 y 90), la acción de acceso a la información pública (art. 91), la acción de habeas data (art. 92), la acción por incumplimiento (art. 93) y la acción extraordinaria de protección (art. 94). Dentro de las acciones mencionadas líneas arriba, tenemos como debutante en nuestra legislación, a la acción extraordinaria de protección, la cual está bajo la competencia de la Corte Constitucional y que se refiere a la posibilidad de revisar y revocar las sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, que se hayan dictado violando el debido proceso y cualquier otro derecho consagrado en la Constitución de la República del Ecuador vigente. De ahí que el presente artículo se dedique a profundizar lo que establecen específicamente las normas de dicha acción extraordinaria en la Constitución vigente, con el afán de tener una mayor y mejor comprensión de lo que quiso el asambleísta, a más de tener de dicho modo un panorama de lo que pueda llegar a ser su aplicación. En el trabajo igualmente se explica las consideraciones de la autoproclamada Corte Constitucional en el Ecuador, así como una comparación con las Constituciones de otros países.

Antecedentes.-

En la Constitución Política de la República del Ecuador, que denominaré como "Constitución de 1998" y que estuvo vigente desde el 11 de agosto de 1998 hasta el 20 de octubre del 2008, se contemplaba en los artículos 93, 94 y 95 las acciones mediante las cuales se podían garantizar los derechos constitucionales de las personas y así tenemos, respectivamente, la de habeas corpus, la de habeas data y la de amparo constitucional.

Mediante Disposición Derogatoria de la Constitución de la República del Ecuador (se eliminó la palabra "política" en la denominación), que denominaré como "Constitución vigente", se derogó expresamente la Constitución de 1998 y se incluyó dentro del Título tercero (Garantías Constitucionales), el capítulo tercero denominado Garantías jurisdiccionales.

Las garantías jurisdiccionales como las define la Constitución Vigente son la acción de protección (art. 88), la acción de habeas corpus (arts. 89 y 90), la acción de acceso a la información pública (art. 91), la acción de habeas data (art. 92), la acción por incumplimiento (art. 93) y la acción extraordinaria de protección (art. 94).

En este análisis nos centraremos exclusivamente a la acción extraordinaria de protección, advirtiendo que las demás acciones mencionadas, igualmente merecen una atención jurídica inmediata, de tal forma que a manera de ejemplo podemos mencionar que en la acción de protección es de importante estudio y comprensión la interposición de dicha acción cuando la violación proceda de una persona particular; que en la acción de habeas corpus, serán las juezas o jueces quienes la resolverán; que en la acción de acceso a la información pública, la declaración de carácter reservado requiere de una ley que establezca su pertinencia; que en la acción de habeas data, se faculta al titular de los datos a solicitar el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación; y, que en la acción por incumplimiento, la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue debe contener una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible.

Como antecedente y para efectos de tener una visión del porqué la inclusión de la acción extraordinaria de protección en la Constitución vigente, cito al Dr. César Rodríguez ex asambleísta de la Asamblea Constituyente que expidió la Constitución vigente y quien es, además, actual Primer Vicepresidente de la Comisión Legislativa y de Fiscalización que cumple transitoriamente las funciones de la Asamblea Nacional (antes Congreso Nacional):

"Por otro lado, es necesario destacar que el establecimiento de esta acción implica por sí mismo un poderoso mensaje de atención para todos los operadores de justicia: las normas, por su jerarquía se aplican en el orden establecido por el Art. 425 de la Constitución 2008. Es la Constitución la que debe ser observada en primer lugar, sus preceptos, sus garantías, y luego, las normas de las leyes secundarias, cuestión que si bien se señalaba también en la Constitución de 1998 jamás se hizo efectiva en la práctica. Hoy estamos en un foro de abogados, ustedes más que nadie saben que los jueces jamás observaron el orden jerárquico de las normas y que en muy pocas y honrosas excepciones aplicaron a la

Constitución por sobre normas inferiores. Para citar un caso, en materia procesal penal, los jueces de instancia y los miembros de los tribunales penales no excluyen de juicio o de los elementos de convicción aportaciones obtenidas con violación a la Constitución. Esto no puede seguir ocurriendo y en eso no podemos intentar tapar el sol con un dedo.

Además es necesario señalar que la violación de las normas constitucionales y de sus garantías, al día de hoy, se encuentran también sometidas a control a través de organismos de justicia supranacionales como, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ya ha condenado varias veces al Ecuador por la violación de los derechos humanos y de las garantías constitucionales que sus jueces y magistrados no observan, causando con ello la obligación del Estado de pagar millonarias indemnizaciones a los perjudicados. Hoy, en un Estado Constitucional de Derechos, esa será una de las tareas fundamentales de la Corte Constitucional: evitar que el Ecuador siga siendo humillado en cortes internacionales como uno de los ejemplos de lo que no hay que hacer, de lo indebido. Este recurso permitirá emerger un sistema de justicia caracterizado por el respeto y la obediencia a la Constitución Política del Estado, lo cual, visto desde la perspectiva política y jurídica no solo es mantener la institución procesal de la cosa juzgada, sino dar un salto cualitativo a un Estado nacional que respeta a los ciudadanos, a las leyes y a los derechos."

Dos cuestiones resalto de la cita anotada anteriormente, en primer lugar el hecho de que se concluya que en el país no se aplicaba la Constitución de 1998 como norma jerárquicamente superior, sino que más bien era violada por los jueces salvo "honrosas excepciones" y en segundo lugar la conclusión de que el Ecuador ha venido siendo "humillado" por Cortes Supranacionales, debido a que al violarse las garantías constitucionales y no juzgarse como es debido, se ha provocado que se sancione al Estado con indemnizaciones millonarias.

Por otro lado, las críticas más comunes a la acción extraordinaria de protección han sido aquellas que señalan como un error crear en un país con demasiados problemas de celeridad en los juicios, una acción que puede conllevar a una "instancia" adicional; además, se ha expresado que la Función Judicial pierde su independencia, pues un órgano distinto está facultado a revisar las sentencias que se emitan, provocando incluso un descalabro del principio de la cosa juzgada.

Análisis.-

Haré el intento de profundizar lo que nos dicen las normas que regulan la acción extraordinaria de protección, para lo cual inicio con el artículo 94 cuyo tenor es el siguiente: *"La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional.*

El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado."

1.- ¿Acción o recurso? Grave problema es el que trae de la mano este símil entre acción y recurso, puesto que al ser dos instituciones totalmente diferentes, salta la pregunta anterior y la decisión que se tome considerará las normas concordantes a tomar en cuenta. Para dilucidar un poco, cuál puede ser la decisión, siguiendo a Alsina podemos decir que *"la acción es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica"* y de acuerdo al artículo 66 del Código de Procedimiento Civil, ésta se deduce en la demanda, la cual da inicio a todo juicio según el artículo 64 del mencionado cuerpo adjetivo civil. Una vez resuelta la acción por la Corte Constitucional, esta decisión será definitiva e inapelable según el artículo 440 de la Constitución Vigente.

Ahora bien, pero decidirse por considerar esta garantía jurisdiccional como una acción, tampoco es del todo sano, puesto que la Constitución vigente no señala en qué tiempo ésta prescribe, de tal forma que todo caso que se considere cumplir con los requisitos exigidos para ejercer la acción, la propondrá y deberá ser resuelta. Por lo tanto, cabe la conclusión de que el efecto de cosa juzgada ha sido vulnerado, por cuanto la sentencia ejecutoriada puede ser revocada, a pesar de que según mi criterio el juez no suspende su competencia por efectos del planteamiento de esta acción y puede ejecutar la sentencia, lo malo está en la inseguridad jurídica o al menos el temor que se provoca en la parte ejecutante, puesto que el órgano de control constitucional puede dictaminar en contra, lo cual trae consecuencias indefinidas y quizá será más conveniente no ejecutarla.

Por otro lado, continuando con el mismo autor señalado anteriormente, tenemos que *"Llámanse (sic) recursos, los medios que la ley concede a las partes para obtener que una providencia judicial sea modificada o dejada sin efecto. Su fundamento reside en una aspiración de justicia, porque el principio de inmutabilidad de la sentencia, que constituye a su vez el fundamento de la cosa juzgada, derivado de la necesidad de certeza para la estabilidad de las relaciones jurídicas, cede ante la posibilidad de una sentencia injusta, y los recursos no son otra cosa, como dice Carnelutti, que el modo de fiscalizar la justicia de lo resuelto".* De tal forma, que al menos en el caso del recurso queda claro que la cosa juzgada es superada por la aspiración de encontrar un resultado más justo.

Y en este caso tenemos que analizar, entonces, qué ocurre con la sentencia recurrida: a) Como se debe interponer contra decisiones que estén firmes o ejecutoriadas, se entiende que la sentencia puede ejecutarse, es decir, no se suspende la competencia del juez, sin embargo la ley puede establecer, al igual que sucede con la casación, una caución para los casos que se pretende suspender la ejecución; y, b) La ley deberá determinar el tiempo en el cual se puede plantear el recurso, igual que sucede con la casación, puesto que el que concede el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, esto es, tres días, no es tan exacto para este caso, por cuanto aquellos se contarían desde la notificación de la sentencia por ejemplo, mientras que este recurso sólo cabe si ya está ejecutoriada, es decir, que hayan pasado los tres días.

En cuanto a quiénes podrían presentar este recurso, debemos considerar el hecho de que la ley rige para el futuro y que esta norma no ha sido declarada con efectos retroactivos, por lo tanto deberá regir sólo sobre aquellas decisiones que empiecen a notificarse y sobre las cuales ya no exista la posibilidad de ningún recurso.

2.- La acción procederá contra sentencias o autos definitivos, a lo cual se le debe sumar lo contemplado en el artículo 437 de la Constitución vigente, esto es, resoluciones con fuerza de sentencia. La norma no distingue si las decisiones provienen de tal o cual juicio, por lo tanto ya sea que se trate de una acción de condena, declarativa, constitutiva, ejecutiva o precautoria, se puede plantear esta garantía jurisdiccional, lo cual quiere decir, según mi criterio, que por ejemplo, contra una sentencia dictada dentro de un juicio ejecutivo por la segunda y última instancia,

puede recaer una acción extraordinaria de protección. Tampoco se distingue sobre la materia en la cual se puede plantear la acción, de tal forma que es indiferente si se trata de un juicio civil, penal, administrativo, de tránsito, etc.; en toda sentencia o auto definitivo dentro de aquellos, cabrá procedentemente.

Y más grave aún, es el caso, de las resoluciones con fuerza de sentencia, toda vez que se puede, entonces, considerar que esta acción se puede plantear incluso contra decisiones de órganos no jurisdiccionales sino simplemente administrativos, tal es el caso de por ejemplo las resoluciones que se emitan por el Servicio de Rentas Internas. Si bien en el caso de resoluciones de carácter administrativo, existe la posibilidad de plantear recursos y por lo tanto, no se cumplirá por completo con los requisitos de la norma constitucional, sin embargo dicho aspecto tiene una excepción que más adelante paso a analizar y que como consecuencia hace que esta posibilidad de atacar una resolución administrativa si quepa.

Si consideramos esta institución como un recurso, debemos recordar lo que se plantea en el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil, esto es, mientras la ley no lo deniegue, se entenderá que lo concede.

3.- Que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución vigente y siendo el Ecuador, por definición del inciso primero del artículo 1 de dicha Carta Magna, un Estado constitucional de derechos, tendremos por lo tanto una gama amplísima de posibilidades para establecer alguna violación. En el numeral 2 del artículo 437 de la Constitución vigente en algo se intenta enmarcar este requisito a dos ámbitos: a) Violación del debido proceso; y, b) Otros derechos reconocidos en la Constitución. Digo que en algo se intenta, por cuanto el literal b) que apunté anteriormente, expresa “otros derechos reconocidos”, es decir, volvemos al inicio, puesto que sigue estando abierta la posibilidad a cualquier derecho que encontremos en esta Constitución vigente y que como quedó dicho, son bastantes.

En cuanto al debido proceso, si podemos encontrar una mayor claridad y encuadre, toda vez que encontramos en la misma Constitución vigente, el capítulo octavo dentro del Título II, esto es, desde el artículo

75 al 82, principalmente el artículo 76 que incluye garantías básicas para el debido proceso.

Debemos entender que la violación por acción se presenta cuando la decisión definitiva, se la toma con estipulaciones contrarias a las que propugnan las normas constitucionales que reconocen derechos, lo cual a mi modo de ver también puede generar en el delito de prevaricato, de ahí la advertencia que se realiza a nivel político a los jueces. Mientras tanto la violación por omisión, se la debe entender para los casos que, en la decisión definitiva, no se tomó en cuenta la norma constitucional y simplemente se resolvió con otras de menor jerarquía.

Debe por tanto, en todo proceso, considerarse si ha existido o no una violación de derechos constitucionales y de existir, el juez puede, por ejemplo, declarar la nulidad de lo actuado por dicha causa o declarar improcedente determinada actuación, más aún cuando la propia Constitución vigente en su artículo 426 señala en su segundo inciso que se aplicarán directamente las normas constitucionales, aunque las partes no las invoquen expresamente. Pero lo que no queda claro, es cuál es el siguiente efecto a continuación de la declaración a lugar de la demanda, pues o bien la Corte Constitucional pasa a resolver sobre el asunto o asuntos principales o bien devuelve el proceso a la jurisdicción ordinaria a fin de que resuelvan como corresponde, recordemos que en el caso de la casación la solución la da el artículo 16 de la Codificación de la Ley de Casación, esto es, si se casa la sentencia o auto se expide el que corresponda, a menos que se trate de la causal relacionada con una nulidad, en cuyo caso se devuelve el proceso a la instancia en la que se generó la nulidad para que conozca la causa a partir de ahí.

4.- Es necesario que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, lo cual en concordancia con el número 1 del artículo 437 de la Constitución vigente, implica que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados (en este punto el asambleísta olvido poner la palabra "definitivo" a continuación de auto). Hasta esta parte, se podría decir que es entendible la aplicación de este segundo inciso, sin embargo no termina ahí, pues a continuación expresa: *"a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado"*. Y en esta parte ya me encuentro por demás complicado, puesto que la norma constitucional

está permitiendo que la acción se presente incluso en los casos que no se hubiesen agotado los recursos, esto es, por ejemplo, si se trata de un juicio de conocimiento, que no se haya presentado el recurso de casación que ataca precisamente a la sentencia. ¿Y cómo es que se lo permite? Siempre que no se haya interpuesto el recurso, en el caso del ejemplo, la casación, por algún motivo que no sea atribuible a la negligencia del titular del derecho. ¿El titular del derecho? ¿Qué quiere decir la norma con esto? Según mi criterio, el titular del derecho puede ser cualquiera de las partes, es decir, actor o demandado definidos en el artículo 32 del Código de Procedimiento Civil, pero qué pasa si el negligente fue su abogado o su procurador, éste no es el titular del derecho constitucional vulnerado, por lo que si su negligencia provocó la no interposición de algún recurso, el titular del derecho, es decir, el defendido o el patrocinado, puede presentar la acción extraordinaria de protección demostrando que su abogado fue el negligente y no él.

¿Y qué debemos entender por negligencia? De acuerdo al Diccionario Enciclopédico Nuevo Espasa Ilustrado quiere decir: *"Descuido, omisión."* y según Cabanellas: *"Omisión de la diligencia o cuidado que debe ponerse en los negocios, en las relaciones con las personas y en el manejo o custodia de las cosas."*, por lo tanto se trata de un aspecto que, al tener un matiz subjetivo, quedará al criterio del juez determinar si hubo o no tal descuido u omisión, lo cual puede dar lugar a alguna arbitrariedad o ligereza. Olvidó, además, el asambleísta que nuestra legislación ya contempla la posibilidad de que la parte no pueda cumplir con algún término determinado, por motivos ajenos a su propia negligencia y se encuentra contemplado en el inciso quinto del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, donde se señala: *"Los jueces concederán, además, la suspensión de términos, por enfermedad grave o impedimento físico de alguna de las partes o por calamidad doméstica, siempre que al solicitar la suspensión se acompañaren pruebas de dichas circunstancias, salvo en los casos en que fueren de notoriedad pública…"* Al menos debemos entender que en caso de tratarse de un motivo de fuerza mayor o caso fortuito, deberá demostrárselo por quien lo alegue, pues sería demasiado exagerado que ni siquiera se deba probar que no se debió a su negligencia.

Y me toca, en este punto, volver a la idea que había sentado líneas atrás, respecto de la posibilidad de presentar la acción contra resoluciones administrativas, toda vez que dicho caso se presentaría precisa-

mente en el momento que la persona afectada, no haya podido presentar contra tal resolución ningún recurso y que ello no se deba a su negligencia. Suena extraño, pero creo que la norma deja abierta esta posibilidad.

5.- Requisitos de admisibilidad.- El artículo 437 de la Constitución vigente establece los requisitos que debe constatar la Corte para la admisión del recurso (nuevamente se trae el símil entre acción y recurso en este artículo), sin embargo como ya lo he venido exponiendo, considero que son totalmente insuficientes y demasiado generales, con el agravante de que si la ley establece algún otro, es factible que dicha disposición sea declarada inconstitucional, por cuanto está creando otros requisitos adicionales que no contempla la Constitución vigente, con lo cual estaría de acuerdo.

Debió aprovechar el asambleísta la oportunidad de incluir otros requisitos, o al menos dejar abierta la posibilidad para que la ley incluya otros, pero al contrario cerró, a mi criterio, la posibilidad de aquello.

6.- La Corte Constitucional es el órgano competente para conocer la acción extraordinaria de protección, por cuanto de conformidad con el artículo 429 de la Constitución vigente es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, con jurisdicción nacional. Esto no se contrapone a la faculta jurisdiccional de la función judicial, por cuanto el artículo 178 de la Constitución vigente en concordancia con el 167 de la misma Carta Magna, establece que pueden existir otros órganos con iguales potestades, esto es, jurisdiccionales, reconocidos en la Constitución.

El trámite que se deberá crear para el ejercicio de esta institución deberá contemplar lo estipulado en el numeral 6 del artículo 168 de la Constitución vigente, así como los principios procesales consagrados en el artículo 169 del mismo cuerpo legal, esto es, se debe aplicar el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo, así como los de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal.

El órgano competente para establecer cuál es el procedimiento a seguirse, es el legislativo, según la disposición transitoria primera de la

Constitución vigente, ya que en el numero 1 se establece el plazo máximo de 360 días para que dicho órgano legislativo apruebe la ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad, esto igualmente concuerda con el artículo 430 de la Carta Magna vigente. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en atención al artículo 27 del Régimen de Transición de la Constitución vigente, han considerado y resuelto en sesión del 20 de octubre del 2008 que, además de que tienen funciones prorrogadas, debido a que dicha disposición señala que terminarán sus funciones cuando se posesionen a los miembros que se seleccionen para la Corte Constitucional; asumen, también, las funciones propias de la Corte Constitucional en base al artículo 426 de la Constitución vigente y para una mayor comprensión de lo resuelto por dicha órgano, transcribo parte de la mencionada resolución:

"…Que, sin embargo de lo manifestado, el Régimen de Transición no establece cuál será el órgano de control y jurisdicción constitucional; qué atribuciones ejerce dicho órgano; cómo regula los procedimientos para aplicar las nuevas garantías jurisdiccionales de los derechos y demás acciones de constitucionalidad; y finalmente, cómo deben tramitarse los procesos que se encuentran pendientes de resolución, bajo el imperio de las normas de la Constitución de 1998, sin perjuicio de lo cual, atendiendo la regla de interpretación constitucional establecida en el artículo 427 de la Constitución, no cabe duda que la voluntad del Constituyente es que exista una etapa de transición armónica y coordinada entre el Tribunal Constitucional y la Corte Constitucional, como máximo órgano de control, interpretación y administración de la Justicia Constitucional; Que, los artículos 11 numerales 3 y 5; y, 426 de la Constitución de la República del Ecuador vigente, establecen los principios de eficacia normativa, aplicación directa e inmediata y de favorabilidad de la efectiva vigencia de los derechos y de las normas de la Constitución, principalmente de aquellas referidas a las garantías de los derechos, sin que pueda alegarse inexistencia de normativa secundaria para inaplicar los derechos, justificar su violación o desconocimiento, negar su reconocimiento o desechar las acciones provenientes de su ejercicio, por lo que se acoge su naturaleza de plenamente justiciables…"

Por lo tanto y sin entrar a analizar la legalidad o no de lo resuelto, no sólo que el Tribunal Constitucional se transformó en Corte Constitucional, sino que además resolvió lo siguiente: *"2.- Regular el trámite de los*

procesos constitucionales relacionados con las garantías de los derechos, así como las demás atribuciones de la Corte Constitucional establecidas en la Constitución de la República del Ecuador y las normas secundarias, hasta que se expida la ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad." Es decir, se adelanta a la ley que puede ser creada por el órgano legislativo en el plazo de 360 días como había indicado y establecerá directamente cuál es el trámite a seguir de los procesos constitucionales, entre los cuales se encuentra la acción extraordinaria de protección.

Y es así que en el Suplemento del Registro Oficial No. 466 del 13 de noviembre del 2008, constan publicadas las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de transición, expedida por la autodenominada Corte Constitucional y que consta de 84 artículos, una disposición general, cuatro disposiciones transitorias y una disposición final.

6.1. Breve análisis de las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de transición, en lo que respecta a la acción extraordinaria de protección: Consta en la sección III del capítulo VI (de las garantías jurisdiccionales de los derechos), a partir del artículo 52 hasta el 57. El artículo 52 (requisitos de procedibilidad), según mi criterio, no contiene ningún requisito adicional a los previstos por la Constitución vigente. El artículo 53 en cuanto a la competencia para resolver, si trae un elemento nuevo y es el de establecer que la tendrá el Pleno de la Corte Constitucional, de tal forma que esta acción no puede ser resuelta por una de las Salas, las que tan solo sustanciaran el trámite. En cuanto a la indeterminación de si se trata de una acción o un recurso, se resuelve por el artículo 55, en cuanto a que se establece que iniciará por demanda con el contenido que en dicho artículo igualmente se señalan. El artículo 57 establece qué tipo de sentencia se debe emitir para estos casos y es del tenor siguiente: *"Art. 57.- Efectos de la sentencia.- De comprobarse que la sentencia, auto o resolución con fuerza de sentencia impugnado ha violado los derechos constitucionales del accionante, así se lo declarará y se dispondrá la correspondiente reparación integral."* Es decir, una vez sentenciado no hace falta devolver el proceso, lo cual suena obvio, pues como vemos no se trata, para criterio de la actual Corte Constitucional, de un recurso sino de una acción, de tal forma que nada tienen que ver los efectos devolutivos y suspensivos. La

norma es demasiado general en el segundo aspecto, esto es, en la disposición de la correspondiente reparación integral, por cuanto queda a libre criterio de la Corte Constitucional determinar cómo debe ser la reparación integral, que puede ser por ejemplo, establecer indemnizaciones; en todo caso, para que se les facilite un poco la gestión, pusieron en el artículo 55 ya mencionado, en el literal e), el requisito de que el demandante mencione la pretensión concreta respecto de la reparación de los derechos fundamentales vulnerados.

El análisis respecto de la legalidad y constitucionalidad de lo resuelto por la Corte Constitucional conlleva a un trabajo mucho más profundo y específico, por lo que considero apresurado emitir un criterio al respecto, más allá del de indicar que las regulaciones mencionadas se encuentran en vigencia, mientras no se declare lo contrario y siendo un aspecto de tipo constitucional, no hay órgano distinto a la propia autoproclamada Corte Constitucional que lo pueda resolver, quedando a salvo la posibilidad de revisar esta conducta en atención al artículo 226 de la propia Constitución vigente, sobre lo cual al menos el Ministerio Público no ha emitido ningún criterio y por otro lado al momento no contamos con una Corte Nacional de Justicia que lo juzgue.

Derecho Comparado.-

Armando Cruz Bahamonde en su obra Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil nos reseña: *"Es lo cierto que el 11 de septiembre de 1830, en la Primera Constitución del Estado del Ecuador en Colombia, Art. 45, se establece que "la justicia será administrada por una Alta Corte de Justicia, por Cortes de apelación i por los demás tribunales que estableciere la ley."; y que en el Art. 49, que "En ningún juicio habrá más de tres instancias". Esto demuestra que la ansiedad por una administración de justicia directa e inmediata estuvo entre las más caras aspiraciones de los Fundadores de la Patria ecuatoriana."* En nuestro caso, corresponde tratar de establecer cuáles fueron las aspiraciones de los "refundadores de la Patria" para la inclusión de las garantías jurisdiccionales y entre ellas la de acción extraordinaria de protección, pues si bien se ha mencionado mucho la Constitución vigente por aspectos como el de su cantidad de artículos o el de la defensa a la naturaleza, al punto de considerársela como una Constitución Verde; debemos también determinar si lo resuelto para la protección de los derechos constitucionales de las personas, conllevan a una verdadera

protección eficiente y eficaz o por el contrario se tratará de una engorrosa instancia más que hará "morirse de las iras" a los Fundadores de la Patria mencionados por don Armando Cruz Bahamonde.

De ahí que, en el intento de demostrar las intenciones de la Asamblea Constituyente de Montecristi, realicé un análisis comparado con algunas otras Constituciones, debiendo anticipar que en ninguna de ellas encontré tantas variadas garantías jurisdiccionales; y, en lo que respecta a la que estamos analizando, en ningún caso, sin embargo es muy interesante las conclusiones a las que podemos llegar y que expongo a continuación.

Constitución Política de Argentina.-

En el artículo 43 de esta Constitución, podemos encontrar las acciones de garantía de derechos constitucionales que son similares a las que existían en la Constitución de 1998 ecuatoriana, esto es, la acción de amparo, la de habeas data y la de habeas corpus. Es interesante tomar en cuenta que en el primer inciso de este artículo, abre la posibilidad para que la acción de amparo se entablen contra particulares, lo cual, aunque no corresponde a la acción extraordinaria de protección, es importante destacar para conocimiento y comparación con nuestra acción de protección: *"Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley."*

Constitución Política de Bolivia.-

En Bolivia sucede algo similar que en Argentina respecto de las acciones de garantías constitucionales, correspondiéndole al artículo 19 de su Constitución el establecimiento de la acción de amparo, la que también se puede proponer contra particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona.

Se debe destacar el literal f) del artículo 120 de la Constitución boliviana, por cuanto le concede como atribución del Tribunal Constitu-

cional, conocer y resolver los recursos directos de nulidad relacionados con los casos del artículo 31 de la misma Constitución. El artículo 31 indicado es del texto siguiente: *"Son nulos los actos de los que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de los que ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la ley."* Tenemos, entonces, la posibilidad de proponer esta acción, contra algún caso en el que haya resuelto una autoridad a quien consideremos que no tiene jurisdicción, de tal forma que si lo comparamos con la acción extraordinaria de protección, igualmente puede existir un caso en el que la violación del derecho constitucional sea precisamente la falta de jurisdicción y que sirva como argumento.

Constitución Política de Chile.-

El artículo 20 de esta Constitución denomina como recurso de protección, a aquel que se puede proponer cuando por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidas. Nuestra Constitución vigente lo define de manera similar, salvo que en nuestro caso es acción de protección y no recurso, aunque en Chile igualmente se trata de una acción.

Constitución Política de Costa Rica.-

En Costa Rica encontramos una situación totalmente distinta a la de nuestra Constitución vigente, debido a que en su artículo 10 se indica la facultad que tiene una Sala especializada de la Corte Suprema para declarar la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, pero se excluye precisamente los actos jurisdiccionales del Poder Judicial. Es decir, las sentencias de la Función Judicial en Costa Rica, no pueden ser revisadas como en nuestro caso, ni siquiera por alguna cuestión de inconstitucionalidad, lo cual está excluido de forma expresa.

Constitución Política de España.-

Este país europeo protege la cosa juzgada, incluso en los casos en que el Tribunal Constitucional haya determinado alguna inconstitucionalidad respecto de cómo había resuelto la Función Judicial. Entonces, algunos autores dirán, en Ecuador, al contrario, toda resolución que tome

la Corte Constitucional, servirá inmediatamente de precedente para que cualquier otro caso similar, sea revisado y revocado. Leamos por tanto y por su importancia la disposición constitucional de España: *"Art. 161.- 1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: A) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada."*

Constitución Política de Perú.-

En esta país vecino se establece, como suele ser común en las Cartas Magnas que he revisado, las acciones de habeas data, habeas corpus y de amparo, pero, adicionalmente, al igual que sucede con nuestra Constitución vigente, encontramos en el número 6 del artículo 200, la acción de cumplimiento con el tenor siguiente: *"6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley."* Por lo que, por un lado vemos que se diferencia en el nombre, debido a que nuestra acción se llama "acción por incumplimiento" y por otro, no se exige que la norma, cuyo cumplimiento se pretende, contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible.

Conclusión.-

Con esta propuesta, simplemente he pretendido aportar en el debate sobre las acciones constitucionales que trae consigo la Constitución vigente, de tal forma que su aplicación en la práctica se vuelva un poco más sencilla y entendible. Si bien la autodenominada Corte Constitucional ha establecido unas reglas para ir encuadrando estas acciones, principalmente lo que se refiere al trámite; queda la enorme inquietud respecto de la legalidad no sólo de las facultades de dicha Corte para crear normas transitorias de este tipo, sino inclusive desde la misma proclamación que se hicieron de Corte Constitucional.

Por ello, no está demás continuar en el análisis de la acción extraordinaria de protección y de las otras que han sido mencionadas,

más aún cuando la propia Constitución vigente señala que es el órgano legislativo el que deberá determinar por ley cuál es el procedimiento a seguir para las acciones constitucionales, entonces es de esperar que el asambleísta utilice las mejores armas de derecho para una correcta administración de justicia y en beneficio de la colectividad.

BIBLIOGRAFÍA:

1. Discurso del Dr. César Rodríguez, entregado en las instalaciones del Auditorio del Palacio de Justicia, el lunes 25 de Agosto del 2008, consultado en el sitio web http://asambleaconstituyente.gov.ec/blogs/cesar_rodriguez el día 30 de octubre del 2008.

2. Hugo Alsina, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, segunda edición, Tomo I, Parte General, Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires, Argentina, 1956, página 333.

3. Hugo Alsina, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, segunda edición, Tomo IV, Juicio Ordinario, Segunda Parte, Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires, Argentina, 1961, páginas 184 y 185.
4. Diccionario Enciclopédico Nuevo Espasa Ilustrado 2000, Espasa Calpe S.A., España, 1999, página 1207.

5. Guillermo Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Argentina 1998, página 266.

6. Resolución tomada en sesión del 20 de octubre del 2008 por el Tribunal Constitucional del Ecuador, consultado en el sitio web http://www.tribunalconstitucional.gov.ec el día 5 de noviembre del 2008.

7. Armando Cruz Bahamon, Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil, Volumen I, Edino, Guayaquil, Ecuador, 1995, página 13.

8. Corporación de Estudios y Publicaciones, Constituciones de otros Países, Tomo I, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito,

Ecuador, 2007, Constitución Política de Argentina, página 7; Constitución Política de Bolivia, páginas 4, 6 y 24; Constitución Política de Chile, página 14; Constitución Política de Costa Rica, página 10; Constitución Política de España, página 35.

9. Corporación de Estudios y Publicaciones, Constituciones de otros Países, Tomo II, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2007, Constitución Política de Perú, página 37.

Derecho Tributario

TRATADOS INTERNACIONALES PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL

Conveniencias o sacrificios fiscales para el Paraguay?

Rodney Maciel Guerreño [*]

RESUMEN:

La investigación aborda la temática de los tratados tributarios, esto es, aquellos instrumentos internacionales en el que dos o más Estados adoptan los criterios por los cuales canalizarán sus políticas tributarias para la solución de la doble imposición internacional.

PALABRAS CLAVE:

DOBLE IMPOSICIÓN- RENTA- VINCULACIÓN

1. Introducción.

El Paraguay, en el año 2006, por ratificación del Congreso Nacional, ha incorporado a su legislación tributaria, el primer *Tratado amplio para prevenir la doble imposición internacional*. El instrumento fue suscripto con la República de Chile un año antes de su aprobación. El hecho de que la República del Paraguay haya adoptado el primer instrumento de tal envergadura, amerita un análisis de los posibles beneficios o sacrificios que el fisco de este país pudiera soportar.

[*] Abogado. Asesor Impositivo. Profesor encargado de cátedra de la materia "Legislación Tributaria" y de "Derecho Tributario", Facultad de Ciencias y Letras la Universidad Católica *Nuestra Señora de la Asunción*, Carrera de Ciencias Contables y Carrera de Derecho, ciudad de Pedro Juan Caballero, Paraguay.

Las sugerencias que realizo en esta obra, responde a criterios doctrinales y modelos de tratados tributarios reconocidos a nivel mundial y utilizados por países europeos y sudamericanos que se encuentran, a raíz de sus legislaciones internas, ante posibles circunstancias en el que un mismo hecho generador puede verse afectado por la sobreimposición de rentas en la relaciones comerciales realizadas con otros países.

Para evidenciar los futuros beneficios o sacrificios fiscales que el Paraguay pudiera tolerar a raíz de la aplicación del tratado, el trabajo tiene como metodología, explicar conceptos fundamentales para que el lector comprenda y concluya qué finalidad, beneficios o sacrificios, persigue la suscripción de tales instrumentos. En este sentido, expongo en forma sencilla el concepto del fenómeno de la doble imposición, el alcance del mismo, sea en la esfera interna de un Estado como, también, en el ámbito internacional. Asimismo, señalo que la doble imposición puede ser vista en su sentido jurídico y económico, con lo cual se podrá apreciar que la garantía de prohibición de la llamada doble imposición contemplada en la Constitución Nacional paraguaya, recae únicamente en su sentido jurídico.

La preocupación que tienen los Estado ante el fenómeno de la doble imposición internacional, la posible solución se canalizaría en la búsqueda de medios idóneos para prevenirla, en particular, cuando el fenómeno abarca a la esfera internacional. Para tal fin, en esta monografía expongo las medidas preventivas del flagelo, las que son conocidas en doctrina como medidas unilaterales o bilaterales. Por otro lado, menciono cuáles son los modelos actuales imperantes de tratados tributarios para prevenir o atenuar la doble imposición internacional. Así, cito dos de ellos, el primero conocido como modelo europeo que lleva la sigla OCDE, (*Organisation for Economic Cooperation and Development*), cuya traducción al español significa Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. El segundo modelo imperante, lleva la sigla ONU, dado que su creación fue impulsada por las Naciones Unidas, pero a diferencia del europeo, se realizó con el propósito de que los países en subdesarrollo se encuentran más beneficiados con dicho modelo.

Avocado al estudio del tema principal de la obra, presento los criterios que el Paraguay debiera de conocer para la suscripción de tratados tributarios de naturaleza internacional. Así, resalto la impor-

tancia e implicancia de los principios de vinculación jurisdiccional a ser adoptados al momento de la suscripción de tratados. También desarrollo normas constitucionales paraguayas en la que se observan la posibilidad de la suscripción de tratados, incorporado como medida para evitar la doble imposición de carácter internacional.

Por ultimo, concluyo con varios análisis de algunas normas del tratado suscripto con la República de Chile y la del Paraguay, a fin de concretar, utilizando el método comparativo con normas fiscales internas del último, cuales beneficios o sacrificios pudiera soportar el fisco paraguayo. Así se podrá evidenciar las consecuencia de la aplicación del tratado tributario comentado, que lleva el nombre de "*Convenio entre la República del Paraguay y la República de Chile para evitar la doble imposición y para prevenir la Evasión Fiscal en relación al impuesto a la Renta y al Patrimonio*". Nombre que, conforme a la conclusión de este trabajo, resultaría falaz, pues en nada beneficia al Paraguay, y lo que busca es la evasión fiscal hacia el fisco Chileno, bajo un ropaje de legalidad supranacional.

2. Los tratados de prevención de doble imposición internacional.

2.1. La doble imposición.

A fin de abordar el tema, creo conveniente explicar qué se entiende por *doble imposición*, pues la noción sobre ella resultará necesaria para la comprensión de la finalidad perseguida por los tratados internacionales cuyo objetivo es la prevención de aquel fenómeno, que con facilidad, ocurre en el marco del Derecho Tributario, sea en el ámbito nacional o internacional.

La doble imposición, en términos generales, puede ser definida como aquella circunstancia o acontecimiento en el que dos o más normas tributarias someten a imposición la realización o descripción de un mismo hecho generador, sea por uno o por varios sujetos activos. La doble imposición es aquella circunstancia en que un contribuyente se ve afectado por dos o más normas jurídicas tributarias al pago de tributos, dado que ha realizado un solo hecho generado. Con la doble imposición, el contribuyente se encuentra obligado a cumplir dos prestaciones al

sujeto activo, a raíz de la realización de un único hecho generador, sea que ello ocurra dentro la jurisdicción de un país o en otros países.

Sabiamente Dino Jarach[1] afirma que la doble imposición se produce cuando el mismo bien tributario sufre la imposición de dos leyes, si bien lo enfoca únicamente al ámbito internacional, nada impide a que tal fenómeno ocurra en una sola jurisdicción. Con el mismo criterio, Guillermo O. Teijeiro[2], determina que la doble imposición se produce cuando dos o más jurisdicciones tributarias imponen tributos compara-bles sobre un mismo contribuyente, respecto al mismo concepto e idéntico periodo.

Pues bien, el fenómeno de la doble imposición resulta posible en cualquier jurisdicción tributaria, sea que ella sobrevenga dentro de un solo Estado, o entre dos o más sujetos activos. El hecho de que una hipótesis fáctica sea determinada más de una vez por dos o mas leyes tributarias distintas, sea a nivel nacional o internacional, y que recaiga sobre el mismo sujeto pasivo, en idéntico periodo, sobran razones para afirmar que se produce la llamada doble imposición. Así, el fenómeno estudiado puede ser entendido en dos aspectos. Por un lado, la doble imposición puede ser vista en un sentido netamente económico, y por el otro, en su sentido jurídico. Así, en doctrina en la actual doctrina existe la llamada *doble imposición jurídica* y la *doble imposición económica*. Estas dos posturas tienen relevancia fundamental al momento de identificar si la doble imposición afecta o no a los contribuyentes en sus derechos, quienes en la mayoría de los casos, se encuentran en desventajas ante el poder soberano del Estado. Lo que se pretende prohibir, opinión mayoritaria en doctrina, es la doble imposición en su sentido exclusivamente jurídico y no en él otro. Estas posturas se escriben a continuación.

2.1.1. Doble imposición jurídica.

La mayoría de los países latinoamericanos otorgan como garantía para sus súbditos contribuyentes la prohibición de la llamada doble

---

1 JARACH, Dino. "*EL HECHO IMPONIBLE*" Teoría general del Derecho Tributario sustantivo. Abeledo-Perrot. Tercera Edición. Buenos Aires, 1996.

2 TEIJEIRO O., Guillermo. Aplicación de las normas tributarias en el espacio. "*TRATADO DE TRIBUTACIÓN*". Tomo I. Volumen 1. Director Horacio A. Garcia Belsunce. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2003.

imposición jurídica. Cuando un hecho generador ya descripto en una ley tributaria, se encuentra afectado por otra norma que se refiere al mismo bien tributario, a la misma persona, en el mismo espacio y tiempo, se esta en presencia de la doble imposición en su sentido jurídico. Este hecho no es otra cosa que la existencia de dos leyes que graven el mismo hecho generador, con lo cual el sujeto pasivo se encuentra obligado al pago de dos tributos idénticos.

Cuando previamente una ley describe la hipótesis fáctica cuya realización por el contribuyente genera la obligación del pago del tributo, respetando el principio *nullum tributum sine lege*, prácticamente excluye la posibilidad de que tal hipótesis sea objeto de alguna otra ley impositiva dictada por el órgano facultado para ello. Así, el hecho de que un contribuyente se encuentre ante la existencia dos leyes impositivas que lo obliguen al pago de dos tributos idénticos, en su objeto, sujeto y causa, se encuentra ante la llamada doble imposición jurídica, y por tanto, ante la posibilidad del pago de dos obligaciones, en la que una de tales leyes es la causante de la llamada doble imposición jurídica.

El artículo 180 de la Constitución Nacional del Paraguay, al abordar el tema de la doble imposición, lo entiende en su sentido jurídico, pues establece que "*No podrá ser objeto de doble imposición el mismo hecho generador de la obligación tributaria.*" El hecho de que no puede ser objeto de doble imposición el mismo hecho generador, lo que pretende la norma constitucional es evitar la concurrencia de dos leyes cuyas hipótesis fáctica sean la misma. No queda dudas que se trata de la doble imposición jurídica.

Los tratados para prevenir la doble imposición internacional, como así también las constituciones que incorporan dicha garantía para los contribuyentes, lo que pretenden es prohibir la doble imposición en su sentido jurídico, tal como se vio en el caso de la Constitución Nacional de la República del Paraguay.

2.1.2. Doble imposición económica.

A la par de la llamada doble imposición jurídica, se encuentra otro supuesto en el que, en la mayoría de los casos, tiende a confundirse con esta última, que es la doble imposición económica. Esta clase de doble

imposición requiere, como en el caso de la doble imposición jurídica, la existencia de dos leyes que recaigan sobre un mismo bien, pero se diferencia de aquella, en razón de que no recae sobre el mismo sujeto, sino sobre varios.

Con la doble imposición económica, se pretende diferenciar la capacidad contributiva de los sujetos, pilar básico de la tributación, en aquellos supuestos en los que se debe abonar tributos derivados de una sola fuente, pero que benefician a personas distintas. Esto ocurre en la mayoría de las legislaciones impositivas, en particular en los impuestos a la renta o ganancias de las sociedades comerciales, en el que se graba el rédito de la persona ideal, por un lado, y por el otro, la distribución de dividendos a sus socios, accionistas o dueños.

Así, si una empresa o sociedad soportar el pago del impuesto a la renta, y procede a la distribución de los dividendos, lo que está realizando es reconocer la existencia de personas distintas en dicho proceso, a la sociedad por un lado y a los socios por el otro, *principio de los entes separados*. Este fenómeno, si bien grava la misma renta dos veces, nada impide a que la distribución de los dividendos sea otro hecho generador. En este caso, se trata de una doble imposición económica, por la sencilla razón de que se gravan dos hipótesis fácticas distintas, pero que afecta a una sola fuente económica, a saber, la renta de la empresa o sociedad.

A modo de ejemplo, en el Paraguay, en la Ley N° 125/91 y su modificación introducida por la Ley N° 2421/04, se describir el hecho generador del Impuesto a la Renta de actividades comerciales, industriales y de servicios en su artículo 2, en el que se apreciará la descripción de dos hipótesis fácticas distintas. Al respecto se establece que:

> *Estarán gravadas las rentas de fuentes paraguayas que provengan de la realización de actividades comerciales, industriales o de servicios que no sean de carácter personal.*
>
> *Se consideran comprendidas:*
>
> *g) Los dividendos y las utilidades que se obtengan en carácter de accionistas o de socios de entidades que realicen actividades comprendidas en el Impuesto a las Rentas de Actividades*

Comerciales, Industriales y de Servicios y Renta de las Actividades Agropecuarias.

Con la descripción de la presente norma se observa el fenómeno de la doble imposición en su sentido económico, pues, por un lado grava la renta de las sociedades comerciales, primera descripción del hecho generador. Por el otro, se grava la distribución de los dividendos y utilidades a sus beneficiarios, segundo descripción del hecho generador. Si bien las rentas gravadas tiene un solo origen, se trata de dos hipótesis fácticas con sujetos pasivos distintos; por lo tanto, una doble imposición económica y no jurídica.

2.2. La doble imposición jurídica en la esfera internacional.

Como expuse más arriba, el fenómeno de la doble imposición puede ser vista en la esfera nacional o en la internacional. Aquí tratare su incidencia en su fas extra nacional. Sabido es que la vinculación del sujeto pasivo en la relación tributaria con el Estado responde a ciertos principios, conocidos en doctrina como principios jurisdiccionales. Uno de ellos es el de territorialidad o fuente, llamado como *principio objetivo,* y, el otro tomando en consideración el domicilio, residencia, nacionalidad o ciudadanía del contribuyente, conocido como *principio subjetivo* o renta mundial.

El principio jurisdiccional objetivo, cuya creación se atribuye a Schanz, conforme lo afirma el jurista Giuliani Fonrouge[3], deja de considerar la condición personal del contribuyente para atribuirse la sujeción del tributo al lugar, al país o territorio en donde los diversos hechos imponibles están realmente integrados a su economía. Así, este principio de fuente o territorialidad de la fuente, implica que la potestad tributaria se ejerce, de manera exclusiva, sobre las rentas originadas en la jurisdicción de un país. Las originadas fuera de ellas, llamadas rentas exógenas o extranjeras, quedan excluidas del objeto del tributo. En consecuencia, aquellos que residen o son ciudadanos de ese Estado y obtienen rentas externas no quedan sometidos la tributación sobre las mismas escapa del poder del Estado. Este se limita al ámbito espacial de su territorio.

[3] Explicación realizada los días 17 y 18 por el Profesor Dr. Antonio Hugo Figueroa, en el marco del curso "*Cuestiones Actuales de Derecho Tributario*". VII Cursos Intensivos de Posgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, año 2007.

Por el contrario, el principio jurisdiccional subjetivo, conocido como criterio de *renta mundial*, adopta como nexo de sujeción impositiva al Estado, ciertas características o condiciones atribuibles a la persona física o jurídica, sin importar el lugar o país donde la renta se genera. Las características o condiciones referidas, son el domicilio, residencia, nacionalidad o ciudadanía de los contribuyentes. Se afirma que los dos primeros derivan de un fundamento social, pues el simple hecho de formar parte de una comunidad en razón del domicilio o residencia, éstas personas deben abonar aquellos impuestos necesarios para que el Estado cumpla sus necesidades.

Por otro lado, el criterio de nacionalidad o ciudadanía, se justifica en la aplicación de un criterio de orden político, siendo este el fundamento al ejercicio de la potestad del Estado del cual se es nacional o ciudadano. Ejemplo de esta es los Estados Unidos de América, dado que el simple hecho de tener la ciudadanía estadounidense, el sujeto se encuentra obligado al pago del impuesto a la totalidad de su renta en tal país, sin importar en qué Estado/s proviene/n tales beneficios.

La existencia actual del *principio objetivo* y del *subjetivo*, cuando son adoptados indistintamente por los Estados, me atrevo a afirmar la posibilidad de la aparición de la llamada doble imposición internacional. Esto es así, pues si entre los Estados se confrontan principios jurisdiccionales distintos, atendiendo a que los contribuyentes mantengan relaciones comerciales u obtengan rentas en uno y otro Estado, fácilmente uno de ellos sufrirá el fenómeno de la doble imposición internacional.

El hecho de que un Estado adopte el *principio objetivo* y el otro, el *principio subjetivo*, como lo afirma Adolfo Atchabahian[4], se produce el conflicto en el ejercicio de potestades impositivas. Por un lado el país que adopta el primero de los principios se cree con derecho, a raíz del domicilio, residencia, ciudadanía o nacionalidad de su contribuyente, a gravar la totalidad de los bienes que pertenecen a éste, dondequiera que ellos se ubiquen, sean dentro o fuera del país. El citado autor sigue afirmando que, por otro lado el otro país, también se cree con derecho a

[4] ATCHABAHIAN, Adolfo. Derecho Tributario Internacional. "*TRATADO DE TRIBUTACIÓN*". Tomo I. Volumen 2. Director Horacio A. Garcia Belsunce. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2003.

raíz de la incorporación del principio objetivo, a gravar los bienes o rentas obtenidas en su jurisdicción, sin importar la característica subjetiva del contribuyente. Estos extremos llevan a la aparición de la doble imposición jurídica internacional. El hecho de que los países adopten principios jurisdiccionales diferentes, y mantengan relacionamiento comercial, bienes o rentas en ambos, deviene indudablemente la aparición del fenómeno de la sobreimposición internacional.

Las llamadas doble o múltiple imposición en la esfera internacional, no debe ser calificado como un ejercicio ilegítimo o abusivo de la potestad tributaria por parte de los Estados, pues ellos se encuentran en el uso legítimo de sus facultades inherentes a su poder de imperio, pudiendo hacerlo de conformidad con uno u otro principio jurisdiccional, pues sabido es que cada país es libre e independiente, *principio de soberanía*, de adoptar el sistema que considera mejor a sus interese económicos.

2.2.1. Medidas para prevenir o atenuarla.

A raíz de la doble imposición jurídica internacional, en razón de la colisión de ambos principios jurisdiccionales adoptados por leyes internas de los Estados para establecer el punto de conexión con sus contribuyentes, surge la necesidad de encontrar los medios para prevenir o atenuar la sobreimposición. La doctrina ha diferenciado dos medidas para afrontar tal situación, las llamadas medidas unilaterales y bilaterales.

2.2.1.1. Medidas unilaterales.

Las medidas unilaterales son para prevenir o disminuir la doble imposición internacional, son aquellas adoptadas de modo singular por cada jurisdicción nacional. Estas medidas son incorporadas en las respectivas leyes internas de los países. Aun en el supuesto de que un país haya incorporado el principio de fuente territorial en forma exclusiva, existen casos marginales en que se puede incurrir en la doble imposición internacional. El ejemplo de esta situación es perfectamente posible en los casos de transportes internacionales, como así también, en aquellos en los que se presume rentas de fuente nacional para personas o entidades radicadas en el exterior, pero que realicen actividades gravadas en el país de la fuente.

Para el caso de las presunciones de rentas internacionales, creo conveniente mencionar como ejemplo lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 125/91[5] y su modificación por la Ley 2421/04:

> *Art. N° 10.- Rentas Internacionales. Las personas o entidades radicadas en el exterior, con o sin sucursales, agencias o establecimientos en el país que realicen actividades gravadas, determinarán sus rentas netas de fuente paraguaya, de acuerdo con los siguientes criterios, sin admitir prueba en contrario:*
>
> *a) El 10% (diez por ciento) sobre el monto de las primas y demás ingresos provenientes de las operaciones de seguros o de reaseguros que cubran riesgos en el país en forma exclusiva o no, o se refieran a bienes o personas que se encuentren ubicados o residan respectivamente en el país, en el momento de la celebración del contrato.*
>
> *b) El 10% (diez por ciento) sobre el importe bruto proveniente de la realización de operaciones de pasajes, radiogramas, llamadas telefónicas, servicios de transmisión de audio y video, emisión y recepción de datos por Internet protocolo y otros servicios similares, que se presten tanto desde el país al exterior, así como aquellas operaciones y servicios proveídos desde el extranjero.*
>
> *c) El 15% (quince por ciento) de las retribuciones brutas de las agencias internacionales de noticias, por servicios prestados a personas que utilicen los mismos en el país.*
>
> *d) El 40% (cuarenta por ciento) de los ingresos brutos de las empresas productoras distribuidoras de películas cinematográficas o para la televisión, de cintas magnéticas y cualquier otro medio similar de proyección.*
>
> *e) El 20% (veinte por ciento) de los importes brutos pagados, acreditados o remesados a entidades bancarias o financieras u otras instituciones de créditos de reconocida trayectoria en el mercado financiero y organismos multilaterales de crédito, radicadas en el*

[5] Ley N° 125, sancionada en el año 1991, por el cual se establece el Nuevo Régimen Tributario del Paraguay, el que fue modificada por le Ley N° 2421, sancionada en el año 2004.

exterior, en concepto de intereses o comisiones por préstamos u operaciones de crédito similares.

f) El 50% (cincuenta por ciento) de los importes brutos pagados, acreditados o remesados, en cualquier otro concepto, no mencionado precedentemente.

g) El 100% (cien por ciento) de los ingresos o importes brutos acreditados, pagados o remesados provenientes de las sucursales, agencias o subsidiarias de personas o entidades del exterior, situadas en el país, en todos y cualquiera de los casos y conceptos.

En base a los supuestos de rentas internacionales citadas, pero reconocidas por la legislación paraguaya como de fuente nacional o territorial, en base al criterio presuntivo del principio *Iure et de iure*, las personas, agencias, sucursales o entidades constituidas en el exterior, ante tal presunción podrán en principio verse afectado en su país de residencia por el fenómeno de la doble imposición. Por un lado, deberán abonar el impuesto sobre los porcentajes citados en el Paraguay, y por el otro, pagarán en sus respectivos Estados sobre tales rentas, salvo que éstos últimos adopten un sistema de prevención o atenuación de la doble imposición, conocidos como medidas unilaterales.

Si bien es cierto que el Paraguay adopta el principio jurisdiccional objetivo o de la *fuente territorial*, existen casos marginales, como quedó demostrado, en que podría ser considerado como causa de doble imposición internacional. Asimismo, para el caso de fletes internacionales, la legislación interna del Paraguay determina que serán en un 50% (cincuenta por ciento) de fuente nacional cuando los mismos sean utilizados entre el Paraguay y Argentina, Bolivia, Brasil y Uruguay, y en un 30% (treinta por ciento) cuando se realicen entre el Paraguay y cualquier otro país no mencionado. Resulta visible en este supuesto la posibilidad de la doble imposición, pues la empresa de transporte extranjera, domiciliada en cualquier de los países citados, tendrá que soportar el pago del impuesto, en las proporciones mencionadas según el caso, por un lado en el Paraguay, y por el otro, en su país de residencia.

Ante tales hipótesis de doble imposición, surge la necesidad de que los Estados adopten medidas, en lo posible, para atenuar o prevenir la sobreimposición de carácter internacional. En efecto, ante tal necesidad,

conforme lo afirma Adolfo Atchabahian[6], las soluciones unilaterales reconocen diferentes modalidades. Una de ellas es el *tax credit*, que consiste en el crédito por el impuesto pagado en el extranjero, contra el impuesto nacional, o bien, el método de *exención* de la renta obtenida en el extranjero, o del capital allí existente.

Históricamente, se admite en doctrina que el *tax credit*, fue aplicado por primera vez en Holanda, cuando en el año 1893, ésta se vio en la necesidad de conceder crédito por el impuesto pagado por sus colonias, contra los tributos percibidos en la metrópoli. Asimismo, otro antecedente fue lo ocurrido con el Reino Unido, ya en el año 1861 debió enfrentar los efectos de la doble imposición internacional, en razón de haber aprobado la India un año antes, su propio impuesto a la renta. Este hecho derivó en que los contribuyentes británicos que reintegraban las rentas obtenidas en tal colonia, India, sentían la sobrecarga fiscal, pues paralelamente debía abonar a su Estado los impuesto que éste exigía.

La aplicación del *tax credit*, como medida unilateral para prevenir el fenómeno de la doble imposición internacional, requiere de ciertos requisitos que su viabilidad. A saber, uno de ellos es la necesidad de analogía conceptual del impuesto extranjero con el impuesto nacional, tal analogía debe derivar de la letra de las legislaciones confrontadas, o sea, se requiere de la existencia de la llamada doble imposición jurídica, entendida como la existencia de dos normas que describen un mismo hecho generador. Otro requisito para la procedencia del crédito por impuesto, es que el mismo sea efectivamente pagado en el país extranjero, y por ultimo, se requiere que el impuesto abonado sea individualizado en el sujeto afectado por la doble imposición.

Cumplidos estos requisitos, el *tax credit*, es concebido como un mecanismo unilateral con gran efectividad para aliviar o prevenir la doble imposición en doctrina, pero solo para aquellos Estados que utilizan el principio jurisdiccional subjetivo o renta mundial. Esta afirmación deviene lógicamente, pues con el criterio de renta mundial, se grava la totalidad del rédito independiente del lugar donde se genere, por tanto, susceptible de doble imposición internacional.

---

6 ATCHABAHIAN, Adolfo. Derecho Tributario Internacional. "*TRATADO DE TRIBUTACIÓN*". Tomo I. Volumen 2. Director Horacio A. Garcia Belsunce. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2003.

Como he adelantado, otro medio para reprimir la doble imposición internacional, es la *exención del impuesto* respecto de la renta obtenida en el extranjero. Esta modalidad puede darse en distintas formas. La primera es la *exención integral o total*, o bien *la parcial*. La integral o total, implica que la exención del impuesto abarca a toda la renta de fuente extranjera, y la parcial se limita a una porción de ella, sea sobre una parte o porcentaje del total de la renta extranjera (criterio cuantitativo), sea refiriéndose a determinadas clases de rentas (criterio cualitativo). La segunda es la llamada *exención con* o *sin progresividad*, que consiste, para el primer caso tomar en consideración, para los fines de calcular el importe del impuesto nacional, el monto de la renta o ganancia obtenida en el extranjero, al solo fin de identificar la alícuota del tributo, el que debe ser progresivo, que se aplicaría sobre ese total, para después hacerla recaer solamente sobre la parte de la renta nacional. En este sentido, bien lo afirmó el Dr. Antonio Hugo Figueroa[7], al explicar que la renta exenta significa aumento de alícuota sobre la masa sujeta a impuesto (renta gravada) implica, en los hechos, una exención parcial. Por ende, la falta de reserva de progresividad, implicaría la solución contraria, que es la eximición del impuesto, lisa y llanamente, de la renta obtenida en el exterior.

En fin, las medidas unilaterales para prevenir o atenuar la doble imposición internacional, como ser el *tax credit*, la *exención total* o *parcial* y la *exención con* o *sin reserva de progresividad*, deben ser adoptadas por aquellos países afectados por tal fenómeno, que en su mayoría son aquellos que adoptan el criterio de renta mundial. Las medidas citadas, no dejan dudas de su necesidad, pues mientras no existan adecuados convenios aplicables para prevenir o atenuar la doble imposición jurídica internacional por parte de los Estados, estos deben optar por algunas de tales medidas.

2.2.1.2. Medidas bilaterales.

Las llamadas medidas bilaterales para prevenir la doble imposición, no son otra cosa que aquellos instrumentos o tratados en el que participan más de dos países en su elaboración, aprobación, para su

[7] Explicación realizada los días 17 y 18 de agosto, por el Profesor Dr. Antonio Hugo Figueroa, en el marco del curso "*Cuestiones Actuales de Derecho Tributario*". VII Cursos Intensivos de Posgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, año 2007.

posterior ratificación. Conforme a la opinión mayoritaria, las soluciones bilaterales ofrecen más alto grado de seguridad jurídica para los Estados, pues, generalmente, conforme a la prelación jurídica de las normas, en la mayoría de los casos, los instrumentos, acuerdos o tratados internacionales suscriptos tienen un prevalencia sobre las normas internas de los países.

Pues bien, el hecho de que se establezcan tratados bilaterales o multilaterales para prevenir la doble imposición internacional, resulta convincente y eficaz para el problema. Tal afirmación hago, porque los mismos tienen como fuente la coordinación de las potestades tributarias y de principios jurídicos, realizada sobre la base de consensos, estudios de casos y de reciprocidad. Esto contribuye a que sean más eficaces que las medidas unilaterales adoptadas por cada uno de los países. Las exigencias actuales del mercado, en el que cada vez existen más flujos de capitales de país a otro, acentúa la tendencia de la suscripción de tratados tributarios, pues las rentas obtenidas con motivo de las inversiones o de las actividades empresariales en países distintos de los de la residencia de los inversionistas o de la cede central o casa matriz de grupos transnacionales, materializa cada vez la conclusión de tales acuerdos.

En realidad, los tratados tributarios para prevenir la doble imposición internacional, otorgan ventajas a aquellos países considerados exportadores de capital y, en la mayoría de los casos, no siempre los considerados importadores siguen la misma suerte, como sería el caso de los países sudamericanos. Actualmente, prevalecen dos modelos como proyección para que los Estados adopten tratados tributarios. Se tratan solamente de directrices a tomar, con la finalidad de unificar criterios para que los interesados suscriban tratados tributarios para prevenir la doble imposición. Aclaro, son meras directrices y no convenciones multilaterales vinculantes para las partes o Estados que desee realizar un tratado tributario amplio. Los modelos imperantes de tratados tributarios amplios lo expongo de la siguiente forma.

2.3. Modelos actuales de tratados más utilizados.

2.3.1. Modelo OCDE.

La *Organisation for Economic Cooperation and Development*, cuya traducción al español significa Organización para la Cooperación y el

Desarrollo Económico, más conocida con la sigla OCDE, es el modelo de convenio elaborado por tal organización, compuesta por 30 países, de entre los cuales no se encuentra ningún sudamericano. Consta de VII Capítulos, con un total de 31 artículos, y hecho público en el año 1963. Este modelo, cuya finalidad era atenuar o prevenir la doble imposición internacional entre los Estado considerados desarrollado, sin lugar a dudas se ha convertido, desde su publicidad, en el modelo base para suscribir tratados entre los países miembros de tal organización, y por supuesto, utilizado con terceros países no miembros de la OCDE.

El modelo de tratado OCDE, parte del carácter subjetivo, o sea, primeramente determina quienes son las personas sometidas a las normas del modelo, en este caso, los sujetos afectados por ella, los llamados *residentes* de uno u otro de los Estados contratantes. Esta adhesión al principio de la residencia, es la que determina la potestad tributaria para que un país sometido a un tratado, pueda imponer su potestad impositiva en las rentas generadas en más de un Estado. Esta regla, en su aplicación no resulta absoluta, pues el modelo OCDE, incorpora la figura del *establecimiento permanente*, el que se encuentra definido como tal y se precisa el alcance para que tal circunstancia sea un establecimiento permanente. Tales figuras se encuentran definidas en su Capítulo II, de las "Definiciones", del modelo.

Haciendo un breve análisis, el llamado establecimiento permanente, limita la potestad tributaria del Estado de residencia. Esta afirmación lo hago, dado que el Estado del residente, quien en principio tiene la potestad de gravar toda la renta generada en el otro país suscriptor del tratado, pierde tal jurisdicción cuando dicha renta generada en el otro estado contratante, deriva de un establecimiento permanente. Así, los rendimientos originados por medio de tal entidad, deberá ser gravada por el Estado en donde se encuentre tal permanencia, en su caso, en el país fuente de las ganancias.

Por otro lado, el modelo de tratado OCDE, sugiere a cuales tipos de tributos deben ser aplicados, en su caso, hace mención a los impuestos a la renta y al capital, como también a los que gravan las ganancias de capital. Esta directriz, no impide que los Estados suscriptores del tratado, mencionen a cuáles impuestos vigentes en ellos sean alcanzados por tal

acuerdo, inclusive, con la posibilidad de incorporar futuros tributos que sean sancionados con posterioridad a la firma del tratado.

Por su parte, en el Capítulo III, del modelo OCDE, determina el meollo donde desemboca realmente el problema de la doble imposición internacional, como consecuencia de la aplicación de los conceptos de *residencia* y de *establecimiento permanente*. De este modo, el modelo contempla lo relativo a cuál Estado contratante, a saber el que tiene residencia o establecimiento permanente, corresponde aplicar el impuesto. A fin de ilustrar estas explicaciones, a modo de ejemplo, el modelo OCDE, en su artículo 6[8], determina que la renta proveniente de inmuebles ubicados en un Estado contratante, cuya propiedad pertenece a un residente del otro Estado contratante, puede ser gravado por el país donde reside el propietario del bien.

El ejemplo que menciono, en otras palabras, sugiere que si un residente tiene una propiedad inmueble en el otro estado contratante, las rentas que deriven de ella, podrán ser gravadas por el Estado en donde el beneficiario resida, no así, en el lugar donde se genera el beneficio derivado del inmueble, en este caso, el país de la fuente de aquella.

En el Capítulo V, es donde el modelo OCDE establece los métodos para evitar la doble imposición. En este capítulo, específicamente, en el artículo 23, se determinan los siguientes métodos. El primero de ellos, la *Exemption method*, consiste en el sistema de la excepción y, el segundo, el *Credit method*, método de crédito por impuestos. Estas medidas ya fueron referidas anteriormente, por lo que me remito a las consideraciones ya realizadas.

En el Capítulo VI, del modelo referido, prevé disposiciones sobre no discriminación entre los Estados partes. Así también, determina el procedimiento de la tramitación a seguir para celebrar acuerdos, conocidos como procedimientos amistosos. En el mismo capítulo, además se precisan normas de intercambio de información entre los organismos de los Estados partes, como también, normas en la se reglamente la inmunidad de que deben gozar las autoridades diplomáticas y consulares. Por

[8] OECD: *Model Tax Concenction on Income and on Capital*, Condensed Version, 15 july 2005, COMMITEE ON FISCAL AFFAIRS. p. 28

ultimo, trata sobre la extensión territorial atribuible a cada convenio. El Capítulo VII del modelo OCDE, establece acerca del procedimiento a seguir para le entrada en vigor del propio convenio, y cómo los Estados signatarios deberán proceder para que denuncien la vigencia del tratado.

Dado que el presente trabajo no tiene por objeto hacer análisis, comentarios y críticas al modelo OCDE, someramente me atrevo a afirmar que este instrumento otorga más beneficios impositivos para la parte que invoque la residencia, o sea, para aquellos Estados que en cuya jurisdicción se encuentre los sujetos obligados al pago. El hecho de que este modelo no sea equitativo entre las categorías mencionadas, actual crítica de los tributaristas que se abocan al estudio del Derecho Tributario Internacional, ha motivado a la elaboración de otro modelo imperante de tratado. El modelo elaborado por las Naciones Unidas, conocido con la sigla ONU.

2.3.2. Modelo ONU.

El modelo de acuerdo de las Naciones Unidas, para evitar la doble imposición, conocido con la sigla ONU, reconoce su origen en la utilización del modelo OCDE. En el año 1967, por iniciativa del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, la Secretaría General de aquel organismo, convocó a la conformación de un grupo de expertos de países desarrollados y en desarrollo, con el objeto de elaborar un modelo distinto que el de la OCDE.

El modelo de tratado para evitar y prevenir la doble imposición de la ONU, fue concluido en el año 1979 y hecho público el año siguiente. Si bien es cierto, que el propósito de la E.C.O.S.O.C fue la de elaborar un modelo de tratado mas benigno que el de la OCDE, dada la desventaja para los países en desarrollo. En fin, el modelo ONU, al final de cuentas, resultó en una simple modificación parcial del modelo europeo.

La Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo, consta de VI Capítulos, con 29 artículos. La metodología del instrumento, parte con la designación de sus destinatarios, criterio que la OCDE ya impuso, pues determina que el modelo será aplicado a las personas que sean *residentes* en los Estados partes. Sigue el modelo, con la designación de cuales

impuestos serán afectados al convenio, de entre los cuales, los Estados partes deben acordar. Asimismo, determina algunas definiciones generales, como ser el significado de persona, sociedad, empresa de un Estado Contratante, tráfico internacional y autoridades competentes. Estas afirmaciones se desprenden del contenido de los artículos 1 y 2 del modelo ONU.

En su artículo 3, el modelo comentado, determina qué significa la expresión *residente*. Al respecto establece que es aquella persona que en virtud de la legislación de ese Estado, está sujeta a impuestos en el país que lo considera como tal, por razón de su domicilio, residencia, lugar de constitución, sede de dirección o cualquier otro criterio análogo. Sea que tales hechos se observe solamente en el Estado o en cualquiera de sus subdivisiones. Esta afirmación no difiere en nada de la definición de residente contemplada por el modelo OCDE.

El concepto de *establecimiento permanente*, tampoco ha sufrido modificación en relación a lo dispuesto por el modelo OCDE. Al respecto, el modelo ONU en su artículo 5, inciso 1. define al establecimiento permanente como cualquier lugar fijo de negocios en el que se desarrolle, total o parcialmente, la actividad de la empresa. En los ejemplos citados por este artículo, se observa que no hubo una considerable modificación con el modelo OCDE. Así, las obras, construcciones, proyectos de instalación o montaje, actividades de inspección relacionadas a estos, siempre que tales obras, proyectos o actividades continúen durante un periodo superior de seis meses en uno de los Estados contratante, será considerado un establecimiento permanente. Este ejemplo también es utilizado en el modelo OCDE, pero en él se requiere de un periodo superior al de la ONU, que es de doce meses de permanencia.

El modelo ONU, si bien puedo afirmar que se trata de una modificación del modelo OCDE, introdujo pequeños cambios que favorecen a los países donde se observa el hecho generador, es decir, a los Estados fuente de las rentas. Esta postura es visible en la normativa establecida en el artículo 6 del modelo de la UNO, pues establece que los ingresos percibidos por un residente de un Estado contratante por concepto de bienes raíces, situados en el otro Estado contratante, este ultimo podrán grabar tales rentas, pues en él se encuentra situado los bienes. El modelo OCDE, con similar redacción del ejemplo, determina que tales ingresos

podrán gravarse en el Estado de residencia del contribuyente, y no así, en el lugar de ubicación del bien.

En fin, las demás circunstancias incorporadas por el modelo ONU, como ser los beneficios de las empresas, de la navegación marítima y aérea, mayormente no han sufrido modificación alguna con el modelo de la OCDE. Esta postura que sostengo, se comprueba con los beneficios empresariales, en la se sigue la misma regla de oro. A saber, si una empresa residente obtiene renta en el otro país, sin que ella derive de un establecimiento permanente, está sujeta a imposición por el Estado en el que tiene su residencia. Lo mismo acontece con las empresas marítimas y aéreas por sus servicios prestados, en el que sus ingresos deben ser gravados por el Estado en el que se encuentre situada la sede de la dirección efectiva, que generalmente es el país de residencia.

La misma suerte ocurre con los dividendos, intereses, cánones y regalías. Estos, conforme al modelo ONU, no se ha apartado de las disposiciones que en tal sentido la OCDE ya había establecido. En tales supuestos, el modelo de la ONU determina que sea el Estado que se beneficia de tales rentas el que debe someter a imposición dichos beneficios, y no el Estado de la fuente, cuando sean abonados a residentes del otro Estado contratante. Esta regla no es absoluta, pues el Estado de la fuente, también se encuentra facultada para someter a imposición, pero con limitación de alícuotas a ser aplicada.

Si bien he afirmado que con el modelo ONU su propósito era la de crear un modelo de tratado tributario que sea más compatible con las políticas tributarias de los países subdesarrollado, más bien consistió en una modificación del modelo OCDE. El modelo de tratado ONU, últimamente, está sirviendo de base para las sucesivas negociaciones de tratados tributarios amplios suscriptor por países sudamericanos. El análisis realizado a los modelos citados, son meras aseveraciones con la finalidad de servir de introducción para el lector, pudiendo existir opiniones encontradas, dado que la obra no tiene por finalidad el análisis de tales instrumentos.

Con las aclaraciones realizadas con anterioridad, pasaré a exponer la situación del Paraguay en su política para la suscripción de tratados tributarios amplios, desde el principio jurisdiccional adoptado, la

Constitución Nacional, el actual e único convenio vigente de tratado tributario, para finalmente concluir con el tema principal de esta monografía.

2.4. El Paraguay, políticas para la suscripción de tratados de prevención de doble imposición internacional.

Está visto que resulta condición fundamental que dos o más Estados ejerzan principios jurisdiccionales distintos para que uno de sus contribuyentes se vea afectado por la doble imposición internacional en su relación comercial extraterritorial. Ante esta afirmación, en principio, el Paraguay sentiría la necesidad de la concurrencia con uno o más Estado que adopte un principio jurisdiccional distinto que él, de modo que se justifique la necesidad de la suscripción de un trato tributario. La colisión de principios jurisdiccionales, *territorialidad de la fuente* versus *renta mundial*, acarrea la aparición del fenómeno de la doble imposición.

Pues bien, la colisión de tales principios trae la necesidad de la suscripción de tratados tributarios para prevenir o aliviar la doble imposición. Tal necesidad recae en el Estado cuyo principio jurisdiccional sea el subjetivo, o sea, el que adopte el criterio de renta mundial. Esto es así, puesto que tributa por toda su renta, sea de origen nacional o extranjera, política tributaria que lo deja expuesto al fenómeno de la doble imposición internacional, cuando obtenga renta proveniente de inversiones, comercio o servicios, externos.

Por el contrario, si un Estado adopta el criterio jurisdiccional objetivo, o principio de territorialidad de la fuente, en principio no se vería afectado por el fenómeno de la doble imposición de carácter internacional. La afirmación lo justico, por la sencilla razón, de que el Estado, tiene la obligación de imponer tributo sobre aquellas rentas derivadas de la realización de hechos generadores realizados dentro de la jurisdicción territorial de éste. Todo la renta producida dentro de su territorio tributa y no las de origen extranjero.

No queda dudas, de que si el Estado implementa el principio jurisdiccional objetivo en su vinculación con los contribuyentes, tributa únicamente sobre los beneficios o ganancias de fuente nacional. Este limitación espacial otorga seguridad a los contribuyentes de no verse

afectados por el fenómeno de la doble imposición internacional. Siempre que el sujeto activo vincule a sus contribuyentes con el principio de territorialidad de la fuente, la necesidad de un tratado para prevenir o atenuar la doble imposición, carecería de sentido para ese Estado, pues grava únicamente los hechos generadores producidos en determinado territorio. Ocurrido el hecho generador fuera de los límites del Estado, se pierde la potestad tributaria sobre tales hechos exógenos, sin posibilidad de gravar la renta internacional. La República del Paraguay, tiene adoptado el principio jurisdiccional objetivo o *territorialidad de la fuente*, por lo que en principio, no necesita de la suscripción de tratados tributarios para prevenir la doble imposición internacional.

2.4.1. La Constitución Nacional en materia de tratados para evitar la doble imposición.

Conforme a la prelación de las normas, la Constitución Nacional de la República del Paraguay, en su artículo 137[9] otorga a los tratados, convenios y acuerdos internacionales, superioridad sobre las leyes dictadas por el Congreso de la Nación. Pero, tales instrumentos internacionales se encuentran en un grado de inferioridad a la Constitución. Se encuentra por debajo de las C.N. y por encima de las Leyes del Congreso.

Para que la superioridad legal de los instrumentos jurídicos internacionales tenga valides, la ley fundamental exige que sean aprobados y ratificados por el Congreso de la Nación, por medio de una ley que incorpora y obliga a los ciudadanos. Este requisito es meramente formal, pero una vez aprobado el convenio, la superioridad a la Ley subsiste.

En definitiva, si el Paraguay celebra un convenio internacional para prevenir o atenuar la doble imposición jurídica, tal instrumento no resulta suficientemente vinculante, dado que requiere de la aprobación por el Congreso Nacional. Una vez ocurrido tal condición, el convenio

[9] Artículo 137.- De la supremacía de la Constitución. Constitución Nacional del Paraguay. 1992.
La Ley suprema de la República del Paraguay es la Constitución. Está, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

adquiere plena vigencia y exigibilidad dentro del territorio paraguayo, ocupando un rango de superioridad sobre las normas internas del país, pero con sujeción a las prescripciones normativas de la Constitución Nacional.

También, la Constitución paraguaya entre sus normativas que regulan la organización financiera del estado, en el artículo 180[10] prohíbe la doble imposición jurídica y, como medio para evitarla, habilita la celebración de convenios para prevenir o evitar la doble imposición. En este sentido, la normativa constitucional al establecer que no podrá ser objeto de doble imposición el mismo hecho generador, en definitiva hace referencia a la doble imposición jurídica y no económica, dado que el o los hechos generadores solamente pueden ser creados por ley, *principio de reserva de ley*.

En conclusión, la prohibición constitucional de la doble imposición jurídica, establecida en el artículo 180, debe ser entendida en su fas internar y externar. Debe abarcar tal prohibición dentro del sistema impositivo interno, como así también, en las relaciones internacionales en que el Estado paraguayo se encuentre involucrado. Esta última postura que sostengo deviene lógicamente, caso contrario el artículo comentado de la Constitucional Nacional del Paraguay, omitiría la habilitación para el Estado de celebrar convenios para prevenir o evitar la doble imposición jurídica. Cabe acotar, que la norma comentada hace una salvedad al respecto, en el sentido de que la suscripción de convenios para prevenir la sobre imposición, debe ser realizado sobre el principio de la reciprocidad.

2.4.2. Sistema jurisdiccional de vinculación de los contribuyentes paraguayos. *Sistema objetivo o Fuente territorial.*

La República del Paraguay, en el año 1991, mediante Ley N° 125, unificó el sistema impositivo, a fin de agrupar la diversidad de leyes tributarias que con anterioridad existían en aquel. En definitiva, con la

[10] Artículo 180.- De la doble imposición. Constitución Nacional del Paraguay. 1992.
No podrá ser objeto de doble imposición el mismo hecho generador de la obligación tributaria. En las relaciones internacionales, el Estado podrá celebrar convenios que eviten la doble imposición, sobre la base de la reciprocidad.

sanción de la ley 125, los impuestos que gravan la renta, como ser el Impuesto a la renta empresarial, agropecuaria y el tributo único, adoptó el sistema jurisdiccional objetivo de vinculación con los contribuyentes, conocido también como de fuente territorial.

Por ende, aquella persona que obtenía sus ganancias provenientes de actividades comerciales, industriales o de servicios no personales, debía de tributar por las rentas producidas dentro de los límites territoriales del Paraguay. Igual criterio era sostenido para aquellos sujetos pasivos cuyos réditos provenían de la actividad agropecuaria y del comercio a menor escala. Debía también tributar sobre las rentas originadas dentro del país.

El criterio de vinculación objetiva de los contribuyentes paraguayos, no era absolutamente territorial, pues considerada de fuente nacional algunos hechos generadores producidos fuera de su jurisdicción. Ejemplo de ello se da en los transportes internacionales, en el que se presumía de fuente paraguaya algunas rentas de origen extranjera. En consecuencia, la posibilidad de que los sistemas de vinculación subjetiva y el de fuente territorial, no sean absolutos en su aplicación, siendo una brecha en las que ciertos casos marginales, sería causal del fenómeno de la doble imposición internacional. Este parecer debe ser entendido como excepcional, y no como regla.

En el año 2004, con la sanción de la Ley 2421, la República del Paraguay sufrió una modificación en su anterior Ley 125. El cambio consistió en modificaciones parciales de los impuestos ya vigentes y, en la creación de nuevos impuestos. Como ser el Impuesto a la Renta Personal y a la Renta del Pequeño Contribuyente. La sanción de la nueva ley impositiva, no modificó el criterio de vinculación ya existente, el objetivo o fuente territorial, hacia los contribuyes paraguayos. En definitiva, el estado Paraguayo grava únicamente las rentas de fuentes paraguayas para aquellas personas cuya fuente derive dentro de hechos generados realizados dentro de los límites territoriales del estado.

El hecho de que el Paraguay adopte el sistema de vinculación objetiva de los contribuyentes con el Estado, *fuente territorial*, en principio, otorga potestad impositiva solo y exclusivamente sobre aquellas rentas originadas dentro de su territorio. Si el contribuyente se encuentra

domiciliado en el Paraguay, deberá tributar en base a la renta obtenida en este Estado, quedando excluidas todas aquellas que sean de fuente exógena. El mismo criterio es aplicado a aquellas personas que no se encuentren domiciliadas en él, pero que obtenga ganancias dentro de él, deberá también tributar por tales beneficios.

Fuera de los casos en que la Ley Paraguay considera de fuente territorial algunas rentas obtenidas en el extranjero, que en definitiva constituye la excepción a la regla, en principio, no justifica la suscripción de tratados tributarios de prevención o reducción del fenómeno de la doble imposición internacional. La afirmación que realizo deviene de por sí coherentemente, pues si el/os contribuyente/s debe/n tributar únicamente sobre aquellas rentas de fuente paraguaya, las obtenidas fuera de ella, quedan excluidas del peso impositivo del Estado de la fuente. Si obtienen rentas de origen extranjera, tributan en el país donde se generan tales rentas, sin que tal circunstancia, sea razón suficiente para que el Estado Paraguayo invoque sobreimposición de rentas, pues le importa las ya tributadas por sus contribuyentes dentro de su territorio, y nada mas.

2.4.3. Tratado para prevenir la doble imposición internacional suscripto por el Paraguay y la República de Chile.

El único tratado tributario para prevenir la doble imposición internacional y que responde a los modelos ya comentado, en su caso al modelo de la ONU, es el tratado suscripto entre la República del Paraguay y la República de Chile, firmado en Santiago de Chile, el año 2005. Este instrumento internacional es el primero que fue ratificado por el Paraguay, conforme a la Ley 2956/06, por lo que tal convenio se halla en plena vigencia y forma parte del régimen impositivo.

El convenio lleva el nombre de "*Convenio entre la República del Paraguay y la República de Chile para Evitar la Doble imposición y para Prevenir la Evasión Fiscal, en Relación al Impuesto a la Renta y al Patrimonio*". El referido convenio contiene 30 artículos con su Respectivo Protocolo Adicional. Este convenio responde al modelo de las Naciones Unidas, y como lo he afirmado, constituye el primer instrumento que el Paraguay incorpora a su sistema impositivo.

El hecho de que sea el primer instrumento ratificado, amerita un análisis de cuales beneficios o sacrificios fiscales podría soportar el Paraguay, pues el convenio recae sobre los siguientes Impuestos 1. *Impuesto a la Renta de las actividades Comerciales, Industriales y de Servicios*, 2. *Impuesto a la Renta de las Actividades Agropecuarias*, 3. *Renta del Pequeño Contribuyente* y, 4. *Impuesto a la Renta Personal*. Así también, se aplicará a aquellos impuestos de naturaleza idéntica o sustancial análoga establecidos con posterioridad a la fecha de la firma, ora que añadan a los actuales impuestos o los sustituyan.

Esta afirmación lo hago pues tales impuestos fueron los que el Paraguay, al momento de suscribir el convenio, introdujo para su aplicación en el convenio. Esto se observa con la redacción dada al artículo 2 del convenio, que expresa lo siguiente:

> *Impuestos Comprendidos:*
>
> *1 Este Convenio se aplica a los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio exigibles por cada uno de los Estados Contratantes, cualquiera que sea el sistema de exacción.*
>
> *2 Se considera impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio los que gravan la totalidad de la renta o del patrimonio o cualquier parte de los mismos, incluidos los impuestos sobre las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles o inmuebles, así como los impuestos sobre las plusvalías.*
>
> *3 Los impuestos actuales a los que se aplica este Convenio son, en particular:*
>
> *3.1 en Chile, los impuestos establecidos en la "Ley sobre Impuesto a la Renta" (en adelante denominado "impuestos chilenos");*
>
> *3.2 en Paraguay, los impuesto establecidos en la Ley sobre las rentas de Actividades Comerciales, Industriales o de Servicios, de las Actividades Agropecuarias, del Pequeño Contribuyente y del Servicio de Carácter Personal (en adelante denominado "impuestos paraguayos")*
>
> *4 El Convenio se aplicará igualmente a los impuestos de naturaleza idéntica o sustancialmente análoga e impuestos al patrimonio que se establezcan con posterioridad a la fecha de firma del mismo, y que se añadan a los actuales o les sustituyan. Las autoridades competentes de*

> *los Estados Contratantes se comunicarán mutuamente, a más tardar al final de cada año, las modificaciones sustanciales que se hayan introducido en sus respectivas legislaciones impositivas.*

Pues bien, dada la importancia de los impuestos citados en la normativa transcripta, el Paraguay se encuentra vinculado en casi la totalidad de sus impuestos vigentes, pues cuenta tan solo 8 tipos de ellos[11], de entre los cuales el cincuenta por ciento es aplicado al convenio para evitar la doble imposición suscripto con la República de Chile. En definitiva, el alcance en su aplicación para la República del Paraguay es de suma importancia dado la amplitud en su aplicación, razón suficiente para un análisis en pro y en contra de sus implicancias en la aplicación del Tratado.

2.4.4. Beneficios impositivos.

Los beneficios impositivos que el Paraguay pudiera obtener con la aplicación del convenio para prevenir la doble imposición internacional suscripto con la República de Chile, son visibles pero escasos. Así, el Paraguay, en principio se justificaría, cuando existan empresas o personas residentes en él, que realicen transacciones comerciales en Chile, siempre que no sea a través de un establecimiento permanente, definido por el artículo 5 del acuerdo suscripto. Si este fuera el caso, la empresa paraguaya será considera como una empresa situada en Chile, por tanto, sujeto a impuestos de ese país. En consecuencia, para que el Paraguay pueda acreditar un beneficio impositivo en razón del convenio suscripto con Chile, las transacciones comerciales realizadas en este ultimo Estado, no debe desplegarse a través de un establecimiento permanente. Caso contrario, Chile ejerce la potestad tributaria sobre los beneficios de tal establecimiento. Esta afirmación lo hago conforme a lo estipulado en el artículo 7, apartado 1, del convenio, en el que se establece claramente que los beneficios empresariales de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado. La normativa expresa lo siguiente:

[11] Los restantes impuesto vigentes en el Paraguay son: el Impuesto Inmobiliario, el Impuesto selectivo al consumo, el Impuesto a los actos y documentos; y, el Impuesto al Valor Agregado.

Beneficios Empresariales.

1. *Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza o ha realizado su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero sólo en la medida en que puedan atribuirse a ese establecimiento permanente.*

En fin, el beneficio impositivo que pudiera el Paraguay invocar, se encuentra sujeto al modo en que ejerciere la actividad empresarial en Chile. Siempre que no incurra en la definición de establecimiento permanente la actividad que despliege un residente en Paraguay, los beneficios o réditos obtenidos por el, solamente pueden ser gravados por este pais. Esta afirmación que realizo, deriva de la llamada regla de oro ya mencionada.

Por otro lado, el Paraguay, tras la suscripción del convenio con Chile, podría en principio verse beneficiado con las rentas obtenidas por empresas de Transportes Internacionales residentes en él. En efecto, las ganancias obtenidas por la empresa de transporte proveniente del extranjero, sea en la explotación de buques, aeronaves o vehículos terrestre, conforme al convenio suscripto, solamente deben someterse a imposición en Paraguay. Consecuentemente, si el convenio permite la imposición de rentas exógenas en el Estado donde la empresa se encuentra, es incuestionable el beneficio impositivo, pues el transporte internacional podría arrojar rentas de fuente chilena. Esta ventaja quebranta el principio jurisdiccional adoptado por el Paraguay, *territorialidad de la fuente*, pues conforme este, debería de gravar las rentas de fuentes paraguayas, como así mismo, modifica la renta presuntiva para los transporte internacionales. Estas reglas fueron expresamente modificadas por el artículo 8, numera 1. del convenio, el que quedó redactado de la siguiente forma:

Transporte Internacional.

1. *Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante procedentes de la explotación de buques, aeronaves o vehículos de transporte*

terrestre en tráfico internacional sólo puede someterse a imposición en ese Estado.

Aclaro, el beneficio impositivo que he puntualizado, no debe ser visto con tanta alegría, pues el Paraguay en razón de su legislación interna, y como consecuencia del convenio, podría a la vez sufrir sacrificios fiscales como consecuencia del transporte internacional, lo que será evidenciado más adelante.

Por otro lado, para las ganancias de capital, entendidas como aquellas que derivan de la venta de inmuebles, muebles, buques, aeronaves o vehículos terrestre, el Paraguay a raíz del convenio, se encuentra protegido en su potestad de imponer y cobrar tributos sobre las rentas derivadas de la ganancia de capital. Si bien la regla no es absoluta, el beneficio recae sobre determinados hechos. Esto puede ocurrir, conforme se verá con la redacción dada al artículo 13, de la siguiente forma:

Ganancia de capital.

1. *Las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga de la enajenación de bienes inmuebles situados en el otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en este último Estado.*
2. *Las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente que una empresa de un Estado Contratante tenga en el otro Estado Contratante, o de bienes muebles que pertenezcan a una base fija que un residente de un Estado Contratante tenga en el otro Estado Contratante para la prestación de servicios personales independientes, comprendidas las ganancias derivadas de la enajenación de este establecimiento permanente (sólo o con el conjunto de la empresa de la que forme parte) o de esta base fija, pueden someterse a imposición en ese otro Estado.*
3. *Las ganancias derivadas de la enajenación de buques, aeronaves o de vehículos de transporte terrestre explotados en tráfico internacional, o de bienes muebles afectos a la explotación de dichos buques, aeronaves o vehículos de transporte terrestre, sólo pueden someterse a imposición en el Estado Contratante donde resida el enajenante.*
4. *Las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga por la enajenación de títulos u otros derechos representativos del capital de*

una sociedad situados en el otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

5. *Las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien distinto de los mencionados en los párrafos precedentes de este último artículo sólo pueden someterse a imposición en el Estado Contratante en que resida el enajenante.*

El hecho de que el Estado paraguayo conserve su potestad tributaria sobre las rentas derivadas de la enajenación de bienes, reconoce el hecho en su ubicación y venta dentro de su territorio. Tal extremo responde al principio de territorialidad de la fuente ya incorporado por el Paraguay en su legislación interna. Así, se trata más bien de una ratificación de supuestos ya contemplados, que beneficios impositivos. Por el contrario, como se verá, el apartado 3. de la norma transcripta no resulta beneficioso al Paraguay, pues deriva la potestad de imponer tributo al Estado de residencia de la empresa de transporte que realice enajenaciones de bienes, supuesto que de no coincidir la residencia en el Paraguay, la imposición se vería afectada por este.

Por ultimo, el artículo 17 otorga facultad de imponer tributo a las rentas obtenidas por los Artistas y Deportistas dentro del Paraguay. Así, si un residente de Chile, siendo artista o deportista, obtenga renta derivada del ejercicio de sus actividades en el Paraguay, este último mantiene la potestad tributaria sobre tales ganancias. En definitiva, esta norma no resulta una novedad, pues la regla consagrada, se equipara al principio de fuente territorial ya admitido en la legislación paraguaya, lo que en definitiva implica una mera ratificación del principio paraguayo, que un beneficio impositivo propiamente dicho.

Las demás disposiciones incorporadas en el convenio para evitar la doble imposición internacional, suscripta con la República de Chile, no resultan tan beneficiosas para el Paraguay, pues los casos en que éste puede imponer su tributo sobre ganancias obtenidas en el extranjero resultan limitados. Las demás normativas no citadas, en su mayoría otorgan mayores beneficios fiscales a la República de Chile, quien adopta el criterio de renta mundial como principio de vinculación jurisdiccional hacia sus contribuyentes. Esta postura será desarrollada en el siguiente punto.

2.4.5. Sacrificios fiscales.

La suscripción de tratados tributarios, tiene un fundamento de política tributaria, de modo que cada Estado parte determine cuales beneficios fiscales pudiera acceder el Estado a raíz de los efectos de la suscripción de un tratado de tal envergadura. En el ámbito financiero, subsiste el principio de que la actividad económica aspira a la obtención de rentas. Pensar en inversiones que se traduzcan en perdidas en la actualidad, es inconcebible. Pues bien, con la suscripción del tratado para prevenir la doble imposición internacional firmado con la República de Chile, el Paraguay no ha tenido tal aspiración, pues fácilmente puede soportar sacrificios fiscales en razón de las inversiones hechas en él. Esto se verá a continuación.

La llamada regla de oro para los beneficios empresariales, prevista por el artículo 7 del convenio, determina que los réditos obtenidos por una empresa de un Estado Contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, salvo que la actividad empresarial sea desplegada por medio de un Establecimiento Permanente. En consecuencia, una empresa residente en Chile, puede obtener beneficios de fuente paraguaya, sin que la actividad empresarial sea desarrollada por un Establecimiento Permanente. Para que esta hipótesis sea demostrada, bastaría en realizar una actividad que no se encuadre dentro del concepto de Establecimiento Permanente, establecido en el artículo 5 del mismo convenio.

Para ilustrar esta postura, bastaría que una Empresa chilena preste servicios o asesorías en territorio paraguayo, por un lapso menor de 183 días en un año. Este supuesto, conforme al norma 7 del convenio, no se encuadraría como un Establecimiento Permanente. Por ende, los réditos obtenidos por la empresa chilena, solamente pueden ser gravados en la República de Chile, conforme a la regla de oro. En definitiva, si bien los servicios y/o asesorías chilenos realizados en el Paraguaya sería considerados de fuente interna atendiendo al principio de vinculación territorial con los contribuyentes, a raíz del tratado escapan de la potestad impositiva del país de la fuente, lo que en definitiva, implica un sacrificio fiscal.

Para la actividad de explotación de buques, aeronaves o vehículos de transporte terrestre, el peligro de otro sacrificio fiscal para la

República de Paraguay, es latente. Volviendo al convenio, en el artículo 8 se precisa que los beneficios de una empresa de un Estado Contratante, que realice las actividades de transporte descriptas, solamente pueden someterse a imposición en ese Estado. Este criterio es similar a la regla de oro para los beneficios empresariales. Así, si Chile obtiene réditos en el Paraguay, a raíz del embarque de personas, mercaderías, fletes, etc., tales beneficios solamente pueden ser gravados en aquel país. El sacrificio fiscal está en la no aplicación de la legislación tributaria interna del Paraguay, pues caso contrario, se gravarían en forma presuntiva las rentas derivadas de tales actividades. La norma tributaria interna paraguaya, en su artículo 5 y artículo 10, inciso b), de la Ley 125/91 y su correspondiente modificación Ley 2421/94, determinan que:

Art. N° 5°.- Fuente Paraguaya. Ultimo párrafo.

Los fletes internacionales será en un 50% (cincuenta por ciento) de fuente paraguaya cuando los mismos sean utilizados entre el Paraguay y Argentina, Bolivia, Brasil y Uruguay, y en un 30% (treinta por ciento), cuando se realicen entre el Paraguay y cualquier otro país no mencionado.

Art. N° 10°.- Rentas internacionales.

Las personas o entidades radicadas en el exterior, con o sin sucursales, agencias o establecimiento en el país que realicen actividades gravadas, determinarán sus rentas netas de fuente paraguaya, de acuerdo con los siguientes criterios, sin admitir prueba en contrario:

b) El 10% (diez por ciento) sobre el importe bruto proveniente de la realización de operaciones de pasajes, radiogramas, llamadas telefónicas, servicios de transmisión de audio y video, emisión y recepción de datos por Internet protocolo y otros servicios similares, que se presten tanto desde el país al exterior, así como aquellas operaciones y servicios proveídas desde el extranjero al territorio nacional.

A simple vista se observa el sacrificio fiscal que el Paraguay puede soportar si aplica el convenio, pues conforme a la prelación de normas contempladas por la Constitución Nacional, el convenio suscripto con la República de Chile, tiene preferencia sobre las normas nacionales del primero, por tanto, los réditos obtenidos deberán tributar en Chile, lo que

significa sustracción de dividas del Paraguay, con directo perjuicio a su caja fiscal.

Por otro lado, el peligro de perdida fiscal también puede ocurrir con el pago de los dividendos. El artículo 10 del convenio determina que cuando aquellos sean pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado, la imposición puede recaer en este último. Siendo así, el Estado en donde se generan los dividendos para los accionistas, pierde potestad impositiva sobre ellos, debiendo abonarse los impuestos sobre los dividendos, en el Estado de residencia de los beneficiarios. El panorama no resulta tan perjudicial, pues el propio artículo 10, determina una excepción a la regla, admitiendo la posibilidad de que los dividendos pueden ser gravados por el Estado de la fuente. Así, podrá gravarlos, pero establece límite al poder impositivo. Determinara el máximo de la tasa a ser aplicado, que es del 10% (diez por ciento) para el caso de que los dividendos sean gravados por el país de la fuente.

En definitiva, tanto la regla de imposición de los dividendos, como también la excepción, implicarían perdida fiscal para el Paraguay. Esta afirmación lo sostengo por la sencilla razón de que este país grava la distribución del dividendo para los accionistas. Por un lado impone una tasa del 5% (cinco por ciento) para la distribución a nivel local, y del 15% para la distribución fuera del país, o sea, cuando fueran remesados a beneficiarios domiciliados en el extranjero. En ambos supuestos, el Paraguay soporta perdidas fiscales, pues conforme al convenio, si se aplicara la primera parte del artículo 10, el Estado de la fuente no podría imponer tributo. Por el contrario, si acudimos a la excepción, por considerarla más ventajosa, el Paraguay no podrá sobrepasar la tasa del 10% (diez por ciento), al momento en que una empresa remese dividendos a Chile. Las afirmaciones que realizo se justifican por sí sola, pues la normativa impositiva paraguaya al regular estas circunstancias, trató de otorgar ventajas impositivas al fisco, lo que fue alterado por la suscripción del tratado con la República de Chile.

Para una apreciación mas objetiva, transcribo las normas paraguayas que gravan la distribución de los dividendos. En este sentido de la Ley dispuso que:

Art. N° 20°.- Tasas.

2) Cuando las utilidades fueren distribuidas, se aplicará adicionalmente la tasa del 5% (cinco por ciento) a partir del segundo año de vigencia de la presente Ley, sobre los importes netos acreditados o pagados, el que fuere anterior, al os dueños, socios o accionistas.

3) La casa matriz, sus socios o accionistas, domiciliados en el exterior deberán pagar el impuesto correspondiente a las utilidades o dividendos acreditadas por las sucursales, agencias o establecimientos situados en el país, aplicando la tasa del 15% (quince por ciento) sobre los importes netos acreditados, pagados o remesados, de ellos el que fuere anterior.

Con la mera lectura de las normas transcriptas, una vez más se evidencia la perdida fiscal que la República del Paraguay puede soportar, al momento de la distribución de los dividendos orinados en su territorio. Por un lado, si Chile decide gravarlos, yo no podrá hacerlo, y si decide gravar el Paraguay, no podrá sobrepasar la tasa fijada en el convenio. En ambos supuestos, incurre en pérdida fiscal.

Cuando se trata de renta financiera, *interés*, no existe diferencia con lo ya reglamentado por el convenio para los dividendos. Los intereses procedentes de un Estado contratante y pagados a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en este último Estado, respetando el mismo criterio ya explicado para los dividendos. Asimismo, este criterio también admite excepciones, las que se encuentran sujetas a tasas máximas que limitan el poder del Estado de donde proceden tales rentas financieras. El Paraguay considera de fuente territorial los intereses, comisiones, rendimientos o ganancias de capitales colocados en el exterior, cuando la entidad inversora o beneficiaria esté constituida o radicada en su territorio.

Otra perdida fiscal deriva de la aplicación del artículo 14 del convenio suscripto para evitar la doble imposición internacional. En este se reglamenta a cual Estado suscriptor le corresponde la potestad impositiva cuando se trata de servicios personales independientes. La norma determina que las rentas que una persona física o natural residente de un Estado Contratante obtenga por la prestación de servicios profesionales u otras actividades de carácter independiente, sólo pueden

someterse a imposición en ese Estado. Esta circunstancia admite excepciones. Así, cuando la persona que realiza el servicio o actividad tiene una base fija de la que disponga regularmente para tales desempeños, el Estado en donde se encuentra situada dicha base, ejerce la potestad impositiva sobre las rentas obtenidas, pero limitado a la parte atribuible a la base. Por otro lado, el Estado en el que se realiza el servicio o actividad, también podrá ejercer la potestad impositiva sobre las rentas derivadas de tales servicios personales, cuando el sujeto permanezca un total 183 días dentro de un periodo de un año, realizando dichos actos.

El sacrificio fiscal que el Paraguay pudiera sufrir en razón del artículo 14 del convenio, explicado en el párrafo anterior, podría surgir por el simple hecho de que en su territorio una persona física o natural preste servicios en él, sin la existencia de una base o, lo ejerza por un periodo inferior a los 183 días. En ambas conjetura, los réditos obtenidos en territorio paraguayo, por los servicios establecidos en la norma 14 del convenio, no podrán ser gravados por el Paraguaya. En este sentido, si algunos médicos, abogados, ingenieros, arquitectos, odontólogos o contadores, residentes en Chile, decidieran prestar servicios en el Paraguay, este quedará con las manos atadas sobre sus ganancias derivadas de los servicios prestados. Si bien el Paraguay aplicando su normativa interna gravaría tales ingresos personales por haber sido desarrollados dentro de su territorio nacional, por prelación del convenio suscripto, no podrá imponer tributos. Este impedimento subsiste siempre y cuando no se den las dos excepciones contemplada en el artículo 14, la existencia de una base o el transcurso del plazo.

Por otro lado, los métodos incorporados en el convenio para eliminar la doble imposición internacional, establecidos en el punto 2 del artículo 23 del instrumento, que en principio suena atractivo, resultan inaplicables para el Paraguay. Así, si un residente obtiene renta, que de acuerdo al convenio deba tributarse en Chile, podrá acreditar contra el impuesto paraguayo correspondiente a esas rentas los impuestos pagados en Chile, de acuerdo con las disposiciones aplicables de la legislación impositiva del Paraguay. Esta norma incorporada en el convenio, es un sinsentido para la política tributaria paraguaya, pues este Estado adopta el principio objetivo o de *fuente territorial* para con sus contribuyentes.

Así, si una persona o empresa obtiene rentas provenientes de Chile, que de acuerdo al convenio deba tributarse en Chile, en nada afecta al Paraguay, dado el criterio de vinculación de *fuente territorial* sustentado en su legislación interna. La circunstancia del crédito por impuesto como método para eliminar la doble imposición responde al principio de jurisdicción subjetivo o *renta mundial*. La afirmación que sostengo, deriva de que el *tax credit* solamente puede ser utilizado por aquellos países que tributan por la totalidad de su renta, y no por aquellos que limitan su potestad tributaria a los hechos generadores realizados en su territorio, conocido como *fuente territorial*. Si el Paraguay adoptara el criterio de renta mundial, podría invocar el crédito por el impuesto, lo que indudablemente importa un beneficio. La República del Paraguay en su artículo 2 y 5 de la Ley 125/91 y su modificación Ley 2421/04, ha adoptado el otro principio, por lo que el crédito por impuesto resulta falaz.

Otra falencia incorporada en el artículo 23 del convenio, es la posibilidad de que los contribuyentes residentes en el Paraguay, obtengan créditos por impuestos sobre los tributos pagado en Chile en concepto de posesión del patrimonio. El sistema de crédito por impuesto para los bienes raíces o sobre el patrimonio de contribuyentes paraguayos que paguen impuestos en Chile, nuevamente resulta ineficaz para la República del Paraguay. La razón de esta afirmación, como lo expuse más arriba, es que el Paraguay adopta el principio jurisdiccional objetivo, o sea, el de *territorialidad de la fuente*. Así, si un contribuyente residente en Paraguay, posee bienes en Chile y tributa en él, en nada afecta al primero, dado el principio jurisdiccional adoptado. Si bien resultará atractivo para los contribuyentes paraguayos el sistema de imputación de impuestos pagados en el extranjero, contra impuestos locales, resulta engañoso, pues en realidad la potestad impositiva del Paraguay se encuentra limitado a su territorio, y a nada más.

Si bien el presente trabajo no recae sobre un análisis detallado del convenio suscripto por el Paraguay y la República de Chile, sino más bien resaltar aquellos beneficios o sacrificios que pudieran surgir de su aplicación futura, lo que trato de evidenciar es el desconocimiento de criterios y principios básicos por parte de las autoridades paraguayas, al momento de suscribir el tratado con Chile. Las posibles pérdidas fiscales que pudiera soportar el fisco paraguayo, en las posibles hipótesis

descriptas más arriba, responde al desconocimiento de políticas tributarias admitidas actualmente en doctrina aplicada a los tratados tributarios amplios para prevenir la doble imposición internacional.

3. Conclusión.

Los tratados tributarios son aquellos instrumentos internacionales en el que dos o más Estados adoptan los criterios por los cuales canalizarán sus políticas tributarias para la solución del flagelo de la doble imposición internacional. Esta preocupación, sostengo, lo tienen los países que adoptan el principio *jurisdiccional subjetivo*, en cualquiera de sus especies, conocido con el nombre de *renta mundial*. El hecho de que el Estado obligue a sus contribuyentes al pago del impuesto sobre la totalidad de su renta, independientemente del lugar donde lo obtenga, deja latente el peligro de que algunas rentas de sus contribuyentes, sufra el fenómeno de la doble imposición.

El tratado tributario para prevenir la doble imposición suscripto con la República de Chile, en definitiva, beneficia al fisco de este, pues el principio de jurisdicción implementado por la Ley de Impuesto a la Renta de Chile, en su artículo 3, adopta el criterio de *renta mundial*, por lo que grava la totalidad de la renta de sus contribuyentes, sean que la fuente de ella este situada dentro del país o fuera de el. El tratado tributario denominado "*Convenio entre la República del Paraguay y la República de Chile para evitar la doble imposición y para prevenir la Evasión Fiscal en relación al impuesto a la Renta y al Patrimonio",* que sigue el modelo de la ONU, otorgan más beneficios impositivos al Fisco chileno, pues adopta el principio jurisdiccional subjetivo.

La República del Paraguay, adopta el criterio de *Fuente Territorial* conforme a su legislación impositiva interna, por lo que en principio no se encontrarían sus contribuyentes ante el riesgo de la doble imposición internacional. El hecho de que el Paraguay grave exclusivamente las rentas producidas dentro del límite de su jurisdicción, no perjudica a aquellos sujetos que obtengan rentas de fuente exógenas, debiendo en su caso, pagar los tributos en el país donde se genera. La circunstancia de que el Paraguay haya incorporado el criterio de renta territorial, no justicia la suscripción de tratados tributarios para prevenir la doble imposición.

El tratado tributario comentado en esta obra, fue suscripto por el Paraguay, atendiendo a su desconocimiento de los criterios para la suscripción de estos tipos de instrumentos internacionales. Pues en realidad, no posee tal necesidad dado el criterio de fuente territorial admitido en su legislación tributaria. El sujeto activo, en esta caso el estado Paraguayo, limita su potestad tributaria a su jurisdicción, por lo que resulta infundado suscribir tratados tributarios amplios. De ser así, dejaría libre la vía para que los otros países que poseen renta mundial, tal como ocurrió con la República de Chile, vengan a realizan inversiones al Paraguay, sin que los mismos sometan a tributo las rentas obtenidas en este ultimo.

4. Bibliografía.

- ATCHABAHIAN, Adolfo. Derecho Tributario Internacional. "*Tratado de Tributación"*. Tomo I. Volumen 2. Director Horacio A. Garcia Belsunce. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2003.
- CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Año 1992. Editorial Intercontinental. Asunción, 2003.
- CONVENCIÓN MODELO DE LA NACIONES UNIDAS SOBRE LA DOBLE TRIBUTACIÓN ENTRE PAÍSES DESARROLLADOS Y PAÍSES EN DESARROLLO. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales Internacionales. Naciones Unidas. Nueva York, 2002. Cuadernillo de material Bibliográfico. VII Curso Intensivos de Posgrado. Cuestiones actuales de Derecho Tributario. Facultad de Derecho UBA. Director Dr. Juan Esteban Urresti, Buenos Aires, 2007.
- Explicación realizada los días 17 y 18 por el Profesor Dr. Antonio Hugo Figueroa, en el marco del curso "*Cuestiones Actuales de Derecho Tributario*". VII Cursos Intensivos de Posgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, año 2007.
- FIGUEROA, Antonio Hugo. "*Doble imposición internacional*". Conferencia realizada en el IV Congreso Tributario. Mendoza, 1996.
- FIGUEROA, Antonio Hugo. "*La doble imposición internacional en los inicios del Siglo XXI*". Cuadernillo de material Bibliográfico. VII Curso Intensivos de Posgrado. Cuestiones actuales de Derecho Tributario. Facultad de Derecho UBA. Director Dr. Juan Esteban Urresti, Buenos Aires, 2007

- FIGUEROA, Antonio Hugo. "*Doble imposición internacional. Reflexiones generales sobre Principios Jurisdiccionales. Los modelos de Tratados y la Experiencia Argentina*". Cuadernillo de material Bibliográfico. VII Curso Intensivos de Posgrado. Cuestiones actuales de Derecho Tributario. Facultad de Derecho UBA. Director Dr. Juan Esteban Urresti, Buenos Aires, 2007
- JARACH, Dino. "*EL HECHO IMPONIBLE*" Teoría general del Derecho Tributario sustantivo. Editorial Abeledo-Perrot. Tercera Edición. Buenos Aires, 1996.
- JARACH, Dino. "Finanzas Públicas y Derecho Tributario". Editorial Abeledo-Perrot. Tercera Edición. Buenos Aires, 2003.
- LEY Nº 125/91 – *Nuevo Régimen Tributario*.
- LEY Nº 2421/04 – *De Reordenamiento Administrativo y de Adecuación Fiscal.*
- Ley N° 2956. "*Que aprueba el convenio entre la República del Paraguay y al República de Chile para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación al impuesto a la renta y al patrimonio, y su respectivo protocolo adicional*".
- MERSAN, Carlos A. "*Derecho Tributario*". Octava edición. Editora Litocolor. Asunción, 1997
- OECD: *Model Tax Concenction on Income and on Capital*, Condensed Version, 15 july 2005, Commitee on Fiscal Affairs. Cuadernillo de material Bibliográfico. VII Curso Intensivos de Posgrado. Cuestiones actuales de Derecho Tributario. Facultad de Derecho UBA. Director Dr. Juan Esteban Urresti, Buenos Aires, 2007.
- PEÑA VILLAMIL, Manuel. "*Derecho Tributario*". Tomo II. Editora Litocolor. Asunción, 1995
- RUOTI COSP, Nora Lucía. "Lecciones para cátedra de Derecho Tributario". Editorial Emprendimientos Nora Ruoti S.R.L. Asunción, 2006
- RUOTI COSP, Nora Lucía. "*Ley Nº 125/91 Nuevo Régimen Tributario – Ley Nº 2421/04 De Reordenamiento Administrativo y de Adecuación Fiscal*". Editora Emprendimientos Nora Ruoti S.R.L. Asunción, 2006.

5. Anexo.

Ley N° 2956.-

EL CONGRESO DE LA NACIÓN PARAGUAYA SANCIONA CON FUERZA DE LEY

Articulo 1°: Apruébase el Convenio entre la República del Paraguay y la República de Chile para evitar la Doble Imposición y para prevenir la Evasión Fiscal, en Relación al Impuesto a la Renta y al Patrimonio, y su respectivo Protocolo Adicional," firmado en la ciudad de Santiago, República de Chile, el 30 de agosto de 2005, cuyos textos son como sigue:

"CONVENIO ENTRE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY Y LA REPÚBLICA DE CHILE PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN Y PARA PREVENIR LA EVASIÓN FISCAL EN RELACIÓN AL IMPUESTO A LA RENTA Y AL PATRIMONIO"

La República del Paraguay y la República de Chile, deseando concluir un convenio para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y ala patrimonio;

A los efectos de estrechar sus relaciones por medio del estimulo a inversiones, fomentar los flujos comerciales bilaterales de comercio,

Han convenido lo siguiente:

CAPÍTULO I
AMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

Artículo 1
Personas Comprendidas

El presente Convenio se aplica a las personas residentes de uno o de ambos Estados Contratantes.

Artículo 2
Impuestos Comprendidos

1- Este Convenio se aplica a los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio exigible por cada uno de los Estados Contratantes.

2- Se consideran impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio los que gravan la totalidad de la renta o del patrimonio o cualquier parte de los mismos, incluidos los impuestos sobre las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles o inmuebles, así como los impuestos sobre las plusvalías.

3- Los impuestos actuales a los que se aplica este Convenio son, en particular:

a. en Chile, los impuestos establecidos en la "Ley sobre Impuesto a la Renta" (en adelante denominado "impuestos chilenos");

b. en Paraguay, los impuestos establecidos en la Ley sobre las rentas de Actividades Comerciales, Industriales o de Servicios, de las Actividades Agropecuarias, del Pequeño Contribuyente y del Servicio de Carácter Personal (en adelante denominados "impuestos paraguayos").

4- EL Convenio se aplicará igualmente a los impuestos de naturaleza idéntica o sustancialmente análoga e impuestos al patrimonio que se establezcan con posterioridad a la fecha de la firma del mismo, y que se añadan a los actuales o les sustituyan. Las autoridades competentes de los Estados Contratantes se comunicarán mutuamente, a más tardar al final de cada año, las modificaciones sustanciales que se hayan introducido en sus respectivas legislaciones impositivas.

CAPÏTULO II
DEFINICIONES

Artículo 3
Definiciones Generales

1- A los efectos de este Convenio, a menos que de su contexto se interfiera una interpretación diferente:

a. las expresiones "un Estado Contratante" y "el otro Estado Contratante" significan según lo requiera el contexto, la República del Paraguay o la República de Chile; en adelante Paraguay o Chile, respectivamente;

b. el término "persona" comprende las personas físicas o naturales, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas;

c. el término "sociedad" significa cualquier persona jurídica o cualquier entidad que se considere persona jurídica a efectos impositivos;

d. las expresiones "empresa de un Estado Contratante" y "empresa del otro Estado Contratante" significan, respectivamente, una empresa explotada por un residente de un Estado Contratante y una empresa explotada por un residente del otro Estado Contratante;

e. la expresión "trafico internacional" significa todo transporte efectuado por un buque, aeronave o por un vehículo de transporte terrestre explotado por una empresa de un Estado Contratante, salvo cuando dicho transporte se realice exclusivamente entre dos puntos situados en el otro Estado Contratante;

f. la expresión "autoridad competente" significa:

(i) en Chile, el Ministro de Hacienda o su representante autorizado;
(i) en Paraguay, el Ministro de Hacienda o su representante autorizado;

g. el termino "nacional" significa:

(i) cualquier persona física o natural que posea la nacionalidad de un Estado Contratante; o
(ii) cualquier persona jurídica o asociación constituida conforme a la legislación vigente de un Estado Contratante.

2- Para la aplicación del Convenio por un Estado Contratante, en cualquier momento, cualquier expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se interfiera una interpretación diferente, el significado que, en ese momento, le atribuya la Legislación de ese Estado relativa a los Impuestos que son objetos del Convenio,

prevaleciendo el significado atribuido por la Legislación impositiva sobre el que resultaría de otras ramas del Derecho de ese Estado.

Artículo 4
Residente

1- A los efectos de este Convenio, la expresión "residente de un Estado Contratante" significa toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección, lugar de constitución o cualquier otro criterio de naturaleza análoga e incluye también al propio Estado y a cualquier subdivisión política o autoridad local. Sin embargo, esta expresión no incluye a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado, o por el patrimonio situado en el mismo.

2- Cuando, en virtud de las disposiciones del párrafo 1, una persona natural sea residente de ambos Estados Contratantes, su situación se resolverá de la siguiente manera:

a) dicha persona será considerada residente solo del Estado donde tenga una vivienda permanente a su disposición; si tuviera permanente a su disposición en ambos Estados, se considerará residente solo del Estado con el que mantenga relaciones personales y económicas más estrechas (centro de intereses vitales);

b) si no pudiera determinarse el Estado en el que dicha persona tiene el centro de sus intereses vitales, o si ni tuviera una vivienda permanente a su disposición en ninguno de los Estados, se considerará residente solo del Estado donde viva habitualmente;

c) si viviera habitualmente en ambos estados, o no lo hiciera en ninguno de ellos, se considerará residente sólo del Estado del que sea nacional;

d) si fuera nacional de ambos Estados, o no lo fuera de ninguno de ellos, las autoridades competentes de los Estados Contratantes resolverán el caso mediante un procedimiento de acuerdo mutuo.

3- Cuando en virtud de las disposiciones del párrafo 1 una persona que no sea natural, sea residente de ambos Estados Contratantes, será considerada residente sólo del Estado de la que sea nacional de ambos Estados Contratantes, o no lo fuere de ninguno de ellos, los Estados Contratantes harán posible, mediante un procedimiento de acuerdo mutuo, por resolver el caso. En ausencia de acuerdo mutuo entre las autoridades competentes de los estados Contratantes, dicha persona no tendrá derecho a ninguno de los beneficios o exenciones impositivas contempladas por este Convenio.

Artículo 5
Establecimiento Permanente

1- A efectos de este Convenio, la expresión "establecimiento permanente" significa un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad.

2- La expresión "establecimiento permanente" comprende, en especial:
   a. las sedes de dirección;
   b. las sucursales,
   c. las oficinas;
   d. las fábricas;
   e. los talleres
   f. las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras o cualquier otro lugar en relación a la exploración o explotación de recursos naturales.

3- La expresión "establecimiento permanente" también incluye:

   a. una obra o proyecto de construcción, instalación o montaje y las actividades de supervisión relacionadas con ellos, pero solo cuando dicha obra, proyecto de construcción o actividad tenga una duración superior a seis meses;

   b. la prestación de servicios por parte de una empresa, incluidos los servicios de consultorías por intermedio de empleados u otras personas naturales encomendados por la empresa asociada a otra empresa para ese fin en el caso de que tales actividades prosigan en el país durante un periodo o periodos que en total sumen o

excedan de 183 días, dentro de un periodo cualquiera de doce meses.

A los efectos del calculo de los limites temporales a que se refiere este párrafo, las actividades realizadas por una empresa asociada a otra empresa en el sentido del Articulo 9, serán agregadas al periodo durante el cual son realizadas las actividades por la empresa de la que es asociada, si las actividades de ambas empresas son idénticas o sustancialmente similares o conectadas entre sí.

4- No obstante lo dispuesto anteriormente en este articulo, se considera que la expresión "establecimiento permanente" no incluye:

a. la utilización de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la empresa;

b. el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de almacenarlas, exponerlas o entregarlas;

c. el mantenimiento de un deposito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con único fin que sean transformadas por otra empresa;

d. el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con único fin de comprar bienes o mercancías, o de recoger información, para la empresa;

e. el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de hacer publicidad, suministrar información o realizar investigaciones científicas, que tengan carácter preparatorio o auxiliar para la empresa.

5- No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, cuando una persona, distinta de un agente independiente al que sea aplicable el párrafo 7, actue por cuenta de una empresa y ostente y ejerza habitualmente en un Estado Contratante poderes que le faculten para concluir contratos en nombre de la empresa, se considerará que esa empresa tiene un establecimiento permanente en ese Estado respecto de cualquiera de las actividades que dicha persona realice para la

empresa, a menos que las actividades de esa persona se limiten a las mencionadas en el párrafo 4 y que, de ser realizadas por medio de un lugar fijo de negocios, dicho lugar fijo de negocios no fuere considerado como un establecimiento permanente de acuerdo con las disposiciones de ese párrafo.

6- No obstante las disposiciones de este articulo, se considera que una empresa aseguradora residente de un Estado Contratante tiene, un establecimiento permanente en el otro Estado Contratante si recauda primas en el territorio de este otro Estado o si se asegura o reasegura riesgos situados en él por medio de un representante al que se aplica el párrafo 5 o por un agente independiente al que se aplique en el párrafo 7. Sin perjuicio de lo anterior, Chile y Paraguay pueden aplicar su impuesto sobre los pagos por concepto de pólizas de seguros emitidas por aseguradoras extranjeras.

Sin embargo, el impuesto no excederá de:

a. 3 por ciento del monto bruto de las primas en el caso de las pólizas de reaseguros;
b. 20 por ciento del monto bruto de las primas en el caso de todas las otras pólizas de seguro.

7- Salvo lo establecido en el párrafo 6, no se considera que una empresa tiene un establecimiento permanente en un Estado Contratante por el mero hecho de que realice sus actividades en ese Estado por medio de un corredor, un comisionista general o cualquier otro agente independiente, siempre que dichas personas actúen dentro del marco ordinario de su actividad, y que en sus relaciones comerciales o financieras con dichas empresas no se pacten o impongan condiciones aceptadas o impuestas que sean distintas de las generalmente acordadas por agentes independientes.

8- El hecho de que una sociedad residente de un Estado Contratante controle o sea controlada por una sociedad residente del otro Estado Contratante, o que realice actividades empresariales en ese otro Estado (ya sea por medio de una establecimiento permanente o de otra manera), no conviene por sí solo a cualquiera de estas sociedades en establecimiento permanente de la otra.

CAPÍTULO III
IMPOSICIÓN DE LAS RENTAS

Artículo 6
Rentas de Bienes Inmuebles

1- Las rentas que un residente de un Estado Contratante obtenga de bienes inmuebles (incluidas las rentas de explotaciones agrícolas o forestales) situados en el otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2- Para los efectos de este Convenio, la expresión “bienes inmuebles” tendrá el significado que le atribuya el derecho del Estado Contratante en que los bienes estén situados. Dicha expresión incluye en todo caso los bienes accesorios a los bienes inmuebles, el ganado y el equipo utilizado en explotaciones agrícolas y forestales, los derechos a los que sean aplicables las disposiciones de derecho general relativas a los bienes raíces, el usufructo de bienes inmuebles y el derecho a percibir pagos variables o fijos por la explotación o la concesión de la explotación de yacimiento minerales, fuentes y otros recursos naturales. Los buques y aeronaves no se considerarán bienes inmuebles.

3- Las disposiciones del párrafo 1 son aplicables a las rentas derivadas de la utilización directa, el arrendamiento o aparcería, así como cualquier otra forma de explotación de los bienes inmuebles.

4- Las disposiciones de los párrafos 1 y 3 se aplican igualmente a las rentas derivadas de los bienes inmuebles de una empresa y de los bienes inmuebles utilizados para la prestación de servicios personales independientes.

Artículo 7
Beneficios Empresariales

1- Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante solamente pueden someterse a imposición de ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la

empresa realiza o ha realizado su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero sólo en la medida en que puedan atribuirse a ese establecimiento permanente.

2- Sujeto a lo previsto en el párrafo 3, cuando una empresa de un Estado Contratante realice su actividad en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado Contratante se atribuirán a dicho establecimiento los beneficios que éste hubiera podido obtener de ser una empresa distinta y separada que realizase las mismas o similares actividades, en las mismas o similares condiciones y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente.

3- Para la determinación de los beneficios del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos necesarios en que se haya incurrido para la realización de los fines del establecimiento permanente, comprendidos los gastos de dirección y generales de administración para los mismos fines, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentre el establecimiento permanente como en otra parte.

4- Mientras sea usual en un Estado Contratante determinar los beneficios imputables a un establecimiento permanente sobre la base de un reparto de los beneficios totales de la empresa entre sus diversas partes, lo establecido en el párrafo 2 no impedirá que ese Estado Contratante determine de esta manera los beneficios imponibles; sin embargo, el método de reparto adoptado habrá de ser tal que el resultado sea conforme a los principios contenidos en este artículo.

5- No se atribuirá ningún beneficio a un establecimiento permanente por el mero hecho de que este compre bienes o mercancías para la empresa.

6- A efectos de los párrafos anteriores, los beneficios imputables al establecimiento permanente se calcularán cada año por el mismo método, a no ser que existan motivos válidos y suficientes para proceder de otra forma.

7- Cuando los beneficios comprendan rentas reguladas separadamente en otros artículos de este Convenio, las disposiciones de aquellos no quedarán afectadas por las de este artículo.

Artículo 8
Transporte Internacional

1- Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante procedentes de la explotación de buques, aeronaves o vehículos de transporte terrestre en tráfico internacional sólo pueden someterse a imposición en ese Estado.

2- Para los fines de este artículo:

a. el termino "beneficios" comprende los ingresos brutos que se deriven directamente de la explotación de buques, aeronaves o de vehículos de transporte terrestre en trafico internacional;

b. la expresión "explotación de buques, aeronaves o de vehículos de transporte terrestre" por una empresa, comprende también:

i) el fletamento o arrendamiento de buques, aeronaves o de vehículos su transporte terrestre, a casco desnudo;

ii) el arrendamiento de contenedores y equipo relacionado.

Siempre que dicho fletamento o arrendamiento sea accesorio a la explotación, por esa empresa, de buques, aeronaves o de vehículos de transporte terrestre en tráfico internacional.

3- Las disposiciones del párrafo 1 son también aplicables a los beneficios procedentes de la participación de un "pool", en una empresa mixta o en una agencia de explotación internacional.

Artículo 9
Empresas Asociadas

1- Cuando:

a. una empresa de un Estado Contratante participe directa o indirectamente en la dirección , el control o el capital de una empresa del otro Estado Contratante; o

b. unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado Contratante y de una empresa del otro Estado Contratante.

Y en uno y otro caso las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serian acordadas por empresas independientes, las rentas que habrían sido obtenidas por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en la renta de esa empresa y sometidas a imposición en consecuencia.

2- Cuando un Estado Contratante incluya en la renta de una empresa de ese Estado, y someta, en consecuencia, a imposición, la renta sobre la cual la empresa del otro Estado, y someta, en consecuencia, a imposición de ese otro Estado, y la renta así incluida es renta que habría sido realizada por la empresa del Estado mencionado en primer lugar si las condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido las que se hubieren convenido entre empresa independientes, ese otro Estado, si está de acuerdo que el ajuste efectuado por el Estado mencionado en primer lugar se justifica tanto en sí mismo como con respecto al monto, practicará el ajuste correspondiente de la cuantía del impuesto que ha percibido sobre esa renta. Para determinar dicho ajuste se tendrán en cuenta las demás disposiciones de este Convenio y las autoridades competentes de los Estados Contratantes se consultarán en caso necesario.

Artículo 10
Dividendos

1- Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado Contratante a un residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2- Dichos dividendos pueden también someterse a imposición en el Estado Contratante en que resida la sociedad que pague los dividendos y según la legislación de este Estado. Sin embargo, si el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente del otro Estado Contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del 10 por cierto del importe bruto de los dividendos.

Las disposiciones de este párrafo no afectan la imposición de la sociedad respecto de los beneficios con cargo a los que se paguen los dividendos.

Las disposiciones de este párrafo no limitarán la aplicación del impuesto adicional a pagar en Chile en la medida que el impuesto de primera categoría sea deducible contra el impuesto adicional.

3- El termino "dividendos" en el sentido de este articulo significa las rentas de las acciones u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como las rentas de los otros derechos sujetos al mismo régimen tributario que las rentas de las acciones por la legislación del Estado del que hace la distribución sea residente.

4- Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 no son aplicables si el beneficio efectivo de los dividendos residente la sociedad que paga los dividendos, una actividad empresarial a través de un establecimiento permanente situado allí, o presta en ese otro Estado unos servicios personales independientes por medio de una base fija situada allí, y la participación que genera los dividendos está vinculada efectivamente a dicho establecimiento permanente o base fija. En tal caso, son aplicables la disposiciones del Artículo 7 o del Artículo 14, según proceda.

5- Cuando una sociedad residente de un Estado Contratante obtenga beneficios o rentas procedentes del otro Estado Contratante, ese otro Estado no podrá exigir ningún impuesto sobre los dividendos pagados por la sociedad, salvo en la medida en que esos dividendos se paguen a un residente de ese otro Estado o la participación que genera los dividendos este vinculada efectivamente a un establecimiento permanente o a una base fija situados en ese otro Estado, ni someter los beneficios no distribuidos de la sociedad a un impuesto sobre los mismos, aunque los dividendos pagados o de los beneficios no distribuidos consistan, total o parcialmente, en beneficios o rentas procedentes de ese otro Estado.

6- Las disposiciones de ese artículo no se aplicarán si el propósito o uno de los principales propósitos de cualquier persona vinculada con la

creación o atribución de las acciones u otros derechos en relación con los cuales los dividendos se pagan, fuera el sacar ventajas de este artículo mediante tal creación o atribución.

Artículo 11
Intereses

1- Los intereses procedentes de un Estado Contratante y pagados a un residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2- Sin embargo, dichos intereses pueden también someterse a imposición en el otro Estado Contratante del que procedan y según la legislación de ese Estado, pero si el beneficiario efectivo es residente del otro Estado Contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder:

   a. 10 por ciento del importe bruto de los intereses derivados de préstamos otorgados por bancos y compañías de seguros, regulados por la legislación respectiva de cada país.

   b. 15 por ciento del importe bruto de los intereses en todos los demás casos.

3- El término "intereses", en el sentido de este artículo significa las rentas de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantía hipotecaria, y en particular, las rentas de valores públicos y las rentas de bonos y obligaciones, así como cualquiera otra renta que la legislación del Estado de donde procedan los intereses asimile a las rentas de las cantidades dadas en préstamo. Sin embargo, el término "interés" no incluye las rentas comprendidas en el Artículo 10.

4- Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 no son aplicables si el beneficiario efectivo de los intereses, residente de un Estado Contratante, realiza en el otro Estado Contratante, del que proceden los intereses, una actividad empresarial por medio de un establecimiento permanente situado allí, o presta unos servicios personales independientes por medio de una base fija situada allí, y el crédito que genera los intereses está vinculado efectivamente a dicho establecimiento

permanente o base fija. En tal caso, son aplicables las disposiciones del Artículo 7 o del Artículo 14, según proceda.

5- Los intereses se consideran procedentes de un Estado Contratante cuando el deudor sea residente del Estado Contratante, tenga en un Estado Contratante un establecimiento permanente o una base fija en relación con los cuales se haya contraído la deuda por la que se pagan los intereses se considerarán procedentes del Estado Contratante donde estén situados el establecimiento permanente o la base fija.

6- Cuando en razón de las relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo, o de las que uno y otro mantengan con terceros, el importe de los intereses que se paguen exceda, por cualquier motivo, el importe que hubieran convenido el deudor y el acreedor en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este artículo no se aplicarán más que a este último importe. En tal caso, la cuantía en exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado Contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones de este Convenio.

7- Las disposiciones de este artículo no se aplicarán si el propósito o uno de los principales propósitos de cualquier persona vinculada con la creación o atribución del crédito en relación al cual los intereses se pagan, fuera el sacar ventajas de este artículo mediante tal creación o atribución.

Artículo 12
Regalías

1- Las regalías procedentes de un Estado Contratante y pagadas a un residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2- Sin embargo, estas regalías pueden también someterse a imposición en el Estado Contratante del que procedan y de acuerdo con la legislación de este Estado, pero si el beneficiario efectivo es residente del otro Estado Contratante, el impuesto así exigido no puede exceder de 15 por ciento del importe bruto de las regalías.

3- El término "regalías" empleado en este artículo significa las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso o el derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas o películas, cintas y otros medios de reproducción de imagen y el sonido, las patentes, marcas, diseños o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos u otra propiedad intangible, o por el uso o derecho al uso de equipos industriales, comerciales o científicos, o por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas.

4- Las disposiciones de los párrafos 1 y 2, no son aplicables si el beneficiario efectivo de las regalías, residente de un Estado Contratante, realiza en el Estado Contratante del que proceden las regalías una actividad empresarial por medio de un establecimiento permanente situado allí, o presta servicios personales independientes por medio de una base fija situada allí, y el bien o el derecho por el que se pagan las regalías están vinculados efectivamente a dicho establecimiento permanente o base fija. En tal caso son aplicables las disposiciones del Artículo 7 o del artículo 14, según proceda.

5- Las regalías se consideran procedentes de un Estado Contratante cuando el deudor es un residente de ese Estado. Sin embargo, cuando quien paga las regalías, sea o no residente de un Estado Contratante, tenga en uno de los Estados Contratantes un establecimiento permanente o una base en uno de los Estados Contratantes.

6- Cuando en razón de las relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo, o de las que uno y otro mantengan con terceros, el importe de las regalías que se paguen, exceda por cualquier motivo del que habrían convenido el deudor y el beneficiario efectivo en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este artículo no se aplicarán más que a este último importe. En tal caso, la cuantía en exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado Contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones de este Convenio.

7- Las disposiciones de este artículo no se aplicarán si el propósito principal o uno de los principales propósitos de cualquier persona relacionada con la creación o atribución de derechos en relación a los

cuales las regalías se paguen, fuera el de sacar ventajas de este artículo mediante tal creación o atribución.

Artículo 13
Ganancias de Capital

1- Las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga de la enajenación de bienes inmuebles situados en el otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en este último Estado.

2- Las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente que una empresa de un Estado Contratante tenga en el otro Estado Contratante, o de bienes muebles que pertenezcan a una base fija que un residente de un Estado Contratante tenga en el otro Estado Contratante para la prestación de servicios personales independientes, comprendidas las ganancias de la enajenación de este establecimiento permanente (sólo o con el conjunto de la empresa de la que forme parte) o de esta base fija, pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

3- Las ganancias derivadas de la enajenación de buques, aeronaves o de vehículos de transporte terrestre explotados en tráfico internacional, o de bienes muebles afectados a la explotación de dichos buques, aeronaves o vehículos de transporte terrestre, sólo pueden someterse a imposición en el Estado Contratante donde resida el enajenante.

4- Las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga por la enajenación de títulos u otros derechos representativos del capital de una sociedad situados en el otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

5- Las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien distinto de los mencionados en los párrafos precedentes de este artículo sólo pueden someterse a imposición en el Estado Contratante en que resida el enajenante.

Artículo 14
Servicios Personales Independientes

1- Las rentas que una persona física o natural residente de un Estado Contratante obtenga por la prestación de servicios profesionales u otras actividades de carácter independiente sólo pueden someterse a imposición en este Estado Contratante. Sin embargo, esas rentas pueden también ser sometidas a imposición en el otro Estado Contratante:

   a. cuando dicha persona tenga en el otro Estado Contratante una base fija de la que disponga regularmente para el desempeño de sus actividades; en tal caso, sólo puede someterse a imposición en este otro Estado la parte de las rentas que sean atribuibles a dichas base fija;

   b. cuando dicha persona permanezca en el otro Estado Contratante por un periodo o periodos que en total suman o excedan 183 días, dentro de un periodo cualquiera de doce meses; en tal caso, sólo pueden someterse a imposición en este otro Estado la parte de la renta obtenida de las actividades desempeñadas por él en este otro Estado.

2- La expresión "servicios profesionales" comprende especialmente las actividades independientes de carácter científico, literario, artístico, educativo o pedagógico, así como las actividades independientes de médicos, abogados, ingenieros, arquitectos, odontólogos y contadores.

Artículo 15
Servicios Personales Dependientes

1- Sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 16, 18 y 19, los sueldos, salario y otras remuneraciones obtenidas por un residente de un Estado Contratante por razón de un empleo sólo pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que el empleo se realice en el otro Estado Contratante.
   Si el empleo se realiza de esa forma, las remuneraciones derivadas del mismo pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2- No obstante las disposiciones del párrafo 1, las remuneraciones obtenidas por un residente de un Estado Contratante en razón de un empleo realizado en el otro Estado Contratante se gravan exclusivamente en el primer Estado si:

a. el perceptor permanente en el otro Estado durante un periodo o periodos cuya duración no exceda en conjunto de 183 días en cualquier periodo de doce meses que comience o termine en el año tributario considerado;

b. las remuneraciones se pagan por, o en nombre de una persona empleadora que no sea residente del otro Estado;

c. las remuneraciones no se imputen a un establecimiento permanente o una base fija que una persona empleadora tenga en el otro Estado.

3- No obstante las disposiciones precedentes de este artículo, las remuneraciones obtenidas por un residente de un Estado Contratante por razón de un empleo realizado a bordo de un buque, aeronave o vehículo de transporte terrestre explotado en tráfico internacional sólo podrán someterse a imposición en ese Estado.

Artículo 16
Participación de Directores

Los honorarios de directores y otros pagos similares que un residente de un Estado Contratante obtenga como miembro de un directorio o de un órgano similar de una sociedad residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

Artículo 17
Artistas y Deportistas

1- No obstante lo dispuesto en los Artículo 14 y 15, las rentas que un residente de un Estado Contratante obtenga del ejercicio de sus actividades personales en el otro Estado Contratante en calidad de artista del espectáculo, tal como de teatro, cine, radio, o televisión, o músico, o como deportista, pueden someterse a imposición en ese

otro Estado. Las rentas a que se refiere este párrafo incluyen las rentas que dicho residente obtenga de cualquier actividad personal ejercida en el otro Estado Contratante relacionada con su renombre como artista del espectáculo o deportista.

2- No obstante lo dispuesto en los Artículos 7, 14 y 15, cuando las partes derivadas de las actividades personales de los artistas del espectáculo o de los deportistas, en ese calidad, se atribuyen no al propio artista del espectáculo o deportista sino a otra persona, dichas rentas pueden someterse a imposición en el Estado Contratante en que se realicen las actividades del artista del espectáculo o el deportista.

Artículo 18
Pensiones

1- Las pensiones procedentes de un Estado Contratante y pagadas a un residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en el Estado mencionado en primer lugar, pero el impuesto así exigido no podrá exceder del 15 por ciento del importe bruto de las pensiones.

2- Los alimentos y otros pagos de manutención efectuados a un residente de un Estado Contratante sólo serán sometidos a imposición en ese Estado si fueren deducibles para el pagador.

Artículo 19
Funciones Públicas

1- a. Los sueldos, salarios y otras remuneraciones, excluidas las pensiones, pagados por un Estado Contratante o por una de sus subdivisiones políticas o autoridades locales a una persona física o natural por razón de servicios prestados a ese Estado o a esa subdivisión o autoridad, sólo pueden someterse a imposición en ese Estado;

b. Sin embargo, dicho sueldos, salarios y otras remuneraciones sólo pueden someterse a imposición en el otro Estado Contratante si los servicios se prestan en ese Estado y la persona física o natural es un residente de ese Estado que:

(i) es nacional de ese Estado; o
(ii) no ha adquirido la condición de residente de ese Estado solamente para prestar los servicios.

2- Lo dispuesto en los Artículo 15, 16 y 17 se aplica a los sueldos, salarios y otras remuneraciones pagadas por razón de servicios prestados en el marco de una actividad empresarial realizada por un Estado Contratante o por una de sus subdivisiones políticas o autoridades locales.

Artículo 20
Estudiantes

Las cantidades que reciba para cubrir sus gastos de manutención, estudios o formación prácticas un estudiante, aprendiz o una persona en práctica que sea, o haya sido inmediatamente antes de llegar a un Estado Contratante, residente del otro Estado Contratante y que se encuentre en el Estado Contratante mencionado en primer lugar con el único fin de proseguir sus estudios o formación práctica, no pueden someterse a imposición en ese Estado siempre que procedan a fuentes situadas fuera de ese Estado.

Artículo 21
Otras Rentas

Las rentas de un residente de un Estado Contratante no mencionadas en los artículos anteriores de este Convenio y que provengan del otro Estado Contratante, también pueden someterse a imposición en ese Estado Contratante.

CAPÍTULO IV
IMPOSICIÓN DEL PATRIMONIO

Artículo 22
Patrimonio

1- El patrimonio constituido por bienes inmuebles, que posee un residente de un Estado Contratante y que esté situado en el otro Estado Contratante, puede someterse a imposición en ese otro Estado.

2- El patrimonio constituido por bienes muebles, que formen parte del activo de un establecimiento permanente que una empresa de un Estado Contratante tenga en el otro Estado Contratante, o por bienes muebles que pertenezcan a una base fija que un residente de un Estado Contratante disponga en el otro Estado Contratante para la prestación de servicios personales independientes, pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

3- El patrimonio constituido por buques, aeronaves o vehículos de transporte terrestre explotados en el tráfico internacional y por bienes muebles afectados a la explotación de tales buques, aeronaves o vehículos de transporte terrestre, sólo puede someterse a imposición en el Estado Contratante del cual la empresa que explota esos buques, aeronaves o vehículos de transporte terrestre es residente.

4- Todos los demás elementos del patrimonio de un residente de un Estado Contratante sólo pueden someterse a imposición en ese Estado.

CAPÍTULO V
METODOS PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

Artículo 23
Eliminación de la Doble Imposición

1. En Chile, la doble imposición se evitará de la manera siguiente:

   a. los residentes en Chile que obtengan rentas que, de acuerdo con las disposiciones de este Convenio, puedan someterse a imposición en Paraguay, podrán acreditar contra los impuestos chilenos correspondientes a esas rentas los impuestos pagados en Paraguay, de acuerdo con las disposiciones aplicables de la legislación chileno. Este párrafo se aplicará a todas las rentas tratadas en este Convenio.

   b. los residentes en Chile que poseen patrimonio, que de acuerdo a las disposiciones de este Convenio pueden someterse a imposición en Paraguay, podrán acreditar los impuestos pagados en Paraguay contra el impuesto chileno (si fuere aplicable) correspondiente a ese mismo patrimonio.

2. En Paraguay, la doble imposición se eliminará de la manera siguiente:

   a. los residentes en Paraguay que obtengan rentas que, de acuerdo con las disposiciones de este Convenio, puedan someterse a imposición en Chile, podrán acreditar contra los impuestos paraguayos correspondientes a esas rentas los impuestos pagados en Chile, de acuerdo con las disposiciones aplicables de la legislación paraguaya. Este párrafo se aplicará a todas las rentas tratadas en este Convenio;

   b. los residentes en Paraguay que poseen patrimonio, que de acuerdo a las disposiciones de este Convenio puede someterse a imposición en Chile, podrán acreditar los impuestos pagados en Chile contra el impuesto paraguayo (si fuere aplicable) correspondiente a ese mismo patrimonio.

3. Cuando de conformidad con cualquier disposición de este Convenio, las rentas obtenidas por un residente de un Estado Contratante o el patrimonio que éste posea estén exentos de imposición en ese Estado, ese Estado podrá sin embargo, tener en cuenta las rentas o el patrimonio exentos a efectos de calcular el importe del impuesto sobre las demás rentas o el patrimonio de dicho residente.

CAPÍTULO VI
DISPOSICIONES ESPECIALES

Artículo 24
No discriminación

1- Los nacionales de un Estado Contratante no serán sometidos en el otro Estado Contratante a ninguna imposición u obligación relativa a la misma que no se exija o que sea más gravosa que aquellas a las que estén o puedan estar sometidos los nacionales de ese otro Estado que se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia.

2- Los establecimientos permanentes que una empresa de un Estado Contratante tenga en el otro Estado Contratante no serán sometidos

en ese Estado a un imposición menos favorables que las empresas de ese otro Estado que realicen las mismas actividades.

3- Nada de lo establecido en este artículo podrá interpretarse en el sentido de obligar a un Estado Contratante a conceder a los residentes del otro Estado Contratante las deducciones personales, desgravaciones y reducciones impositivas que otorgue a sus propios residentes en consideración a su estado civil o cargas familiares.

4- Las sociedades que sean residentes de un Estado Contratante y cuyo capital esté, total o parcialmente, detentado o controlado, directa o indirectamente, por uno o varios residentes del otro Estado Contratante no estarán sometidas en el primer Estado a ninguna imposición obligación relativa a la misma que no se exija o sea más gravosa que aquéllas a las que estén o puedan estar sometidas las sociedades similares residentes del primer Estado cuyo capital esté, total o parcialmente, detentado o controlado, directa o indirectamente, por uno o varios residentes de un tercer Estado.

5- En este artículo, el término "imposición" se refiere a los impuestos que son objeto de este Convenio.

Artículo 25
Procedimiento de Acuerdo Mutuo

1- Cuando una persona considere que las medidas adoptadas por uno o por ambos Estado Contratantes implican o pueden implicar para ella una, imposición que no esté conforme con las disposiciones de este Convenio, con independencia de los recursos previstos por el derecho interno de esos Estados, podrán someter su caso a la autoridad competente del Estado Contratante del que sea residente o, si fuera aplicable el párrafo 1 del Artículo 24, a la del Estado Contratante del que sea nacional. El caso deberá plantearse dentro de los tres años siguientes a la primera notificación de la medida que implique una imposición no conforme a las disposiciones del Convenio.

2- Las autoridad competente, si la reclamación le parece fundada y si puede por sí misma encontrar una solución satisfactoria, hará lo

posible por resolver la cuestión mediante un procedimiento de acuerdo mutuo con la autoridad competente del otro Estado Contratante, a fin de evitar una imposición que no se ajuste a este Convenio.

3- Las autoridades competentes de los Estado Contratantes harán lo posible por resolver las dificultades o las dudas que plantee la interpretación o aplicación del Convenio mediante un procedimiento de acuerdo mutuo.

4- Las autoridades competentes de los Estados Contratantes podrán comunicarse directamente a fin de llegar a un acuerdo en el sentido de los párrafos anteriores.

5- Si surge una dificultad o duda acerca de la interpretación o aplicación de este Convenio, que no pueda ser resuelta por las autoridades competentes de los estados Contratante, el caso podrá, si las autoridades competentes lo acuerdan, ser sometido a arbitraje. El procedimiento será acordado entre los Estado Contratantes por medio de notas que serán intercambiadas a través de los canales diplomáticos.

Artículo 26
Intercambio de Información.

1- Las autoridades competentes de los Estados Contratante intercambiarán las informaciones necesarias para aplicar lo dispuesto en este Convenio, o en el derecho interno de los Estados Contratantes relativo a los impuestos comprendidos en el Convenio en la medida en que la imposición prevista en el mismo no sea contraria al Convenio, la que podrá ser utilizada para determinar el impuesto al valor agregado. El intercambio de información no se verá limitado por Artículo 1. Las informaciones recibidas por un Estado Contratante serán mantenidas en secreto en igual forma que las informaciones recibidas por un Estado Contratante serán mantenidas en secreto en igual forma que las informaciones obtenidas sobre la base del derecho interno de ese Estado y sólo se comunicarán a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y órganos administrativos) encargadas de la gestión o recaudación de los impuestos

establecidos por ese Estado, de los procedimientos declarativos o ejecutivos relativos a dichos impuestos, o de la resolución de los recursos relativos a los mismos. Dichas personas o autoridades sólo utilizarán estas informaciones para estos fines. Podrán revelar la información en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentenciad judiciales.

2- En ningún caso las disposiciones del párrafo 1 podrán interpretarse en el sentido de obligar a un Estado Contratante a:

a. adoptar medidas administrativas, contrarias a su legislación o práctica administrativa, o a las del otro Estado Contratante;

b. suministrar información que no se pueda obtener sobre la base de un propia legislación o en el ejercicio de su práctica administrativa normal, o de las del otro Estado Contratante;

c. suministrar información que revele secretos comerciales, industriales o profesionales, procedimientos comerciales o informaciones cuya comunicación sea contraria al orden público ("ordre public")

3- Cuando la información sea solicitada por un Estado Contratante de conformidad con ese artículo, el otro Estado Contratante obtendrá la información a que se refiere la solicitud den la misma forma como si se tratara de su propia imposición, sin importar el hecho de que este otro Estado, en ese momento, no requiera de tal información.

Artículo 27
Miembros de Misiones Diplomáticas y de Oficinas Consulares

Las disposiciones de este Convenio no afectarán a los privilegios fiscales de que disfruten los miembros de las misiones diplomáticas o de las representaciones consulares de acuerdo con los privilegios generales del derecho internacional o en virtud de las disposiciones de acuerdos especiales.

Artículos 28
Disposiciones Misceláneas

1- Nada en este Convenio podrá evitar la aplicación del derecho interno de alguno de los Estados Contratantes en relación a la tributación de rentas, beneficios, dividendos, ganancias o remesas de instituciones de inversión, o de fondos de cualquier tipo incluyendo los fondos de inversión y de pensiones o sus participantes, que sean residentes del otro Estado Contratante, siempre que dicha renta no someta a imposición de conformidad con las disposiciones de este Convenio.

2- Para los fines del párrafo 3 del Artículo XXII (Consulta) del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios, los Estados Contratantes acuerdan que, sin perjuicio de ese párrafo, cualquier disputa entre ellos respecto de sí una medida del ámbito de este Convenio, puede ser llevada ante el Consejo de Comercio de Servicio conforme a lo estipulado en dicho párrafo, pero sólo con el consentimiento de ambos Estados Contratantes. Cualquier duda sobre la interpretación de este párrafo será resuelta conforme el párrafo 3 del Artículo 25 o, en su caso de no llegar a acuerdo con arreglo a este procedimiento, conforme a cualquier otro procedimiento acordado por ambos Estados Contratantes.

3- Nada en este Convenio afectará la aplicación de las actuales disposiciones del D.L. 600 (Estatuto de la Inversión Extranjera) de la legislación chilena, conforme estén en vigor a la fecha de la firma de este Convenio y aún cuando fueren eventualmente modificadas sin alterar su principio general.

4- Considerando que el objetivo principal de este Convenio es evitar la doble imposición internacional, los Estados Contratantes acuerdan que en el evento de que:

   a. las disposiciones del convenio sean usadas de forma tal que otorguen beneficios no contemplado ni pretendidos por é; o

   b. si algunos de los Estado Contratantes modifica sustancialmente su sistema impositivo afectando significativamente las disposiciones del convenio, las autoridades competentes de los Estado

Contratantes deberán, en conformidad al procedimiento de acuerdo mutuo del artículo 25, recomendar modificaciones específicas al convenio para restablecer el equilibrio de los beneficios del mismo. Los Estados Contratantes además acuerdan que cualquiera de dichas recomendaciones será considera y discutida de manera expedita con miras a modificar el convenio en la medida en que sean necesario.

5- Nada en este convenio afectará la imposición en Chile de un residente en Paraguay, en relación a los beneficios atribuibles a un Establecimiento Permanente situado en Chile, tanto bajo el impuesto de primera categoría como el impuesto adicional, siempre que el impuesto de primera categoría sea deducible contra el impuesto adicional.

CAPÍTULO VII
DISPOSICIONES FINALES

Artículo 29
Entrada en vigor

1- Cada uno de los Estado Contratante notificará al otro, a través de los canales diplomáticos, el cumplimiento del procedimiento exigidos por su legislación para la entrada en vigor de este convenio. Este convenio estará en rigor en la fecha de recepción de la última notificación.

2- Las disposiciones del convenio se aplicarán:

a. en Chile, con respecto a los impuestos sobre las rentas que se obtengan y a las cantidades que se paguen, abonen en cuenta, se pongan a disposición o se contabilicen como gastos, a partir del primer día del mes de enero del año calendario inmediatamente siguiente a aquel en que el convenio entre en vigor;

b. en Paraguay, con respecto a los impuestos sobre las rentas que se obtengan y a las cantidades que se paguen abonen en cuenta, se pongan a disposición o se contabilicen como gastos, a partir del primer día del mes de enero del año calendario inmediatamente siguiente a aquel en que el convenio entre en vigor;

3- El Convenio entre la República del Paraguay y la República de Chile para evitar la doble tributación en relación con el transporte internacional aéreo y terrestre, concluido en Santiago de Chile el 20 de octubre de 1992, dejará de surtir efecto a partir de la fecha de la cual el presente Convenio entra en vigor respecto a los impuestos a los que se aplican, de acuerdo con este artículo.

Artículo 30
Denuncia.

1- Esta Convenio permanecerá en vigor indefinidamente, pero cualquier de los Estado Contratantes podrá, a más tardar el 30 de junio de cada año calendario posterior a aquél en que el Convenio entre en vigor, dar al otro Estado Contratante un aviso de término por escrito, a través de la vía diplomática.

2- Las disposiciones del Convenio dejarán de surtir efecto:

a. en Chile, con respecto a los impuestos sobre las rentas que se obtengan y a las cantidades que se paguen, abonen en cuenta, se pongan a disposición o se contabilicen como gastos, a partir del primer día del mes de enero del año calendario inmediatamente siguiente a aquel en que el convenio entre en vigor;

b. en Paraguay, con respecto a los impuestos sobre las rentas que se obtengan y a las cantidades que se paguen abonen en cuenta, se pongan a disposición o se contabilicen como gastos, a partir del primer día del mes de enero del año calendario inmediatamente siguiente a aquel en que el convenio entre en vigor;

EN FE DE LO CUAL, los signatarios, debidamente autorizados al efecto, han firmado este Convenio.

HECHO en Santiago de Chile, a los treinta días del mes de agosto del año dos mil cinco, en duplicado, siendo ambos textos igualmente auténticos.

POR LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY: Leila Rachid, Ministra de Relaciones Exteriores.

POR LA REPÚBLICA DE CHILE: Ignacio Walker, Ministro de Relaciones Exteriores.

PROTOCOLO DEL CONVENIO ENTRE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY Y LA REPUBLICA DE CHILE PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN Y PARA PREVENIR LA EVACIÓN FISCAL EN RELACIÓN AL IMPUESTO A LA RENTA Y AL PATRIMONIO.

Al momento de la firma del Convenio entre la República del Paraguay y la República de Chile para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio, los Signatarios han Convenido las siguientes disposiciones que forman parte integrante del presente Convenio.

Ad artículo 4

1- En el caso de Paraguay, el término "residente" incluye a cualquier persona natural de Paraguay que esta efectivamente sujeta a impuestos de acuerdo al sistema de imposición vigente en este país. El término residente también incluye a cualquier sociedad cuya actividad principalmente se desarrolla en Paraguay, que es residente de Paraguay y que está efectivamente sujeta a impuestos de acuerdo al sistema de imposición vigente en este país.

2- Un Estado Contratante conserva el derecho de someter a imposición, de conformidad con su legislación, las rentas procedentes de este Estado y obtenidas por un residente del otro Estado Contratante, cuya imposición se atribuye por el Convenio a este último Estado, pero que no están efectivamente sometidas a imposición por la legislación de este último Estado.

Ad artículo 5, párrafo 2, literal a)

Se entiende que la expresión "sedes de dirección" incluye al lugar de gestión práctica cotidiana, con independencia de donde se ejerza el control superior.

Ad artículos 11 y 12

Si Paraguay o Chile, concluyen después de la entrada de vigencia de este Convenio, un acuerdo o convenio con un tercer Estado, por el que acuerdan una tasa de impuesto sobre intereses o regalías que sea menor a

la dispuesta en este Convenio, "la menor tasa" se aplicará para los propósitos del párrafo 2 de los artículos 11 o 12 en forma automática, a los efectos de este Convenio y en los términos señalados en el acuerdo o convenio con ese tercer Estado. Esa "menor tasa" no podrá, en ningún caso ser inferior a la tasa mayor entre la tasa menor suscripta por Chile y la tasa menor por el Paraguay con terceros Estados.

Para los efectos de esta disposición, se entiende que Paraguay o Chile concluye un acuerdo o convenio con un tercer Estado cuando dicho acuerdo o convenio ha enterado den vigencia. La autoridad competente respectiva comunicará, sin demora, a la otra autoridad competente de cualquier tasa menor.

Derecho de
Propiedad Intelectual

VALORACIÓN DE LAS MARCAS FARMACÉUTICAS

Bioq. Ketty Véliz

RESUMEN:

El trabajo aborda la importancia de los activos intangibles y concretamente el de las marcas de fábrica y dentro de esta perspectiva particular, analiza la problemática de las marcas farmacéuticas

PALABRAS CLAVE:

MARCA - VALORACIÓN, ÁREA DEL DERECHO, PROPIEDAD INTELECTUAL, DERECHO INDUSTRIAL

ÍNDICE

1. Introducción.- 2. Las Marcas Como Activos Intangibles.- 3. Capital Intelectual.- 4. Importancia de Valorar el Capital Intelectual y sus Intangibles.- 5. Metodología de Valoración del Capital Intelectual y sus Activos Intangibles.- 6. Marcas Farmacéuticas.- 7. Conclusiones Generales.- 8.Bibliografía.

1. Introducción:

"Si una empresa vale lo que es capaz de generar para sus propietarios, un activo, sea tangible o intangible, vale lo que es capaz de generar para la empresa."[1]

Cuando se necesita valorar una empresa, muchos empresarios comienzan haciendo un inventario mental de los activos que tienen: una planta de tantos metros cuadrados, la maquinaria, la tecnología, unas oficinas modernas y renovadas, las instalaciones que costaron tanto…En un momento dado, sin embargo, llegan invariablemente a otro tipo de

[1] http://www.popapps.net/noticias/texto_evalora.mv?newsletter16+formulario

activos, a los que en ocasiones no saben bien cómo clasificar: know-how, reconocimiento de la marca farmacéutica en el mercado, las formulaciones, la investigación y desarrollo de sus principios activos, la relación personal con los clientes, etc. El concepto de valoración de los activos tangibles está claro, pero ¿y los denominados intangibles?

Sin embargo, si bien hay algunos activos no físicos de una empresa que no se deben nunca valorar aparte, puesto que no se van a poder transferir como tales (knowhow, calidad de la dirección de la empresa, etc.), sí existen otros que, en un momento dado, convendría valorar de forma independiente. Nos referimos, en general, al producto de I&D (Investigación y Desarrollo) de la empresa, que puede ser desde un proceso innovador y patentado hasta un software que puede aprovechar otra empresa, pasando por la propia marca del producto.

Las razones de la valoración pueden ir desde querer vender dicho activo intangible a un tercero, hasta querer saber cómo se ha revalorizado en el transcurso del tiempo aquella inversión que hizo el empresario en el desarrollo de dicho activo. En cualquier caso, se vayan o no a valorar aparte, en cualquier ejercicio de valoración de la empresa será importante conocer que dichos activos existen y cuáles son sus perspectivas de aportación de valor añadido a la empresa.

2. Las Marcas Como Activos Intangibles

"Las marcas tienen un valor económico incuestionable por lo que son factores que cada vez adquieren más fuerza como elementos de negociación". La controversia prevalece en cuanto a la manera de calcular el valor y al método de aplicación en los sistemas contables de la organización. Hemos visto en los últimos años que numerosas compañías de Estados Unidos, Australia, y Gran Bretaña han optado por incluir en sus balances la valoración de marcas en calidad de activos intangibles. El objeto ha sido fortalecer los estados financieros, primordialmente cuando se presentan batallas por una adquisición, lo cual refleja que para muchas organizaciones las marcas representan los activos intangibles más valiosos que adquieren relevancia ante la inminencia de traspaso de acciones.[2]

---

[2] CÉSPEDES (Marcia) *¿Cómo valorar las marcas de sus productos?* www.camarasantiago.com / infocamara / n35a6 / como_valorar_las_marcas_de_sus. htm

Ahora bien, desde hace algunos años, como consecuencia de la mayor competitividad existente, producto de la globalización de las transacciones comerciales, las marcas con las que las compañías designan a sus productos o servicios han adquirido un papel protagónico en el mercado, puesto que al haber aumentado considerablemente la competencia, hoy más que nunca la marca se presenta ante los ojos de consumidores y usuarios, como el signo identificatorio, que lo diferencia de la competencia. Ante esta nueva realidad, las distintas empresas comenzaron a ver a sus marcas como bienes muy preciados, lo que trajo aparejado no sólo que se las considerara contablemente, sino además de que se procediera a realizar grandes inversiones para que aquéllas adquirieran el mayor prestigio posible con el consiguiente aumento de su valor.[3]

No debemos dejar de lado que el proceso de crear y posesionar en el mercado, hoy día cada vez más globalizado, una marca, no es un trabajo sencillo; implica una gran dedicación unida a un trabajo continuo dedicado y que depende de inversiones millonarias en publicidad que va desde la escrita hasta la radial y televisiva, pasando por una gran diversidad de técnicas y estrategias para lograr posesionarla. Pero esta es la diferencia marcada entre los demás productos y las *marcas farmacéuticas,* las marcas farmacéuticas no pueden tener este tipo de publicidad, por varias razones:

- La primera es por la parte Legal. Las diferentes Leyes Ecuatorianas o extranjeras prohíben la publicidad de las drogas en medios "publicitarios", como es la prensa escrita, radial o televisiva. Solo las drogas consideras OTC, pueden tener este tipo de publicidad, debido a que no necesitan la prescripción médica respectiva.
- La segunda "seguridad del paciente". La segunda razón es la más contundente, no se debe influenciar al paciente a automedicarse, los riesgos son muy altos de alterar su cuadro patológico que puede terminar en su muerte

Este activo intangible que es la marca farmacéutica, genera a su vez otros activos intangibles de la propiedad intelectual como lo son las *licencias y las franquicias*. Tanto las licencias como las franquicias, generan otras alternativas de comercialización que constituyen la razón

[3] ETCHEVERRY (Marisa). *"El valor de las marcas".* Etcheverry. com/value_esp.htm

fundamental de desarrollo económico de la marca como activo intangible que es, pues produce altos ingresos como consecuencia de las royalties que hacen cada vez más indispensable determinar el valor real de la marca y en general de los activos intangibles de la propiedad intelectual.

"En la actualidad ya nadie duda que la lucha en el campo del marketing se centra en la competición y la batalla por el dominio real del mercado a través del posicionamiento de las marcas en los primeros puestos. En el futuro se augura una intensificación de esta lucha por lo que se espera que las compañías e inversiones reconocerán a la marca como el activo más valioso de la empresa. Siendo ello así, ya no basta con obtener una debida protección de las marcas, sino que además se necesita conocer su verdadero valor.

De este modo, las compañías farmacéuticas podrán, conocer el valor real de la empresa; establecer los niveles de licencias o franquicias; utilizar sus marcas como garantía de financiamiento y para cualquier otra operación relacionada con su actividad comercial. Asimismo, estarán en condiciones de conocer en forma acabada sobre la conveniencia o no de realizar las inversiones que serían necesarias para incrementar el valor de las marcas, puesto que del desarrollo que se logre de ellas dependerá que sus propietarios consigan instalarse en el mercado con una presencia privilegiada y, lo que es tal vez más difícil, mantenerse en ese nivel".[4]

Las marcas farmacéuticas dentro de los activos intangibles ha generado la existencia de un sin número de registros marcarios a nivel internacional. La razón consiste en la protección legal de esos activos como medio de evitar la piratería y establecer las acciones civiles y en algunos países también penales para aquellos que no observan el cumplimiento de la propiedad intelectual. En nuestro país se ampara por la ley de propiedad Intelectual, su reglamento y además la decisión 486 de la Comunidad Andina.

"El comercio tiende a ser generalmente mucho más dinámico y expedito que las leyes y que los procesos legales. La franquicia ha sido en la última década el modelo de crecimiento económico por excelencia en los países latinoamericanos y, en especial en Venezuela, se han visto

[4] ETCHEVERRY (Marisa), *op. cit*.

invadidos de un sinnúmero de franquicias que en la mayoría de los casos no cuentan con la protección legal adecuada.

Valorar una marca farmacéutica no es sólo una necesidad de su propietario, sino también de aquel que va a adquirirla de una u otra forma, así como a analizar el negocio desde el punto de vista del consumidor; a respaldar los intereses de la empresa en activos intangibles, alrededor del cual giran los mayores intereses de los accionistas, y a cuantificar el valor del activo más seguro que tenga la empresa".[5]

Las marcas farmacéuticas no poseen una vida económicamente estable, duradera y predecible por eternidad. Por el contrario encontramos que las marcas varían en el tiempo y requieren ser mantenidas. Es claro que hasta las mejores y más reconocidas marcas comerciales deben estar continuamente en mantenimiento, por ejemplo la ASPIRINA, necesita seguir vigente por medio de publicidad. Esto requiere continuas inversiones de trabajo y capital.

Además, las marcas farmacéuticas, ocurre que, hoy puede que una droga sea la primera vendida mundialmente, pero; en pocos días se descubre otra droga, que no presenta efectos secundarios muy nocivos, que es más efectiva en el tratamiento. Y la primera cae, del mercado porque la segunda le superó totalmente.

Las marcas farmacéuticas pueden morir con un producto si están tan identificadas con él, que no puedan ser desplegadas de nuevo. Es claro, por ello, que no son, por su naturaleza, eternas. Las marcas farmacéuticas cambian. Nuestra percepción es que muy pocas marcas farmacéuticas han existido sin cambios por mucho tiempo, aunque si existen.

Al invertir en publicidad en una marca, se está generando un nuevo intangible de la propiedad intelectual que es la imagen de marca farmacéutica. Esta tendrá más valor en la medida en que esté posesionada en un mercado (médico, farmacia, paciente), la marca farmacéutica debe mantener sus atributos positivos, estos lugares de expendios autorizados únicamente son las Farmacias.

---

[5] JONSON (John) y otros. *Cuánto vale el valor*. http//www.producto.com/ve/productos/obtención.

La marca farmacéutica como tal tendrá larga vida como bien intangible en la medida en la que ésta mantenga sus cualidades que son seguridad y eficacia y a los retos de la competencia. Cada valor de imagen de marca farmacéutica dependerá del presupuesto invertido en mercadeo y publicidad para su nacimiento, y posicionamiento en la mente del médico prescritor y la aceptación fisiológica del paciente. Entre mayor sea el grado de aceptación de una marca farmacéutica mayor puede ser las ventas obtenidas y mayor será el valor de imagen de marca farmacéutica como bien intangible, pero respaldado por buenas proyecciones de ventas si se administra y usa esa marca farmacéutica de la forma más conveniente en términos de mercado.

Un nuevo concepto de publicidad de las *Marcas Farmacéuticas*, es presentar un cambio de paradigmas en la forma de publicitarse generando nuevos activos intangibles en sí mismos como lo es la *publicidad, calidad, la seguridad y eficacia,* pero que constituyen además un plusvalor para otros activos intangibles de la propiedad intelectual como lo es la marca propiamente dicha así como su utilización tanto dentro como fuera del país, por medio de franquicias y el pago de royalties.

Sin embargo crear una marca farmacéutica y posicionarla en el mercado no es tarea fácil. En efecto, ante la infinidad de variedad de productos que se ofrecen en el mercado los que se incrementan día a día en forma considerable, las inversiones que suponen la creación y el desarrollo de una marca farmacéutica para designar un producto o servicio que se quiera ofrecer, es cada día más costosa. Si, además, se pretende un liderazgo de ese producto o servicio en el mercado las sumas que las empresas deben desembolsar se multiplican varias veces, puesto que la estrategias de marketing y publicidad idóneas, para tal fin requieren inversiones millonarias y un período que muchas veces es muy largo, Y si a todo ello se le suma que alrededor del 20% de las marcas farmacéuticas nuevas en el mercado, muchas veces aparece como un hecho lógico que las compañías prefieran comprar una marca o/y una empresa con marcas farmacéuticas establecidas. Pero, para ello, es indispensable contar con métodos que permitan establecer cuál es el valor real de la marca farmacéutica, el que en la mayoría de los casos supera con creces el valor que representan los activos de la empresa en bienes tangibles. Como ejemplo, se pueden dar entre muchos otros:

- La compañía farmacéutica Bristol Myers Squibb (BMS) adquiere los laboratorios franceses DuPont Pharma por 7.800 millones de dólares, DuPont Pharma facturó en el 2000 una cifra de ventas que alcanzó los 1.500 millones de dólares. BMS recuerda que DuPont Pharma posee *una cartera de productos en los que se encuentra el antirretroviral Sustiva (efavirenz), un inhibidor de la transcriptasa inversa no nucleósido que se encuentra entre los más avanzados de esta familia de fármacos. Asimismo posee el Coumadin (warfarina) y Carliotide, un radiofármaco cardiovascular de referencia*. Por otra parte, DuPont Pharma está llevando a cabo ensayos clínicos de un inhibidor oral de la coagulación sanguínea indicado para la trombosis, así como un novedoso agente para el tratamiento de la depresión y la ansiedad. Otros principios activos sobre el que esta compañía farmacéutica ha volcado sus inversiones son un estrógeno selectivo receptor-modulador para el tratamiento del cáncer de mama, un agente celular asociado con enfermedades inflamatorias, así como un receptor-modulador para el tratamiento de la obesidad. Según los términos del acuerdo, BMS pagará 7.800 millones de dólares en efectivo a DuPont. [6]

3. CAPITAL INTELECTUAL

Cuando nos referimos al concepto de capital intelectual sentimos que nos acercamos cada vez más a una traducción monetaria de la propiedad intelectual, y efectivamente así es. En el Ejemplo anterior de BMS, existen unos estudios clínicos en proceso… se está tomando en cuenta un nuevo medicamento que todavía no se sabe si puede ser comercializado, pero existen estudios que confirman que puede ser un gran producto. Bajo este concepto se unen aquellos activos intangibles de la empresa que no se encuentran reflejados en los estados financieros y contables pero que conforman entre sí, un todo que produce un plus valor que conlleva a que ese activo intangible tenga un mayor valor que si se encontrara por separado y valorado en forma individual e independiente.

"El conocimiento organizativo se mide a través de capital intelectual de la organización. Para la empresa *sueca Skandia* (pionera en el

[6] Jano On-line y agencias. 22/06/2001 09:30

desarrollo de herramientas de medición de activos intangibles) el capital intelectual es "la posesión de conocimientos, experiencia aplicada, tecnología organizacional, relaciones con clientes y destrezas profesionales que dan a Skandia una ventaja competitiva en el mercado".

El capital intelectual ayuda a explicar la diferencia entre el valor de mercado y el valor en libros de la empresa porque el capital intelectual no se incluye en las cuentas financieras.

El valor total del mercado de la empresa está formado por el patrimonio visible tangible más tres tipos de activos intangibles, *la estructura interna* (la organización), *la estructura externa* (los clientes), *y las capacidades* (las personas), de modo que el valor del mercado de la empresa se puede interpretar como un reflejo directo del balance invisible".[7]

El capital intelectual no es nada nuevo, sino que ha estado presente desde el momento en que el primer vendedor (visitador) estableció una buena relación con el cliente (médico). Lo que ha sucedido en el transcurso de las dos últimas décadas es una explosión en determinadas áreas técnicas, incluyendo los medios de comunicación, la tecnología de la información y las comunicaciones, que nos ha proporcionado nuevas herramientas con las que hemos edificado una economía global. [8]Con el término capital intelectual se hace referencia a la activación de activos inmateriales que permite funcionar a la empresa.[9]

Y es ahí precisamente donde encontramos lo fundamental del capital intelectual toda vez que el concepto de capital intelectual es más amplio que el de activo intangible de propiedad intelectual. Es nuestro criterio que el capital intelectual está compuesto por activos intangibles en donde la suma de esos activos intangibles produce un mayor capital intelectual que se traduce en mayor valor contable y económico no sólo de la propiedad intelectual sino de la empresa como un todo dueña del capital intelectual y sus intangibles[10].

---

7 ORDÓÑEZ DE PABLOS (Patricia), *op. cit*.

8 BROOKING (Anie). *El capital intelectual.* Ediciones Paidós Ibérica. España, 1997, pp. 25-26.

9 BROOKING (Anie). *El capital intelectual.* Ediciones Paidós Ibérica. España, 1997, pp. 25-26.

10 BROOKING (Anie). *El capital intelectual.* Ediciones Paidós Ibérica. España, 1997, pp. 25-26.

El capital intelectual está formado, por una parte, del saber y la experiencia de los empleados y, por otra, de determinados hechos cualitativos, siempre basados en la información y el conocimiento. Los activos derivados de la información, entendidos como elementos capaces de generar rentas, tienen carácter inmaterial o naturaleza "intangible". No se trata de objetos, como maquinaria e instalaciones, ni derechos, como concesiones administrativas o los saldos de deudores, sino promesas, expectativas o probabilidades de beneficios futuros. Tanto los intangibles debidos a empleados como a directivos representan una parte de su conocimiento que, por su carácter específico en relación con la empresa, les ha sido "expropiado", por ésta, quien se verá en disposición de activarlo, en alguno de los siguientes conceptos: recurso humano y capital intelectual.[11]

En general podemos decir que el capital intelectual no es un concepto estricto, cerrado, por el contrario es un concepto amplio, dinámico, cambiante, innovador, selectivo que motiva el calificarlo de *apertus* pues en el futuro podemos considerar como capital intelectual conceptos e intangibles que hoy día no aceptamos o concebimos como tales.

Veamos un ejemplo para ilustrar lo *apertus* y cambiante del concepto.

La información que hace no mucho se consideró un factor productivo, determinante en procesos como la valoración de carteras o de la propia empresa, se convierte al amparo de un paradigma teórico emergente, en un recurso específico susceptible de ser capitalizado y, por tanto, digno de ser valorado como parte de la empresa. La solución al problema de valoración del conocimiento se entiende necesariamente aproximativa, debido a que este tipo de activos está basado, en muchas ocasiones, en acuerdos informales. La información puede ser estudiada como coste o como activo, o clasificarse, desde el primer punto de vista, en función del origen, el grado de registro o el fenómeno a que se refiere; como activo, puede dividirse en humano, organizativo, tecnológico o relacional.[12]

---

[11] GALINDO. www.eumed.net/cursecon/colaboraciones/Galindo-empresa-A.htm
[12] GALINDO. www.eumed.net/cursecon/colaboraciones/Galindo-empresa-A.htm

4. IMPORTANCIA DE VALORAR EL CAPITAL INTELECTUAL Y SUS INTANGIBLES[1]

Aunque la valoración del capital intelectual es una actividad que se realiza durante muchos años, lo cierto es que sólo se utiliza cuando se juzga necesariamente a efectos de venta o bien cuando es objeto de algún tipo de garantía. El hecho de que una parte muy importante de los activos sean inmateriales no significa que no haya que asignarles un valor. Entre las diversas razones que justifican la valoración del capital intelectual figuran las siguientes:

- ✓ Que los gestores sepan donde reside el valor de la empresa.
- ✓ Disponer de una unidad de medida para calcular el éxito y el crecimiento.
- ✓ Como fundamento para obtener financiación o préstamos.

La pregunta fundamental que debemos hacernos es: ¿Por qué es importante valorar los intangibles?, cuya respuesta es: porque constituyen una verdadera ventaja comparativa. Bill Gates, el magnate de Microsoft dice: "nuestros activos principales, que son nuestros software y nuestras habilidades para desarrollar los mismos, no son en absoluto mostrados por el balance general".[13]

"Existen otros dos supuestos que toman de trascendental importancia la correcta valoración de marcas farmacéuticas. En efecto, tal conocimiento suministra una seguridad a los futuros *cash flows*. Para poder planificar adecuadamente, invertir y continuar el desarrollo de un negocio, se necesita cierta "seguridad". Siendo ello así, resulta claro que las marcas juegan un rol estratégico en un gran número de empresas; *ergo* la valoración también se justifica, por el alto costo que requiere el desarrollo de una marca y por ello el alto riesgo que se le asocia a dicho desarrollo, tal como fue dicho *"supra"*.

Además, establecer el valor es útil en casos de absorción de compañías o de constitución de "joint ventures".[14]

---

[13] WONG CAM (Davis) www.docentes.uo. edu.pe/DWong/ La_ verdadera_ ventaja_competitiva_los_intangibles.htm

[14] ETCHEVERRY (Marisa), *op. cit*.

Es precisamente en las fusiones de compañías farmacéuticas en donde nos damos cuenta de cuán importante es la valoración del capital intelectual y de sus activos intangibles, pues ello permite poner a prueba los distintos tipos de valoración para justificar entre las partes contratantes y tomando en cuenta el precio de mercado de sus acciones en bolsa, cuánta cantidad de dinero debe cancelar una a la otra para perfeccionar esa fusión. En ese momento cuando realmente vemos el valor asignado a sus activos intangibles y en ese momento cuando aparecen reflejados en sus balances con montos millonarios en especial las marcas y las franquicias. Un ejemplo de este caso:

La compañía multinacional de Schering – Plough que desarrolló la droga llamada EZETIMIBE, su terapéutica es antihipercolesterolémica se unió con la *compañía multinacional de Merck Sharp & Dohme*, que descubrió la droga SIMVASTATINA, ambas tienen un convenio en vender en combinación o en asociación las drogas Ezetimibe + Simvastatina, porque su efecto se potencializa y son más efectivos que de manera individual, su droga se vende con la marca *VYTORIN*

"En Gran Bretaña y en Australia las reglas contables establecen que las empresas incorporen en los libros el fondo del comercio por adquisición, lo que lleva a acelerar la controversia. Las cantidades pagadas por sobre el valor de los activos identificables es considerada como pérdida sin que medie un activo compensatorio, esto ha generado grandes pérdidas para las empresas. Las compañías británicas han protestado capitalizando sus marcas farmacéuticas adquiridas basándose en que no representaban fondo de comercio sino activos identificables. El debate iniciado en Gran Bretaña afecta a las compañías en el mundo entero, aún cuando los principios contables de muchos países no permitan la capitalización de las marcas farmacéuticas.

Con respecto a la amortización, en febrero de 1990 el Comité Británico de Principios Contables (BASC), propuso amortizar las marcas adquiridas en veinte años, y cuarenta años para casos especiales. Nada se dijo con relación a aquellas marcas desarrolladas internacionalmente. En los Estados Unidos la amortización del fondo de comercio no puede superar los cuarenta años. Por el momento no existen principios para la amortización de los valores de la marca, pero sí existen precedentes para aquellas marcas adquiridas de terceros que puedan contabilizarse como activos.

No obstante lo dicho con relación a este método, la valorización de las marcas farmacéuticas y su incorporación al balance continuará siendo un tema de debate en los próximos años. Es muy posible que los principios contables restrinjan su práctica sólo a aquellas marcas farmacéuticas comparadas. A largo plazo seguramente se asistirá a un replanteo profundo de las prácticas contables con impacto internacional.[15]

La transferencia de tecnología presenta un panorama ideal para llevar a cabo la valoración del capital intelectual como un todo pues constituye el escenario idóneo para registros contables, económicos y de forma legal en el país receptor del capital intelectual dentro de los balances financieros. El país receptor con el afán de atraer esa transferencia de tecnología promueve incentivos fiscales y tributarios muy atractivos.

"En ese sentido, uno de los aspectos a destacar, por la incidencia en la determinación de los rendimientos de la inversión, es la carga tributaria al que están sujetas las sociedades. Lógicamente que los inversionistas buscan formas de asociación y de materializar sus transacciones cada vez más audaces, con el propósito fundamental de reducir el imparto que en sus beneficios generan los esquemas de tributación impuestos por cada estado. Así las empresas multinacionales, caracterizadas por estar estructuradas por una pluralidad de empresas subsidiarias unas de otras y ubicadas en dos o más países, frecuentemente utilizan la práctica de traslado de beneficios de un estado a otro, en donde la tasa efectiva del impuesto a los beneficios sea menor. No obstante, ese tipo de prácticas pueden ir en franco detrimento del fisco de un determinado país, constituyéndose en simples mecanismos de evasión fiscal. Tal es el caso de la práctica denominada por la doctrina económica y tributaria internacional como fijación de precios de transferencia.

Los precios de transferencia constituyen precios fijados por empresas relacionadas en las transacciones efectuadas entre ellas, con el propósito fundamental del traslado de beneficios de una empresa a otra ubicada en un país con menor presión tributaria de manera que permita maximizar el rendimiento de la inversión del grupo. En tal definición coincide la doctrina: "Precio de transferencia es la práctica de fijar el

[15] ETCHEVERRY (Marisa), *op. cit.*

precio de los bienes y servicios que se transfieren entre varios países para los efectos de trasladar (junto con el bien o servicio) utilidades y pérdidas entre dos o más sociedades"[16]

5. METODOLOGÍA DE VALORACIÓN DEL CAPITAL INTELECTUAL Y SUS ACTIVOS INTANGIBLES[1]

La valoración del capital intelectual y sus intangibles es normalmente muy subjetivo aún cuando se utilizan diversos métodos que en muchos casos son excluyentes entre sí por cuanto dependiendo del método utilizado se podía llegar a valoraciones diferentes para un mismo intangible.

"En el proceso de valoración de empresas se pueden utilizar muchos modelos dependiendo del sujeto que valora y la finalidad con que lo hace. Sin entrar en discernir cuáles son las virtudes e inconvenientes de cada uno de ellos, se acepta como más idóneos los basados en descuentos de flujos económicos. Con independencia de modelo que se utilice, en todo proceso de valoración, se necesitan fuentes de información lo más objetivas posibles acerca de la empresa, a fin de comparar con un eventual precio de mercado el valor que ésta pueda tener para cada sujeto decidor, ya sea en mercados organizados o en la negociación privada. No es en la búsqueda y tratamiento de dicha información donde entra en juego la situación o interés de cada agente (comprador potencial o vendedor), sino en la posterior formulación de métodos valorativos donde se utilizará de un modo u otro las cantidades objetivamente obtenidas. Así pues, antes de aplicar cualquier método de valoración hará falta cuantificar una serie de circunstancias referentes a la empresa, unas más cuantitativas que otras y muchas de ellas, además, en forma prospectiva. Si el trascendental proceso de cuantificación, cualquiera de las pretenciosas fórmulas de valoración de empresas o de acciones no deja de ser una entelequia. Es más, los métodos considerados teóricamente más adecuados son los que más padecen la dificultad de estimar las variables de que constan. Para todos y cada uno de los modelos formulados, sus

[16] SOTELDO SILVA (Carolina) Consideraciones acerca del precio de transferencia y sus efectos en materia tributaria. http:// noticiasjurídicas .com/areas/35-Derecho_20Fiscal,_20Financiero_20y_20tributario/10-Art_EDeulos/199910-transferencia.htm

detractores han objetado como principal inconveniente la dificultad de concretar las estimaciones o las mediciones de hechos cualitativos. La escasez de información es la principal causa de la imperfección en los mercados y la consecuencia, a su vez de imperfecciones en los mercados en que se adquiere".[17]

La información es el elemento fundamental que debe existir en todo proceso de valoración de capital intelectual. Esos datos o información facilitan el trabajo de valoración por cuanto son indispensables para el perito a la hora de materializar un monto económico del intangible concreto. La información la podemos clasificar en dos grandes grupos a saber: Fuentes directas e indirectas.

a) Fuentes de información directas

Tenemos entonces que las fuentes de información directas "son las que se obtienen directamente de la empresa objeto de la valoración:

"El análisis de las cuentas anuales es, de las fuentes internas, las que más se utilizan, tanto por compradores como vendedores, exceptuando algunos casos de inversiones particulares en acciones, ante ofertas públicas de venta. En general el carácter reglamentado de dichos documentos les confiere gran objetividad y, sobre todo una publicidad garantizada, aunque no exenta de costes para interesados externos. Permiten entre otras operaciones el análisis de la cuenta de deudores (solventes, insolventes, dudoso cobro, etc.), la consulta de los saldos y características de los depósitos mantenidos en bancos y cajas de ahorro, para clasificarlos en función de su disponibilidad inmediata".[18]

b) Fuentes de información indirectas

Las fuentes indirectas, son otorgadas por sujetos o elementos externos a la propia empresa objeto de la valoración.

"En la valoración de activos y empresas, los modelos de cálculo más sencillos, basados en masas patrimoniales, son considerados también los

[17] GALINDO, *op. cit*.
[18] IDEM

más incorrectos, por no considerar como activos los intangibles. Los modelos basados en el valor actual de los flujos futuros de renta son más idóneos, desde el punto de vista teórico, aunque son también los menos exactos, pues dependen de la estimación, en términos probabilísticas de dichas corrientes, así como de la tasa de descuento para cada período."[19]

"Valorar el conocimiento no es como valorar otros bienes. La realización de contratos implícitos, el seguimiento de su grado de cumplimiento, el diagnóstico de su éxito, etc., implica necesariamente incurrir en costes de información y en estudios o adquisiciones de experiencia potencialmente activable. Por tanto, la valoración del capital intelectual padece el mismo problema que la de cualquier otro elemento y además, ahora la información utilizada no constituye netamente un coste que deteriore el valor medido, sino que puede suponer una inversión que se sume al importe de lo que se está valorando, en caso de que sea susceptible de ser utilizada en posteriores procesos valorativos.

Por otra parte, la utilización de información también puede consistir en el uso y consiguiente depreciación de un activo intangible, distinto de aquel que se está valorando. En definitiva, la variable medible, a efectos de su valoración, es función de la que se utiliza para medirla".[20]

También existe complejidad al valorar dependiendo del tipo de método que utilicemos para efectuar la medición y en especial hay quienes sostienen que el método contable es inapropiado para valorar los intangibles.

"El análisis contable es inadecuado para valorar los intangibles, éstos les son incómodos a los contables. La contabilidad debido a su lógica mercantil y tributaria, se guía por principios como el conservador, que valoriza sólo lo que razonablemente es medible. No obstante, esto conlleva a la contabilidad a no registrar factores relevantes de una empresa, como son los intangibles. La contabilidad mide con una perfecta exactitud, pero equivoca el objeto a medir. En lugar de medir el núcleo de la empresa, mide su sombra. Un ejemplo de este principio de prudencia

[19] GALINDO, *op. cit*.
[20] GALINDO, *op. cit*.

es el hecho que la marca Coca Cola, en agosto de 1994, fue valorada en US$ 36.000 millones cuando la contabilidad sólo le reconocía US$ 600 millones".[21]

6. Marcas Farmacéuticas

En las marcas farmacéuticas existen pequeñas diferencias en la metodología para crear, darle a conocer y sembrar en el mercado una marca.

1. *Crear una marca Farmacéutica.-* El crear una marca farmacéutica antes se realizaba por el nombre genérico Tradicionalmente los nombres de marcas farmacéuticas eran derivados de los compuestos genéricos. Esto las identificaba como seguras, serias y efectivas, pero llevaba a una "sopa de letras" o nombres de marcas que sonaban similares. Reaccionando a esta situación, *Interbrand* recomendó que el nuevo nombre se diferenciara de la masa de productos que sonaban parecido, de una manera original y que se pudiera registrar, de modo que debería ser corto, preciso, simple y distinto.
2. *Publicitar las marcas.-* Las marcas farmacéuticas no pueden ser publicitadas por medios publicitarios, como por ejemplo la televisión, la radio, Internet, propagandas, etc. Debido a que por seguridad del paciente, el paciente no puedo automedicarse y poner en peligro su vida. La excepción son los medicamentos OTC (sin prescripción médica), que son medicamentos que pueden ser publicitados con ciertas exigencias de parte del Ministerio de Salud Pública y las respectivas Leyes Ecuatorianas.
3. *Posesionar una marca.-* Cómo se puede posesionar una marca farmacéutica en el mercado, la publicidad se realiza a los médicos, con lanzamientos, donde se da conferencias de médicos que han realizado estudios clínicos de la drogas, con información y los datos de prueba, con el registro sanitario que emite el Inquieta Pérez. Después de las diferentes prescripciones que realiza el médico, él y sus pacientes son los que determinan si la droga cumple o no cumple con la terapéutica, y se establece un balance se seguridad e inocuidad y por ende esto conlleva a vender más en el mercado.

[21] WONG CAM (Davis), *op. cit*.

En el mercado farmacéutico podemos realizar estudios a futuros de ciertas drogas, que por su crecimiento en ventas se convierten en drogas BLUCKBUSTER, como las siguientes:

Rank 2004	Product name	2004 sales ($ in millions)	% Change from 2003	Company	Primary disease/medical use	First approval date (launch date if approval date not available)
1	Lipitor	10,862	17.7	Pfizer	Cholesterol	Dec. 17, 1996
2	Zocor	5,197	3.7	Merck & Co.	Cholesterol	Dec. 23, 1991
3	Advair/Seretide	4,503	24.0	GlaxoSmithKline	Asthma	Nov. 23, 1999/Sept. 7, 1998
4	Norvasc	4,463	2.9	Pfizer	Hypertension	July 31, 1992
5	Zyprexa	4,420	3.3	Eli Lilly	Schizophrenia	Sept. 27, 1996
6	Nexium	3,883	17.6	AstraZeneca	Gastrointestinal disorders	March 1, 2000
7	Procrit/Eprex	3,589	(9.9)	Johnson & Johnson	Anemia	Dec. 31, 1990/May 4, 1995
8	Zoloft	3,361	7.8	Pfizer	Depression	Dec. 30, 1991
9	Effexor	3,347	23.4	Wyeth	Depression	Dec. 28, 1993
10	Plavix	3,327	34.9	Bristol-Myers Squibb	Thrombotic events	Nov. 17, 1997

Fuente: simple 2004.

En la gráfica anterior, la droga que ocupa el primer lugar en ventas mundiales es LIPITOR, con un porcentaje de cambio en el 2004 del 17.7%, esta droga va seguir creciendo son los pronósticos de las diferentes agencias de mercadeo.

Esta marca tiene un valor intangible, no solo por lo que vende, sino también porque alrededor de ella se encuentra la seguridad de los pacientes al consumirla, el valor intangible que ellos le dan y los médicos al prescribirla.

7. CONCLUSIONES GENERALES

1. Se puede concluir que la valoración del capital intelectual y sus activos intangibles obedece a múltiples razones. Entre ellas: valorar la empresa; fortalecer los estados financieros para obtener financiamientos de pasivos o capital de trabajo; vender o comprar la marca individualmente; cuantificar el valor de una licencia o franquicia, en fin, conocer a ciencia cierta la situación financiera de la compañía. Las estrategias gerenciales establecen los objetivos a seguir y determinar la razón principal para determinar el valor de una marca farmacéutica, sin despreciar los efectos colaterales de dicha valoración, los cuales pueden ser tanto o más importantes que la decisión de la gerencia.

2. Es por ello que "la valoración de cualquier empresa no puede estar en función sólo del beneficio y de un mercado sino que hay que tener en cuenta otros factores sociales, tales como la "riqueza creadora" y "el valor añadido" que aporta a la sociedad, siempre desde una perspectiva temporal dilatada.

3. Los factores analizados normalmente son[22]:
   - La naturaleza del patrimonio
   - Antecedentes
   - Perspectivas de la economía general y del sector correspondiente
   - Oportunidades de crecimiento
   - La tendencia histórica de los beneficios y el potencial de beneficios futuros
   - Nivel de explotación actual existente, y su correspondencia con las rentas obtenidas.
   - La historia financiera
   - El riesgo implicado en la inversión, relacionado con la estabilidad de las ganancias
   - La estructura del capital
   - La competencia y el potencial de mercado
   - El nivel tecnológico
   - La estructura humana
   - Puntos fuertes y débiles"[23]

4. Para el tratadista Carlos Alberto Arroyo del Río, la "observancia funcional es la determinante del valor de los activos intangibles, pues constituye un concepto basado en el hecho de que un bien intelectual alcanza si íntegro valor de mercado solamente cuando es capaz de contribuir con las ganancias de dicho negocio, y cuando dichas ganancias pueden proveer una tasa de retorno razonable. Esta obsolescencia refleja el efecto de factores que se encuentran fuera del bien en sí mismo, esto quiere decir que el valor de mercado de un activo puede ser significantemente degradado con base en la economía del negocio sobre el cual existe, a su capacidad de generar beneficios y al hecho de que estos activos intangibles tienen poca funcionalidad en un ámbito diferente al negocio en que se

[22] www.servicom.es/valoracion_global/
[23] www.servicom.es/valoracion_global/

desarrollan. Por ejemplo, el valor de un bien intelectual dentro de un proceso de liquidación (ya existe la necesidad de rematarlo) o venta de un negocio que genera pérdidas (en el cual importan más los bienes tangibles), necesariamente será inferior a aquel obtenido para celebrar contratos de licencia (ya que su éxito garantiza beneficios económicos) o presentarlo como garantía para un préstamo, precisamente por constituir un bien valioso".[24]

- Los activos intangibles se han convertido rápidamente en el bien más importante de las empresas y corporaciones, pero a su vez esto requiere de investigaciones e inversiones de cientos de miles y a veces de millones de dólares estadounidenses para crearlos.
- El capital intelectual es un concepto mucho más amplio que el concepto de activo intangible y eso se debe a que el capital intelectual está compuesto por activos intangibles que unidos entre sí moldean el concepto de capital intelectual.
- La valoración del capital intelectual y sus intangibles es fundamental por lo que debe ser correcta, justa, ni sobrevalorarla ni tampoco omitir su valor real, pues ello contribuiría a no tener diseccionado adecuadamente el mercado y negocio de los intangibles dentro del capital intelectual, en especial en la propiedad intelectual como un todo.
- El valor intangible que una empresa farmacéutica debe pesar y es difícil de evaluar es los "investigadores de nuevas drogas", este personal es valioso para una empresa farmacéutica, porque dependiendo de la capacidad, conocimientos que ellos tengan para "crear" una nueva droga, es la base para que la empresa surja y crezcan sus inventarios en nuevos productos por ende nuevas marcas farmacéuticas.
- Las marcas farmacéuticas para posesionarse al mercado deben ser seguras, ser eficaz, y sobre todo no deben tener segundos usos nocivos. Porque este último factor, por más que la droga sea efectiva y segura el paciente no la va a consumir y el médico tendrá que buscar otra alternativa similar.

[24] ARROYO DEL RÍO (Carlos Alberto). *Valoración de la propiedad industrial.* www.producto.com/ve/productos/valoración.html

8. BIBLIOGRAFÍA

1. ARROYO DEL RÍO (Carlos Alberto). *Valoración de la propiedad industrial.* www.producto.com/ve/productos/valoración.html
2. BROOKING (Anie). *El capital intelectual.* Ediciones Paidós Ibérica. España. 1997.
3. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho de Patentes de Invención*.
4. Tomo I, Primera Edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta SRL, 2001.
5. CÉSPEDES (Marcia). *¿Cómo valorar las marcas de sus productos?* www.camarasantiago.com/infocamara/n35a6/como_valorar_las_marcas_ de_sus. htm
6. GALINDO.www.eumed.net/cursecon/colaboraciones/Galindo-empresa-A.htm JONSON (John) y otros. *Cuánto vale el valor*. http// www.producto. com/ve/productos/obtención.
7. LIPSZYC, Delia. *Derechos de autor y derechos conexos*. Ediciones
8. OTAMENDI, Jorge. *Derecho de Marcas*. Tercera edición, Buenos AiresArgentina, Editorial Abeledo-Perrot S.A., 1999.
9. ORDÓÑEZ DE PABLOS (Patricia) http://www.injef.com/revista/empresas/pop991217.htm
10. SANINT (Luis R.) http//www.flar.org/edit4.htm

Instrucciones para la presentación de los artículos

1. Los artículos serán enviados en formato electrónico (archivo de Word o compatible) por correo electrónico a asose@gye.satnet.net o bien en disquete a 9 de Octubre 2009 y Los Ríos, Edif.. El Marqués, piso 4, Ofic. 401, dirigidos al Dr. Armando Serrano Carrión.

2. La extensión de los trabajos, en principio, no superará los 70.000 caracteres (25 páginas máximo). La Redacción considerará las situaciones excepcionales.

3. La página 1 deberá contener la siguiente información:

   - Nombre del autor.
   - Título de artículo.
   - Un resumen del artículo (alrededor de 100 palabras).
   - Referencia curricular de hasta 30 palabras, que será presentada en nota a pie de página mediante un asterisco (*) junto al nombre del autor.
   - Dirección electrónica del autor, que se publicará.
   - Los eventuales agradecimientos, aclaraciones o comentarios sobre el origen del texto se incluirán en nota a pie de página mediante dos asteriscos (**) junto al título del artículo.

4. Las citas bibliográficas podrán incluirse en notas al pie o bien utilizar el sistema autor-año con las referencias en una bibliografía al final. Deberán contener los siguientes elementos:

   - Libros: Nombre y apellido del autor; título del libreo (en cursiva); ciudad, editorial y año de publicación (si la edición consultada no es la primera, conviene indicarlo); página(s) de donde se tomó la cita.
     EJEMPLO:
     THOMAS Hobbes: *Leviatán*, Madrid: Alianza Universidad, 1993 (1651).

   - Artículos o capítulos de libros: Nombre y apellido del autor; título del artículo o capítulo (entre comillas); ciudad, editorial y año de publicación.

- Artículos de publicaciones periódicas: Nombre y apellido del autor; título del artículo; nombre de la revista o periódico; número; institución editora y/o ciudad (si resultan necesarios para identificar la publicación), fecha.

- Recursos de Internet: Nombre y apellido del autor (si el texto está firmado); si se trata de una parte de una obra mayor, nombre de la parte (entre comillas); nombre del sitio web o de la obra (en cursiva); dirección electrónica (entre comillas angulares o signos de mayor y menor); fecha de consulta.