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

2009/26

Director
Dr. Armando Serrano

Revista # 26
Carrera de Derecho
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil
www.ucsg.edu.ec.

Colaboración: Revista Jurídica
Apartado Postal 090111526
0904671
Guayaquil – Ecuador

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

UNIVERSIDAD 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 Vera
Directora de Carrera de Trabajo Social

Dr. Ernesto Salcedo Verduga (+)
Profesor Representante Principal ante Consejo Directivo

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

Ab. Ma. Mercedes Ceprián Haz
Coordinadora Administrativa

Ab. Taryn Almeida Delgado
Coordinadora Académica

Sr. John Arias Izquierdo
Presidente Asociación de Estudiantes Carrera de 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 — ECUATORIANO
- DR. JAVIER ZAVALA EGAS — ECUATORIANO
- DR. ROBERTO GÓMEZ-LINCE ORDEÑANA — ECUATORIANO

MENSAJE DEL DECANO

Partimos de la concepción de que las instituciones de educación son una herramienta social privilegiada para el desarrollo humano a través del conocimiento. Bajo esa premisa hemos procurado siempre que nuestra labor no solo se limite a la preparación profesional de nuestros estudiantes, sino que también contribuya a la investigación y la creación del nuevo derecho vinculándolo siempre con los intereses generales de la sociedad.

La Revista Jurídica que acertadamente dirige el Profesor Armando Serrano, se inscribe en el propósito anteriormente señalado, dando cabida en forma pluralista a las contribuciones académicas de prestigiosos profesores nacionales y extranjeros, lo que ha consolidado su prestigio a lo largo de 19 años ininterrumpidos de presencia, para consulta del foro nacional e internacional.

El extraordinario éxito que ha tenido la versión electrónica de la Revista Jurídica, que al momento cuenta con 700.000 visitas mensuales, es decir un promedio de 25.000 visitas diarias, evidencia el prestigio internacional merecidamente alcanzado.

Estamos convencidos que los 21 artículos que se publican en la presente edición coadyuvarán no sólo a la actualización del conocimiento, sino también a la reflexión jurídica, suscitando el interés por investigar más profundamente la temática desarrollada en ellos, único mecanismo idóneo para alcanzar el permanente progreso de la ciencia jurídica.

El primer artículo que se publica en este número trata de "EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA" y fue escrito por nuestro recordado profesor el DOCTOR ERNESTO SALCEDO VERDUGA, recientemente fallecido. Que sirvan estas últimas palabras mías para rendir justo homenaje al maestro universitario y tratadista del derecho que honró la cátedra y el foro ecuatoriano y para dedicar, el presente número, con la anuencia del Señor Director de la Revista Jurídica, a la memoria del Profesor Ernesto Salcedo Verduga.

Guayaquil, agosto de 2009

Dr. Iván Castro Patiño
DECANO

NOTA DEL DIRECTOR

Con enorme satisfacción, debo compartir con todos que, nuestra querida Revista Jurídica, hoy se encuentra debidamente indexada en el folio 14532 de Latindex, considerada como una de las organizaciones Internacionales más reputadas en la acreditación de registros científicos para América Latina, El Caribe, España y Portugal. Esfuerzo que debemos acreditárselos y agradecérselos al Dr. Carlos Salmon Alvear, quien ha efectuado todas las gestiones necesarias para ese propósito.

En el presente número, se han incorporado una cantidad enorme de artículos jurídicos que están orientados, sobretodo, a traer a la mesa de la discusión de la Academia, temas totalmente actualizados, fruto de la renovación jurídica que está experimentando nuestro país. La orbita constitucional ocupa una posición prioritaria e importante y por ello, los temas que sobre la materia encontramos en esta edición. En materia tributaria, también tenemos una producción abundante en la que se denota una profunda preocupación por la aplicación de las disposiciones materiales y formales remozadas. Debo destacar de manera especial, el artículo proporcionado por el profesor de la Universidad de Santiago de Compostella, del Dr. César García Novoa, que se refiere al polémico tema de la Declaración Patrimonial en el Ecuador, basado en los antecedentes y experiencia española, en donde ya se fijó tales obligaciones tributarias y en consideración a sus experiencias, finalmente, se derogó al concluir el ejercicio del 2008.

Me permito destacar también, el artículo suscrito por nuestro querido y recordado amigo el Dr. Ernesto Salcedo Verduga, quien nos entregó "El arbitraje internacional y la contratación administrativa". Días después se produjo si fatal despedida, sin que esto signifique que no será motivo de permanente recuerdo el profesional, honesto, vertical e íntegro en el ejercicio de su profesión, y al permanente amigo, siempre dispuesto a servir.

Reiteramos nuestro profundo propósito de que la Revista Jurídica sirva de instrumento de estudio y actualización para estudiantes,

profesionales y estudiosos del Derecho, y a su vez, reiterar una invitación para que los profesionales de nuestra facultad, de manera especial, escriban y aprovechen la magnífica oportunidad que nos brinda la ocasión de encontrarnos con ordenamientos jurídicos frescos que invitan al análisis y al comentario.

Atentamente,

Dr. Armando Serrano Carrión
DIRECTOR DE LA REVISTA JURÍDICA

ÍNDICE GENERAL

Mensaje del **DECANO** …….. **9**

Nota de la **Dirección** ……. 11

DERECHO ARBITRAL

El Arbitraje Internacional y la Contratación Administrativa.
Dr. Ernesto SALCEDO VERDUGA ……..…… 19

Algunas Consideraciones sobre el Procedimiento Abreviado.
Mauro Arturo RIVERA LEÓN ……..… 31

DERECHO PENAL

La Teoría de la Participación.
Dr. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL …….. 55

Aproximación Victimológica al Conflicto Penal.
Ab. Fernando YAVAR UMPIÉRREZ…….. 69

El Error de Prohibición: Institución Necesaria en la Legislación Penal Ecuatoriana.
Ab. Pedro CEBALLOS PATIÑO …….. 81

La Cosa Juzgada y el Principio Nom Bis In Dem en el Derecho Procesal Penal.
Dr. Eduardo FRANCO LOOR ……..… 117

Los Ataques contra los Sistemas Informáticos: Conducta de Hacking. Cuestiones Político-Criminales.
María Ángeles RUEDA MARTÍN ……..…….… 157

El Delito de Ordenador.
Daniel Ernesto PEÑA LABRIN ……..… 195

Internacionalización del Derecho Penal y de la Política Criminal: Algunas Reflexiones sobre la Lucha Jurídico-Penal contra el Terrorismo.
Manuel CANCIO MELIÁ ……..……..… 221

DERECHO TRIBUTARIO

El Destino de las Contribuciones al Gasto Público.
Dr. José Vicente TROYA JARAMILLO ….……. 245

Declaración de Patrimonio en Ecuador ¿Obligación Formal o Anticipo de un nuevo Impuesto?.
Dr. César GARCÍA NOVOA ……. 257

Ley de Equidad Tributaria Violenta Garantías Constitucionales: Limita el Derecho a la Defensa y a la Tutela Efectiva.
Dr. Armando SERRANO CARRIÓN ….……..….. 293

La Derogación por Inconstitucionalidad sobrevenida del Afianzamiento como requisito previo para acceder a la Justicia Tributaria.
Ab. Oscar CEBALLOS PATIÑO ……... 309

DERECHO CONSTITUCIONAL

El Juez frente a la Incompetencia a la Tutela Judicial efectiva y a la Aplicación Directa de Normas Constitucionales.
Ab. Ciro Camilo MORÁN MARIDUEÑA 321

Alegato presentado dentro de un Recurso de Amparo.
Dr. Antonio PAZMIÑO ICAZA 339

DERECHOS HUMANOS

Las Comunidades de Indios en el Derecho Indiano.
Laurence CHUNGA HIDALGO 359

DERECHO PÚBLICO

Las Herramientas del Sistema de Contratación Pública.
Dra. María RIVAS CASARETTO..... 375

DERECHO INTERNACIONAL

La Nueva Era de las Relaciones Internacionales.
Dr. Reynaldo HUERTA ORTEGA 381

DERECHO PROCESAL CIVIL

Las Nulidades Matrimoniales en Derecho Canónico.
Dr. Alfredo GARCÍA CEVALLOS..... 389

DERECHO SOCIETARIO

Contenido del Límite de las Decisiones Mayoritarias.
Ab. Luis Alfredo SÁNCHEZ BAQUERIZO 397

NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

La Realidad Invisible de un "Niño-Arma" ¿Qué será cuando sea grande?
Lcda. María Celia LASSUS ……..…… 423

DERECHO LABORAL

El Fondo de Reserva o Trabajo Capitalizado
Dr. Jorge EGAS PEÑA ……..…… 481

Derecho Arbitral

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Dr. Ernesto Salcedo Verduga[*]

En los últimos diez años, la legislación ecuatoriana sobre arbitraje ha sufrido un profundo cambio. Durante este lapso, la ley de arbitraje y mediación fue creada, modificada y finalmente codificada, adecuando sus reglas, de manera general, a los modernos principios que rigen el sistema.

Por tradición, el Ecuador, apegado muy profundamente al concepto de la soberanía del Estado, ha visto grandes inconvenientes en que éste, o las entidades del sector público que lo conforman, se sometan al arbitraje.

Esta circunstancia se ha hecho evidente en dos frentes: el interno, donde la reticencia y resistencia –empujadas por intereses de diversa índole- ha sido férrea y sostenida; y el externo, donde, a pesar de estar el Ecuador –casi sin excepción- vinculado y adherido a los tratados internacionales más importantes sobre arbitraje o en asuntos donde el arbitraje es considerado como el mecanismo más idóneo para solucionar controversias, se desconocen de manera olímpica estas herramientas bajo el pretexto de la soberanía y la preponderancia de la Constitución Política, sobre los compromisos adquiridos en desarrollo y con observancia de esta, llegando al extremo de incluir en las reformas a la Ley, criterios subjetivos para calificar la internacionalidad del arbitraje, alejándose así de todo principio universalmente establecido sobre el tema. Esto último obedece a una clara falta de política gubernamental sobre el tema o como cuando ocurre con frecuencia, debido al fanatismo o a una total ignorancia.

---

[*] Doctor en Jurisprudencia, Especialista en arbitraje, árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil; árbitro Internacional de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC; Tutor de Arbitraje Internacional del TICAMER (Tribunal de Arbitraje Internacional del MERCOSUR); catedrático de Derecho Procesal y Arbitraje de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Dirección Electrónica: esv@ortegaabogados-ec.com

En este entorno, no resulta extraño encontrar que, antes de la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación (RO. 145 del 4 de septiembre de 1977), no existía en el Ecuador una disposición legal que definiera y regulara el arbitraje internacional, donde fuere parte integrante el Estado o cualquiera de sus entes. Para denominarlo se adoptaban los criterios establecidos por los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por el país, que exigían la existencia de un elemento extranjero, como por ejemplo, que las partes tuvieran su domicilio o residencia en distintos países o que la parte contraria estuviera vinculada con varios Estados.

Esto no significa que no se llevaran a efecto arbitraje, ni que el sistema no se utilizara o no fuere considerado como una buena opción. Sencillamente, la tendencia imperante era la de favorecer al Estado y generar para él, escenarios de privilegio sin considerar la índole de la controversia y desconociendo que cuando el Estado acude al arbitraje, se coloca en el mismo nivel que los particulares sin comprometer la soberanía ni sus poderes en el caso concreto. Se trataba del Estado o sus entidades y por tanto, tenía pleno derecho a dicho privilegio, con desventaja de los particulares, sin importar nada más y sin consideración de ninguna clase.

Sin embargo, ya sea por la influencia de los compromisos adquiridos a escala internacional, o por la simple necesidad de encontrar una mayor y mejor dinámica interna, los rigurosos principios a que me he referido han cedido en los últimos tiempos de manera bastante significativa. A esto debemos agregar que el Ecuador, desde principios de los años noventa se sumó a los países de América Latina que pusieron en marcha ambiciosos programas de reformas estructurales de carácter económico con el propósito de poner fin a décadas de inestabilidad económica. Dichos programas incluyeron procesos de privatización, desregulación y liberalización del comercio.

Como parte integral de estas nuevas políticas, el Ecuador –al igual que otros países- dio forma y suscribió tratados para la promoción y protección recíproca de inversiones (Tratados Bilaterales de Inversión o TBI). Estos instrumentos así como otros, muy importantes para la incentivación del comercio internacional, como los TLC o Tratados Bilaterales de libre Comercio, tienen como finalidad promover un ambiente favo-

rable para las inversiones extranjeras, tan necesarias para el desarrollo del país. Cualquier inversionista extranjero deberá tener en cuenta la existencia de este tipo de tratados al valorar los riesgos políticos y jurídicos de los posibles negocios que pretenda realizar en la región de América Latina y en particular, en el Ecuador.

Estos tratados incorporan en sus cláusulas un sistema de resolución de conflictos en el cual, luego de un periodo previo de negociación y/o limitada intervención de los tribunales locales, el inversionista puede entablar directamente un procedimiento arbitral en contra del Estado anfitrión. Normalmente este arbitraje se promueve bajo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), cuando los Estados contratantes son partes en la Convención Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 –Convención de Washington-. En caso contrario, los tratados prevén generalmente como alternativa otro tipo de arbitraje internacional, como el de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o el arbitraje ad hoc bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). También, en otros casos, algunos tratados permiten que el inversionista escoja acudir a la jurisdicción de los tribunales del lugar donde se realizó la inversión, en lugar de acudir al arbitraje internacional. Estos mecanismos aseguran que el inversionista tenga los medios para hacer exigibles directamente al Estado que ha incumplido sus obligaciones, que éstas sean adecuadamente protegidas o resarcidas, sin necesidad de tener que acudir al Estado donde tenga su propio domicilio.

El estado ecuatoriano que ha aceptado en los TBI acudir al arbitraje internacional respecto a las disputas con inversionistas extranjeros, ha archivado definitivamente para la historia la llamada "Doctrina Calvo". Esta doctrina establecía que todas las controversias relativas a inversiones en el territorio de un Estado sólo podrían ser resueltas por los órganos judiciales de dicho Estado. Si el Ecuador y los demás países latinoamericanos han aceptado el arbitraje internacional como un mecanismo idóneo para la resolución de controversias con el Estado mismo, no cabe aceptar hoy día, un rechazo a este tipo de mecanismos en relación con las disputas de carácter estrictamente comercial. Peor aún, es totalmente reprochable que en nuestro país, se considere que el arbitraje internacional es un buen sistema cuando el Ecuador gana el litigio y al contrario,

resulta un pésimo mecanismo cuando el Ecuador resulta perdedor en el juicio arbitral. Este absurdo es total y absolutamente contradictorio con los Tratados Internacionales suscritos y reconocidos por el Ecuador en relación al arbitraje internacional. La red de Tratados TBI y TLC que han firmado los países latinoamericanos en los últimos diez años pone en evidencia que el arbitraje resulta el medio más válido y efectivo para fortalecer la seguridad jurídica de la inversión extranjera en dichos países.

Como sea, hoy observamos una tendencia del Estado –en líneas generales– permisiva de la aplicación del arbitraje y pro-acceso a los métodos alternos de resolución de controversias, en asuntos de comercio internacional. Esto, sin desmedro de los poderes del Estado, pero muy posiblemente con un mayor entendimiento del concepto de "soberanía" y con mayor conciencia del rol que desempeña el Estado, cuando, como cualquier particular, contratan o causan daños.

La codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación (Cod. 2006-014. RO. 417 del 14 de diciembre del 2006), ha modificado y modernizado la regulación del arbitraje y la conciliación –mediación-.

Esta normativa establece en su Art. 4º que al arbitraje pueden acudir "las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir".

Cuando se trata de entidades que pertenecen al sector público y, en lo que al arbitraje nacional se refiere, "además de cumplir con los requisitos que establece esta ley", se deben cumplir los siguientes requisitos adicionales:

a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia. En caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, se deberá consultar al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;
b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;
c) En el convenio arbitral se debe incluir la forma de selección de los árbitros;
d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución;

e) El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral".

Por su parte, el Art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (L. 2001-45. RO. 372 del 19 de julio del 2001), que fue codificada en el 2004 (Cód. 2004-015. RO. 312 del 13 de abril del 2004), establece:

"Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio. Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes. Para someterse al arbitraje internacional requerirán además la autorización de la Procuraduría General del Estado".

Como podemos observar, si se incluye el acuerdo arbitral bajo la modalidad de la cláusula compromisoria y, en tanto se refiera a materia transigible de orden contractual y se exprese que la controversia se decida en derecho, el convenio surte todos sus efectos una vez lo firme el representante autorizado de la entidad e incluya la forma de seleccionar a los árbitros. En relación a este último punto la norma es de gran amplitud, dando prelación a las partes para que en eventos de arbitraje institucional se elijan árbitros de fuera de la lista del Centro y en los eventos de arbitraje independiente la falta de acuerdo conduzca a la nominación por parte de este último.

No obstante, para el caso de las entidades que pertenecen al sector público y bajo pena de nulidad, no nos podríamos remitir a los sistemas permitidos en general por el art. 16 de la Ley, sino que habría que indicar expresamente cuál es la fórmula que, en caso de darse una controversia, se debe usar para la selección de los árbitros.

Cuando de compromiso se trata, conforme lo indica la norma, se requiere del dictamen previo y obligatorio, es decir, vinculante, del Procurador para poderlo suscribir.

Ahora bien, cuando se trata de arbitraje internacional, se reafirma la preponderancia de los tratados, convenciones, protocolos y demás instrumentos ratificados por Ecuador y la Ley dispone:

"Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero.

Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y las leyes de la República.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes.

Los laudos dictados dentro de un procedimiento internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional" (Art. 42 de la LAM).

Como se puede apreciar, a pesar de la aparente apertura a esta clase de arbitraje y el respeto a los tratados, el arbitraje internacional está rodeado de una importante serie de restricciones por cuanto además de suponer la autorización del responsable de cada entidad, esta solo puede darse previo dictamen favorable del Procurador General, salvo que el arbitraje estuviere previsto en tratados o instrumentos internacionales, caso en el cual este dictamen del Procurador no sería necesario.

Es claro que dicho concepto o informe y la respectiva autorización del Procurador solo se podrían dar en la medida en que no estuviera el caso particular en contradicción a lo que la Constitución Política y la ley dispongan al respecto, caso en el cual, aunque se contara –en caso absurdo- con ellas, no sería del caso adelantar el arbitraje. Esto por

cuanto al contravenirse una norma constitucional o legal imperativa, que revisten la connotación de orden público, el laudo respectivo estaría viciado y no se podría ejecutar o, eventualmente, sería anulado.

Para el caso del Estado o las entidades del sector público, la mediación o conciliación se debe llevar a cabo por intermedio del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva, la cual podrá ser delegada por este en otra persona mediante el correspondiente poder (Art. 44).

En el plano del arbitraje internacional, habida cuenta de la plena vigencia de las convenciones de Nueva York y Panamá, no existe problema alguno para que, bajo las consideraciones expuestas en otros países, se dé curso al arbitraje del Estado o de sus entidades.

Para poder comprender mejor la aplicación de las convenciones que se dejan mencionadas, es necesario distinguir entre el arbitraje internacional y el arbitraje extranjero. En el Ecuador el arbitraje es internacional cuando las partes así lo hubieren pactado y siempre y cuando se cumplan cualquiera de los requisitos que exige el artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación. La doctrina llama "extranjero" al arbitraje, cuyo laudo "se profiera por un tribunal cuya sede se encuentra fuera del territorio nacional. El criterio diferenciador es que el laudo extranjero sólo atiende al lugar del arbitraje, que debe haber sido fuera del territorio nacional; en cambio, en el arbitraje internacional hay otros factores de conexión unidos al pacto expreso de las partes"[1]. Por tanto, podría presentarse el caso de que el arbitraje fuese extranjero –por ejemplo, se tramita en Colombia- pero se siguiese por la ley ecuatoriana.

El Convenio de Nueva York de 1958, regula el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros, no se refiere a los laudos internacionales. Los laudos arbitrales extranjeros, por sí mismos, carecen de fuerza ejecutiva en el Ecuador. Para que tengan eficacia ejecutiva en nuestro país se hace necesario que sean reconocidos u homologados por un órgano jurisdiccional del Ecuador. Esta homologación, efectuada a través de un procedimiento de exequátur, mediante una resolución

[1] Marco Gerardo Monroy Cabra: *Arbitraje Comercial Nacional e Internacional*. 2da. Edición. Legis, p. 254.

estimatoria en juicio ordinario, permitirá que el laudo arbitral extranjero adquiera fuerza ejecutiva en nuestro país.

El exequátur de laudos extranjeros, como acabamos de decir, se rige en el Ecuador por el Convenio de nueva York sin perjuicio de lo dispuesto en otros tratados internacionales más favorables a su concesión. Se exceptúa de este régimen la ejecución de laudos dictados en arbitrajes amparados por el Convenio de Washington de 1965 sobre Arreglos de Diferencias Relativas inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, que creó el CIADI (Centro Internacional para el Arreglo de Controversias relacionadas con las Inversiones). Según este convenio, los laudos que se dicten dentro del ámbito de su aplicación son obligatorios y vinculantes para las partes y se ejecutan sin necesidad de homologación.

El régimen del exequátur –de conformidad con el convenio de Nueva Cork– se aplica exclusivamente a los laudos extranjeros y no necesariamente a los laudos expedidos en un arbitraje internacional. El art. 1.1 del Convenio dispone que "la presente Convención se aplicará al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas".

No obstante lo anterior, el Convenio mantiene también un criterio más amplio (no basado en un estricto criterio territorial) para determinar cuándo existe un arbitraje sometido a su normativa. Así, según el mismo art. 1.1, el Convenio se aplica también "a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en que se pide su reconocimiento y ejecución".

La explicación a esta disposición tiene su origen en la existencia de algunos países –Alemania por ejemplo– que consideran un laudo nacional o extranjero sin acudir al principio de la territorialidad (es decir considerando el Estado en que se dictó), sino más bien, aplicando la ley que regula el procedimiento de arbitraje (la *lex arbitri* del país donde se pide el reconocimiento y ejecución del laudo)[2].

[2] España, por ejemplo, no formuló tal reserva, por lo que el segundo criterio de la Convención de NY le sería aparentemente aplicable. Sin embargo, el mismo queda

Ecuador suscribió el Convenio de Nueva York acogiéndose al principio de reciprocidad, al declarar que aplicará la Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado contratante únicamente, y sólo cuando tales sentencias se hayan pronunciado sobre litigios surgidos de relaciones jurídicas consideradas comerciales por el derecho ecuatoriano. Al acogerse a esta reserva, la aplicación del Convenio al reconocimiento y ejecución a las sentencias arbitrales extranjeras, es restringida en el Ecuador.

En efecto, el Convenio será de aplicación a la homologación, en primer lugar, de sentencias arbitrales pronunciadas más allá de las fronteras ecuatorianas, por Estados que hayan suscrito el Convenio; y, en segundo lugar, de resoluciones arbitrales dictadas en arbitrajes pactados a fin de resolver litigios derivados exclusivamente de relaciones jurídicas de índole comercial.

En consecuencia, según el Convenio de Nueva York, el laudo dictado en un procedimiento arbitral desarrollado en el Ecuador será considerado nacional, aunque el arbitraje sea internacional, y laudo extranjero el que tenga lugar fuera del Ecuador, y solo a estos últimos y con la reserva mencionada, se aplicará el régimen del Convenio sobre su reconocimiento y ejecución en el Ecuador.

El reconocimiento u homologación se realiza mediante un procedimiento llamado de exequátur[3], cuyo alcance ha sido precisado por la jurisprudencia nacional:

"El juez exhortado debe proceder a homologar o conceder el exequátur a la sentencia extranjera cuya ejecución se solicita, o sea a calificar que dicha sentencia esté conforme al derecho público ecuatoriano, a las leyes nacionales y a los tratados internacionales, en caso de haberlos, tanto en el fondo como en la forma. O, en caso contrario, a no admitir su ejecución". (R.O. No. 378, 27 de julio de 2001, pág. 30).

---

excluido por la adopción del criterio de territorialidad del art. 1.1. de la Ley de Arbitraje de España (Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje).

[3] Entiéndase por exequátur "el acto de un órgano jurisdiccional, dictado en un proceso seguido a instancia de parte, por el que se autoriza que una sentencia extranjera produzca efectos en determinado ordenamiento como acto jurisdiccional". Julio D. González Campos: *"Curso de derecho internacional privado"*, Vol. II, Oviedo, 1983, pág. 330.

Mientras que la Convención de Nueva York dice que un laudo será extranjero cuando proviene de un país distinto a aquel en que se pide el exequátur y cuando siendo proferido en un Estado, las autoridades nacionales del mismo no lo consideran como laudo nacional (art. I), la Convención de Panamá de 1975 sobre arbitraje comercial internacional, ratificada por Ecuador, se ocupa del arbitraje comercial internacional y dentro de su normativa no existe una definición sobre laudo extranjero.

Estas dos Convenciones tratan de igual manera las causales para denegar el exequátur, la carga de la prueba en dicho proceso y el hecho de que tales causales son las únicas que tienen la virtud de enervar una solicitud de exequátur. Hasta allí llegan las similitudes. Sin embargo, en otros aspectos del arbitraje tienen tratamientos distintos o, simplemente, algunos de los temas regulados en una no tienen manifestación en la otra.

La Convención de Nueva York tiene vocación universal pues, además de ser aprobada bajo los auspicios de la ONU, está abierta a la firma de todos sus miembros. La Convención de Panamá, por su parte, está abierta a la firma de los Estados miembros de la OEA y a la adhesión de cualquier otro Estado. No obstante, difícilmente un país no americano quiera adherirse a este instrumento, cuando existe la opción de participar en la Convención de Nueva York. De hecho, hasta el día de hoy, solo Estados americanos son partes en la Convención de Panamá.

La Convención de NY se refiere a diferencias contractuales o no, mientras que la de Panamá trata solamente de los asuntos con carácter mercantil.

Mientras que la de NY admite reserva de reciprocidad y de comercialidad, la de Panamá no las considera específicamente. Sin embargo, su texto permite reservas.

Hay otros temas que están regulados en una convención sin ser tratados en la otra. Así, la de Panamá trata la nacionalidad de los árbitros y la norma aplicable al procedimiento en caso de silencio de las partes, es el Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC.

Ahora bien, ¿cuál de las dos convenciones resulta en el Ecuador más favorable para el reconocimiento y ejecución de un laudo dictado en el extranjero?

El art. VII, numeral 1ª de la Convención de NY, establece: "Las disposiciones de la presente convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes, ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudieran tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque".

Este artículo consagra la máxima eficacia posible para lograr el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales y la Convención de NY no debe ser un obstáculo para tal fin.

Este principio de máxima eficacia permite que, para lograr el reconocimiento y ejecución de un laudo, se apliquen las normas más favorables de la convención de NY junto con las más favorables del otro tratado. Esto significa que, la convención de Panamá puede primar sobre la de NY en la medida en que sea más favorable. Además, una y otra pueden aplicarse a un mismo caso para lograr la máxima eficacia en cuanto al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales.

Para concluir, hemos podido apreciar, en el movimiento de reforma y actualización de la ley de arbitraje y mediación, que existe un franco ánimo de involucrar al Estado y las entidades públicas en la utilización del arbitraje. A pesar de que no existe unanimidad de criterio al respecto, se destaca la tendencia del Estado ecuatoriano proclive a la utilización del sistema arbitral tanto a nivel nacional como a nivel internacional, en este último aspecto bajo el espíritu de las convenciones de NY y de Panamá.

Es de desear que se consolide y extienda el arbitraje y no madure negativamente, sino que crezca y se imponga como herramienta que a todos conviene y, en particular a los intereses del mismo Estado.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO[**]

Mauro Arturo Rivera León[*]
mrivera@sociales.uson.mx

¿A quién le duele más la herida?
¿Al damnificado o al fiscal?
Alberto Binder

RESUMEN:

Dentro de las nuevas reformas constitucionales en materia procesal penal en México, se contempla una institución llamada procedimiento abreviado. El procedimiento abreviado es un procedimiento especial en el que –a grandes rasgos– el fiscal solicita una pena reducida a cambio de la aceptación de los hechos por parte del imputado. En el presente artículo, intentaré clarificar los puntos esenciales de esta institución, así como contrastarlo a la luz de la crítica constitucional para demostrar que su validez teórica no es tan fuerte como suponemos. Ejemplificaré el marco del surgimiento de esta figura en México, para proceder a realizar un breve análisis comparativo entre algunos países latinoamericanos y Estados Unidos, para finalizar con algunas consideraciones sobre la eventual naturaleza de este procedimiento.

SUMARIO: I. *In limine*. II. *Breve Análisis Comparativo*. III. *Cuestiones Constituconales.* IV. *Ex mea sententia*. V. *Bibliografía*

---

[*] Mauro Arturo Rivera León, Universidad de Sonora. Algunas de sus artículos publicados incluyen "Los presupuestos democráticos del Poder Constituyente" (Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Sonora), "La hermenéutica analógica-icónica: El modelo de Beuchot" y "El órgano reformador de la constitución ¿Debe ser susceptible de control jurisdiccional?", Revista Jurídica El Siete, "Fronteras y Derechos: Ambivalencia Jurídica" (Próxima aparición en Imaginales: Revista de Investigación Social. Finalmente su libro en coautoría con el Dr. Constantino Martínez Fabián "Elementos de Lingüística Jurídica", se encuentra actualmente en dictamen.

[**] Un agradecimiento a la Dra. Auxiliadora Moreno por sus valiosas observaciones al respecto del presente artículo.

I. IN LIMINE

La necesidad por una reforma en materia procesal penal en México era evidente. Los altos índices de ineficiencia así como la presunción de corruptibilidad del sistema provocó que la oleada reformista, en cuanto al proceso acusatorio adversarial, que tan fuertemente impactara a América Latina, llegara a México. Esta reforma, no fue incubada dentro de las aulas académicas ni por los investigadores mexicanos. Fue una reforma política, hasta cierto punto ciudadana y promovida por asociaciones como Proderecho[1].

Dentro de este marco, es donde la incorporación del procedimiento abreviado ha tenido su preponderante impacto.

Para conceptualizar el procedimiento abreviado, podemos utilizar la definición propuesta por Adrian Marchisio, quien sostiene que el procedimiento abreviado es un

> "…acto procesal por medio del cual el imputado debidamente asesorado por su letrado, acepta los hechos, el grado de participación[2] en los casos en que la petición de la pena es inferior a determinado monto[3]"

El procedimiento abreviado conlleva mucho más que una sencilla simplificación del proceso. Conlleva implicaciones de política criminal y de política en materia de seguridad en tanto que es una reducción de la pena que supuestamente merece el imputado. Además, esto conlleva a conceptualizar mayormente a un estado facultado a utilizar indistintamente la acción penal. La acción penal pública es impropia como

---

[1] Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, La reforma al sistema de justicia penal en México, Algunas evidencias para la Discusión, Documento de Trabajo núm. 102, IIJ-UNAM, México, 2007.; de igual forma, un estudio reciente publicado por los mismos autores aporta datos cruciales a la discusión académica acerca de la reforma, véase Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, ¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?, Porrúa, UNAM, México, 2008. En concreto, en su página 37 señalan las diferencias entre el sistema inquisitivo y el acusatorio-adversarial de forma bastante didáctica.

[2] Es interesante el estudiar modelos como el *plea of bargaining* norteamericano donde el grado de participación, y prácticamente cualquier cosa respecto a la acción penal se encuentra sujeta a negociación.

[3] Marschisio, Adrian, Marchisio, *El Principio de oportunidad y salidas alternativas a Juicio Oral en América Latina*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 2002, pp. 539.

concepto aún cuando el estado tenga efectivamente la facultad de la acción[4].

En el presente artículo intentaremos mostrar un breve análisis comparativo de las distintas formas en las que el procedimiento abreviado opera en órdenes jurídicos latinoamericanos, así como su constitucionalidad en el derecho positivo mexicano y finalmente algunas consideraciones sobre los problemas o ventajas que puede conllevar.

II. BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO

En esta sección intentaremos hacer un análisis somero de la institución del procedimiento abreviado en el derecho comparado, utilizando como criterios la denominación de la institución, su conceptualización, la procedencia, el sujeto activo en el ofrecimiento, los requisitos para su validez, sus efectos en la presencia de coimputados y las consecuencias que acarrea su rechazo por parte del tribunal o su retiro por parte del imputado.

Consideramos que es posible realizar un análisis breve de esta institución en tanto que frecuentemente su relación y normatividad no exceden de diez artículos –o lo hacen en raras ocasiones– y frecuentemente un par de artículos bastan para reglamentarle. Finalmente no queda sino decir que hemos empleado a Latinoamérica como principal criterio comparativo –aún cuando también EUA se encuentre comprendido– debido a que es en Latinoamérica en donde la reforma procesal penal ha manifestado todos sus aspectos.

A. CASO CHIHUAHUA

Sin duda alguna, dentro de México, el caso del Estado de Chihuahua ha sobresalido claramente en la aplicación de la reforma procesal penal. Actualmente podemos sostener sin temor a errar, que el estado de Chihuahua es bastión pionero en la aplicación de todos los instrumentos penales previstos en nuestra reciente reforma constitucional. Para el proceso penal de Chihuahua la reglamentación del Procedimiento

[4] Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1999, pp. 209-275.

Abreviado se encuentra consignada en los artículos 387-392 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua. El procedimiento abreviado es la admisión de los hechos atribuidos al imputado por el Ministerio Público a cambio de una pena reducida. Esta admisión de hechos debe ser a solicitud del Ministerio Público en la audiencia intermedia. Los requisitos son tres: a) la oferta del fiscal, b) la aceptación libre del imputado y en conocimiento de sus derechos y c) la aceptación del Juez –cuya aceptación es meramente procedimental–. En el caso Chihuahua la existencia de coimputados no es impedimento para la celebración unitaria de procedimientos abreviados: "*La existencia de coimputados no impide la aplicación de estas reglas a alguno de ellos*"[5]. De igual forma, el tribunal puede rechazar el procedimiento abreviado por incumplimiento de los requisitos anteriores y entonces, el Juez dictará el auto de apertura de Juicio Oral y las declaraciones del Ministerio Público y el imputado se considerarán no vinculantes. Finalmente, "*el juez dispondrá que todos los antecedentes relativos al planteamiento y la discusión de conformidad con el procedimiento abreviado sean eliminadas del registro*[6]".

B. ARGENTINA

Dentro del derecho argentino, se conoce como Juicio Abreviado a esta institución, y se encuentra regulada en el Código Procesal Penal de la Nación Argentina dentro del artículo 431 bis.

El Juicio abreviado en Argentina es una salida alternativa a Juicio Oral, cuya procedencia requiere la solicitud del ministerio fiscal cuando éste estimare que el delito del que se trate merece pena inferior a seis años o una pena no privativa de libertad. Para su procedencia, la solicitud de procedimiento abreviado se debe realizar cerrada la investigación y deducida la acusación, en la audiencia de preparación a Juicio Oral[7]. Ahora bien, teniendo el ministerio fiscal el monopolio en el ofrecimiento del Juicio Abreviado, es facultativo del tribunal su aceptación. En lo particular, en el numeral tercero del supracitado artículo 431 bis se expresa textualmente esta facultad al sostener que *"si el tribunal no rechaza*

[5] Art. 387, Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua.
[6] Art. 390, Ibid.
[7] Carocca Pérez, Alex, Manual del nuevo sistema procesal penal, Lexis Nexos, Santiago de Chile, Chile, 2005, p. 253.

la solicitud argumentando la necesidad de un mejor conocimiento de los hechos o su discrepancia…"; por tanto encontramos en Argentina una facultad del Juez de negar la procedencia del Juicio Abreviado- por motivo distinto a formulismo procedimental. Esta disposición es congruente con el principio que impide que la propia confesión acotada del imputado sea el principal medio de convicción en la sentencia. La fase probatoria cobra importancia en el derecho argentino en tanto la propia incriminación, alejada de medios probatorios adecuados, es insuficiente para la condenación del imputado. Como en la mayoría de los sistemas legislativos estudiados, la víctima o el querellante es escuchado pero su opinión no es vinculante para el fiscal en el ofrecimiento ni en el juzgado para el caso de la aceptación.

En lo concerniente a coimputados, el octavo numeral del artículo en comento dispone en su último párrafo textualmente que "Cuando hubiera varios imputados en la causa, el juicio abreviado sólo podrá aplicarse si *todos ellos* prestan conformidad[8]".

De igual forma, si el tribunal[9] rechaza el acuerdo de juicio abreviado se actuará de acuerdo al procedimiento común remitiéndose el expediente al juez de la causa y eliminando del registro toda aceptación de los hechos por parte del imputado y desvinculando al fiscal en el ofrecimiento de la pena.

C. CHILE

Dentro del procedimiento penal chileno, el procedimiento abreviado se encuentra regulado en el Código de Procedimiento Penal de Chile en sus artículos 406-414. En el mismo sentido, el procedimiento abreviado procede cuando la pena solicitada por el fiscal es menor a cinco años. El ofrecimiento del procedimiento abreviado debe provenir de parte del fiscal. Los requisitos para ello son el ofrecimiento de procedimiento abreviado por parte del fiscal, la aceptación del imputado de forma libre

---

[8] Art. 431 bis. Código Procesal Penal de la Nación Argentina, las cursivas son nuestras.

[9] Debemos aclarar que Argentina ha producido particularmente una gran cantidad de jurisprudencia tanto de Juicio Oral en general como del procedimiento abreviado, véase, Abater Campos, Alejandro, Jurisprudencia de la Reforma Procesal Penal, Lexis Nexis, Chile, 2004.

y en conocimiento de sus derechos y finalmente la lógica aceptación del tribunal. Puede el tribunal negar el procedimiento abreviado cuando los antecedentes de la investigación no fueran suficientes en opinión del tribunal, lo cual le otorga una facultad no procedimental de negar el procedimiento abreviado y dictar el auto de apertura a juicio oral. Ante el rechazo del tribunal, los actos del fiscal y del imputado se convierten en no vinculantes y no se tomará como confesión la admisión de los hechos por parte del imputado.

Como dato curioso, en Chile, la oposición del querellante al procedimiento abreviado sólo es posible cuando la conducta y agravantes presentados con el fiscal disiente de la del querellante y en consecuencia, la pena correspondiente a los hechos que el querellante atribuye al imputado resulta mayor al máximo legal establecido en el artículo 406 del Código en comento.

Finalmente es de resaltar que el artículo 412 del Código de Procedimiento Penal de chile establece que "*terminado el debate, el juez dictará sentencia. En caso de ser condenatoria, no podrá imponer una pena superior…*[10]"

Este tipo de prevención es frecuentemente encontrada en códigos similares. Sin embargo, la redacción del artículo da pie al cuestionamiento ¿Puede el tribunal dictar sentencia absolutoria? ¿Acaso la admisión de los hechos del imputado no es prueba suficiente? Por supuesto, que la negativa es una respuesta lógica. La simple confesión acotada del imputado debe ser insuficiente como probanza única, sin embargo, sigue pareciendo contrario a la lógica el obtener una sentencia absolutoria por parte del tribunal cuando el imputado en supuesta libertad ha admitido los hechos. El supuesto probable, es en efecto cuando la única prueba que presenta la fiscalía es la admisión de hechos por parte del imputado.

D. ECUADOR

En Ecuador, el Código de Procedimiento Penal regula el procedimiento abreviado en los artículos 369 y 370, imponiendo tres condiciones en su admisibilidad 1) Que el delito cometido tenga prevista una pena inferior a cinco años; 2) Que el imputado admita el acto atribuido y

[10] Art. 412. Código de Procedimiento Penal de Chile.

consienta la aplicación del proceso y finalmente que 3) el defensor acredite, con su firma, que el imputado ha prestado su consentimiento libremente. La mínima regulación de ecuador parece resaltar en tanto que permite que sea la práctica jurisdiccional la que regule ciertos aspectos, lo que le da cabida a un interesante papel de los tribunales. En el caso de la existencia de coimputados, las reglas del procedimiento abreviado pueden ser aplicadas a alguno de ellos de forma indistinta. De igual forma, la negativa del tribunal al procedimiento abreviado, conlleva a que el fiscal deba terminar el juicio por el trámite ordinario, en cuyo caso, ni la oferta de la pena del fiscal ni la aceptación de hechos por parte del imputado se consideran vinculantes.

De igual forma el párrafo II del artículo 370 del Código de Procedimiento Penal de Ecuador sostiene que "*El Juez puede absolver o condenar, según corresponda*[11]". Como en la universalidad de modelos estudiados, el Juez no puede imponer una pena mayor de la sugerida por el fiscal en caso condenatorio.

E. EL SALVADOR

En el Código de Procedimientos Penales de El Salvador, la petición del procedimiento abreviado se regula en el artículo 248, en el cual se le da la iniciativa de la oferta al fiscal. Consecuentemente se exigen cuatro requisitos para su admisibilidad: 1.- Que el fiscal solicite una pena privativa de libertad o de prisión hasta tres años; 2.- Admisión del hecho por el imputado y su consentimiento en realizar el procedimiento abreviado; 3.- que el defensor acredite que el imputado ha prestado su consentimiento libremente y 4.- El consentimiento de la víctima o del querellante. Sin embargo, respecto al IV requisito, es facultativo del juez la apreciación de las razones expuestas por la víctima o el querellante y puede decidir el llevar a cabo el procedimiento abreviado, de cualquier manera. En El Salvador, la existencia de varios coimputados es indistinta para la aplicación del procedimiento abreviado a alguno de ellos. De igual forma, la sentencia o condena es facultativa del juez. En caso de la negativa por parte del juez al procedimiento abreviado, se ordenará la continuación en trámite ordinario y el requerimiento del fiscal y la admisión de hechos del imputado no se considerará prueba útil.

[11] Art. 370, Código de Procedimiento Penal de Ecuador.

G. VENEZUELA

En Venezuela, el procedimiento abreviado recibe el nombre de Procedimiento por admisión de hechos. La escasa regulación del Código Orgánico de Proceso Penal de Venezuela es evidente; pues el fiscal no tiene el monopolio del ofrecimiento del procedimiento abreviado, sino que la simple aceptación de los hechos implica la rebaja de 1/3 a la mitad de la pena en atención al bien jurídico. La transacción judicial resulta extra legal en este caso.

H. ESTADOS UNIDOS

Estados Unidos es uno de los países en donde el modelo acusatorio adversarial ha obtenido su más paradigmático desarrollo. En concreto, el procedimiento abreviado en Norteamérica encuentra una aplicación frecuente bajo el nombre de *Plea of Bargaining*. El *Plea of Bargaining* norteamericano se encuentra regulado en las *Federal Rules of Criminal Procedure* (Reglas Federales de Procedimiento Penal) en la regla número 11 que corresponde al título *Arraingment and Preparation for Trial*. Resulta interesante la institución del *Plea.* Previo al juicio, se le inquiere al imputado a pronunciarse inocente o culpable. Las implicaciones[12] de esto exceden de la intención de nuestro trabajo y ya han sido exploradas con mayor profundidad por el profesor Cochran[13]. Sin embargo, el *plea* en el cual el imputado acepta los cargos de forma acotada al contexto de emisión recibe el nombre de *Conditional Plea*[14]. La regla 11 inciso (2) es bastante

[12] En concreto la objeción del profesor Cochran es simple: el *plea inquiry* viola el precepto constitucional de no autoincriminación. Esto es fácilmente demostrable; si supuestamente el imputado se encuentra bajo juramento y debe decir la verdad, entonces, si es culpable, al obligarle a responder la pregunta se le obliga a autoincriminarse; si es inocente por el contrario, de igual forma no puede permanecer callado. Con esto se logra que un imputado que no quiera declararse inocente pero quiera que el estado pruebe su culpabilidad en juicio deba mentir. En fin, en un argumento deductivo, o el estado o admite la mentira como medio de ir a juicio o viola derechos constitucionales, ninguna de las opciones es alentadora.

[13] Cochran, Robert F., "How do you plead, guilty or not guilty?: does the plea inquiry violate the defendant's right to silence?, *Cardozo Law Review*, USA, Vol. 24, Num. 4, 2005.

[14] De hecho, las *Arizona State Court Rules* en su regla 17.4, titula a este tipo de *pleas* "*plea negotiations and agreements*", facultando a las partes para negociar en cualquier aspecto del caso. En el sistema anglosajón, no sólo la penalidad puede ser objeto de negociación, sino también la calificativa del delito y en algunas ocasiones los hechos: "*The parties may negotiate concerning, and reeach an agreement on, any aspect of the case. At the request of either party or sua sponte, the court may, in its sole discretion, participate in settlement discussions…*", este texto contenido en el precepto supracitado, nos da una muestra de la ausencia de un monopolio del *plea of bargaining* –aún cuando en la práctica la iniciativa proviene

clara al respecto: *"With the consent of the court and the government, a defendant may enter a conditional plea of guilty or nolo contendere"*[15]. La procedencia del *Conditional Plea* se resume a 1) la oferta del fiscal o la solicitud del imputado, 2) la aceptación del imputado de forma libre y en pleno conocimiento de sus derechos[16] y 3) la aceptación de la corte –no sujeta a simples procedimentalismos-. Es posible la existencia de un *plea of bargaining* en presencia de coimputados[17].

Si el *plea of bargaining* es rechazado, la confesión del imputado no es retirada de oficio, pero se le hace saber que puede retirarla (inciso d, regla 11) y que de no hacerlo *probablemente* se encontrará en una situación de desventaja. Si el imputado retira el *plea*, este entonces se vuelve no vinculante, carente de valor probatorio y es borrado del archivo y por consecuencia el fiscal se imposibilita para utilizarlo en juicio. Lo curioso, es que el propio inciso (d) en la regla 11 faculta al imputado a retirar el *plea* no sólo cuando éste es rechazado, sino mientras no se haya dictado sentencia con base en el y previo a que la corte lo acepte[18]. La aceptación por parte de la corte del *plea of bargaining* tiene efectos vinculantes en cuanto a la sentencia y obliga al tribunal a no imponer pena mayor que la acordada entre las partes.

---

generalmente del fiscal-, así como del activo rol que puede desempeñar un tribunal en Arizona.

15 *Federal Rules of Criminal Procedure*, Regla 11 (2).

16 Entre otros el Derecho a ir a Juicio Oral, a no autoincriminarse y por supuesto otras situaciones, como la pena mínima, la pena máxima, el derecho del estado a perseguirle por falsedad de declaraciones en la *conditional plea* cuando es dada bajo juramento entre otros previstos en el inciso (b) de la regla 11 del *Federal Rules of Criminal Procedure*.

17 En lo particular sostengo que esto es propio de un modelo no garantista y en parte coactivo, que facilita la labor al fiscal. Ante la presencia de coimputados, la aceptación del *plea of bargaining* por parte de uno de ellos es una fuerte presión para los otros, que se encuentran en riesgo de enfrentar un juez prejuicioso o un jurado que considerará como medio no institucional de convicción, la confesión acotada de alguno de los coimputados. Claro que la aceptación del *plea of bargaining* de un imputado, como prueba contra los otros, puede ser objetada en juicio, pero viene a ser similar a cuando un fiscal hace una pregunta prejuiciosa para luego retirarla *ipso facto, e*l efecto en el jurado es evidente. En fin, puede sostenerse que admitir el procedimiento abreviado en presencia de coimputados vulnera el principio de igualdad. Si uno de los coimputados desea declarase culpable que lo haga, pero no ante una oferta considerable de reducción de la penalidad por parte de la fiscalía.

18 Quizás previendo el cambio contextual de la emisión, dado que en fin, el propio *plea of bargaining* constituye una confesión acotada a cierta penalidad y bajo cierto marco probatorio. Puede ser que ante el cambio de las probanzas –desaparezca un material, no atestiguará un testigo- decida el imputado ir a Juicio Oral.

Finalmente, como características comunes de la reglamentación estudiada en el universo de sistemas jurídicos comparados, podemos concluir que el procedimiento abreviado comporta las siguientes características esenciales:

A) Es una transacción entre el imputado y el fiscal.
B) Debe ser un acto volitivo de la parte acusada.
C) El ofrecimiento de procedimiento abreviado corresponde principalmente al fiscal[19].
D) La manifestación de aceptación por parte del imputado produce de inmediato un efecto vinculante; al imputado en la aceptación de los hechos y al fiscal en el ofrecimiento de la pena.
E) El Juez se vincula por el pacto entre las partes ya que no puede establecer una pena –en caso condenatorio- mayor que la acordada entre las partes, pero no en la condena –puede absolver-.
F) Por lo regular la fase probatoria debe robustecer la confesión acotada del imputado, pues esta, *per se*, es prueba insuficiente para la condenación.
G) Ante la negativa del tribunal de aceptar el procedimiento abreviado, sea ya por un requisito procedimental o de cualquier otra índole, las manifestaciones tanto del imputado como del fiscal se vuelven no vinculantes y en lo que concierne al acusado, pierden su calidad probatoria y son borradas de registro.

III. CUESTIONES CONSTITUCIONALES

Seguidamente, debemos tomar tiempo para considerar si el denominado procedimiento abreviado es congruente con nuestra Constitución, considerar su constitucionalidad. Esta idea no es nuestra, sino que es un planteamiento generalizado en la doctrina. En lo particular, se argumenta que el procedimiento abreviado es contrario al principio constitucional[20]

[19] Colombia es un buen ejemplo de una excepción, El Código Procesal Penal de Colombia en su artículo 40 habla de la "Sentencia Anticipada" sosteniendo que "*A partir de la diligencia de indagatoria y hasta antes de que quede ejecutoriada la resolución de cierre de la investigación, el procesado podrá solicitar, por una sola vez, que se dicte sentencia anticipada*"; como vemos, el proceso penal colombiano delega la iniciativa al imputado.

[20] Utilizamos la idea de principio constitucional no como se utiliza en Dworkin, Ronald, "Is Law a system of rules?", en The philosophy of Law, Ed. Dworkin, Ronald, Oxford University Press, USA, 1977, 38-65 y que posteriormente sostendría en su *Tomando los Derechos en Serio*, Barcelona Editorial, España, 1ª Edición 1984, 5ta reimpresión 2002, pp. 80-104; sino más bien como un derecho/garantía/política constitucional, común en las cartas magnas de los ordenamientos latinoamericanos y también en el *bill of rights* norteamericano.

de no ser condenado sin juicio previo, que concretamente en el ordenamiento mexicano se encuentra consagrado en el artículo 14 constitucional:

> *"Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho"*

Luego entonces, es válido cuestionar si la privación de la libertad presente en un procedimiento abreviado ha sido consecuencia de juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos. En lo particular, esto concierne al concepto de Juicio que tengamos. Por una parte, en el universo de modelos estudiados en la sección anterior encontramos que ocasionalmente existen ordenamientos como el de Argentina o el Código de Procedimiento Penal Chileno, así como las *Federal Rules of Criminal Procedure* en las que el tribunal puede rechazar el procedimiento abreviado por requisitos no procedimentales. Sin embargo, en una gran parte de los países estudiados el juez se resume meramente a escuchar la proposición del fiscal, cerciorarse de la libertad y conciencia en la manifestación del imputado y vigilar el cumplimiento de ciertos requisitos ante los cuales se convierte en un simple Juez de trámite. Con respecto a los primeros países mencionados que efectivamente *desatan* las manos al tribunal para entrar al estudio de cuestiones de fondo, podemos alegar que como el juez de cierta forma examina el ofrecimiento de Procedimiento Abreviado, su aceptación es análoga a la aceptación de la pena propuesta por el fiscal en Juicio Oral por ejemplo[21]. Esto equivaldría a señalar que en realidad sigue siendo potestativo del tribunal y por lo tanto es argumentable que efectivamente la privación de la libertad no fue simple producto del consentimiento del imputado, sino de un procedimiento judicial en donde la activa participación del juez influyó en la determinación tomada por la fiscalía y el imputado[22].

---

[21] Respecto a este argumento es válido sugerir que, si el fiscal solicita en Juicio Oral una pena de 5 años, y el Juez impone la pena de cinco años, no es que la opinión del fiscal haya sido vinculante, sino una solicitud, mientras que la imposición de la pena por parte del juez es el ejercicio potestativo de la jurisdicción penal. Lo mismo podría ser argumentado en los países descritos, aún cuando el argumento confronte ciertas fallas.

[22] Sobre todo por el hecho de que existen países en que la sentencia puede ser absolutoria y por tanto las probanzas deben ser valoradas por el juez, dando lugar a argumentar en el sentido que la resolución es una verdadera sentencia ya que es producto de la consideración de las probanzas y pudo haber sido en cualquier sentido, sin embargo,

Sin embargo, a pesar de la posible justificación previamente dada en ese aspecto ¿Qué pasa con los países en los que la garantía en comento se encuentra vigente y el juez no puede más que por motivos procedimentales negar el Procedimiento Abreviado?; la propia concepción de "Juicio" nos hace pensar si se hace referencia al procedimiento formal, o si por el contrario puede el imputado utilizar una alternativa a Juicio Oral que le implique un menoscabo en su libertad dadas las ventajas procesales que esto le implica.

Esto nos hace cuestionarnos nuevamente, ¿El derecho consagrado en el artículo 14 constitucional es disponible? ¿Puede el imputado renunciar a su derecho a Juicio Previo[23]?

Ahora bien, inclusive en Argentina el Juicio Abreviado fue debatido como inconstitucional[24] en tanto que sustrae al magistrado del caso y contraría el derecho a la defensa, pues en la base, el Juicio Abreviado se considera como una negociación, una especie de derecho penal *transaccional* y se elimina el Juicio Oral como parte toral del procedimiento. De hecho Ronald Salazar textualmente sostiene al respecto que en el derecho Costarricense "…*el [Procedimiento] abreviado venía precedido de importantes críticas que señalaban su inconstitucionalidad por prescindir de la fase de Juicio Oral y público*[25]…"

Ahora bien, autores como Chahuan Sarrás han señalado que en realidad el procedimiento abreviado sólo implica la renuncia a Juicio Oral y no la renuncia a Juicio[26]. Sin embargo, este tipo de consideraciones no cubren del todo las deficiencias teóricas del procedimiento abreviado.

---

queda el problema de justificar la vinculación por parte del juez a la penalidad acordada por las partes.

[23] Supongamos que un imputado dijese "renuncio a mi derecho a Juicio Previo, acepto que el fiscal y el juez pongan la pena que gusten". ¿Sería esto constitucional?; luego entonces, si el consentimiento del imputado en la renuncia del derecho no es el factor determinante (a menos que se pretenda argumentar que la renuncia a juicio previo y la aceptación de una pena ya determinada es lo que valida la renuncia) ¿Acaso el beneficio procesal o la reducción de la pena efectivamente vuelven legítima la renuncia a un derecho constitucional?

[24] Marchisio, Adrian, Op. Cit, pp. 545. Nota 3.

[25] Salazar Murillo, Ronald, "El Procedimiento Abreviado", en *Revista de Asociación de Ciencias Penales*, año 18, núm.24, Costa Rica, 2006.

[26] Chahuan Sarrás, Sabas, Manual del nuevo procedimiento penal, Lexis Nexis, Chile, 2004, p. 286. Sin embargo, Chahuan centra esta argumentación en la posibilidad de que el juez dicte sentencia absolutoria.

Esto también ocurre por ejemplo en el *plea of bargaining*; en donde la acotada confesión del imputado –*conditional plea*- sustituye al juicio por jurados y se convierte en una verdadera sentencia. El procedimiento abreviado o el *plea of bargaining* en palabras de Bovino, es una verdadera renuncia a los derechos constitucionales y reemplaza el juicio oral[27]. Finalmente, no queda sino señalar que dependiendo de la concepción de juicio en el derecho positivo mexicano y la subsecuente definición de derecho a juicio previo –y su probable posibilidad de renuncia- el procedimiento abreviado puede no mostrarse tan acorde a los principios constitucionales como pareciera.

IV. EX MEA SENTENTIA

El procedimiento abreviado, como uno de los procedimientos especiales contemplados en el nuevo sistema, presenta ventajas y desventajas dentro del sistema penal. Por un lado, la fiscalía argumenta que trae como ventajas la reducción de la carga laboral al permitirle al imputado la aceptación de los hechos a cambio de una reducción de la pena. Luego entonces, la fiscalía, el ministerio público, el estado en fin, pueden atender los procesos penales relativamente más relevantes. En el mismo tenor, el imputado obtiene una reducción de la pena –a cambio de la aceptación de los hechos imputados–, y se ahorra el desgaste del juicio oral o los mayores inconvenientes que éste pudiera producirle.

Sin embargo, debemos considerar si fundamentalmente la confesión del imputado acerca de los hechos, concernientes al procedimiento abreviado, es válida y verdaderamente una confesión. En lo particular, considero que es una confesión *acotada* lo que la convierte en una verdad, en palabras de Ferrajoli formal[28] en oposición a jurídica.

En la universalidad de los modelos observados, encontramos que existen una serie de causales por las cuales puede el Juez de Garantía rechazar la petición[29] de procedimiento abreviado. Consecuentemente,

---

[27] Bovino, Alberto, "Procedimiento Abreviado y Juicio por Jurados", en Baigún, David, "Estudios sobre justicia penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier", Editores del Puerto, Argentina, 2005.

[28] Ferrajoli, Luigi, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, México, 2006, p.24.

[29] Generalmente se piensa en el rol como agente activo del fiscal en el procedimiento abreviado. Efectivamente, en el modelo procesal de Chihuahua, pero modelos como el de

cuando el procedimiento abreviado ha sido rechazado por falta de alguna de las formalidades, la confesión de los hechos por parte del imputado, ante autoridad judicial y de supuesta forma libre y espontánea, es borrada del archivo, y su confesión se considera no vinculante para el Juicio Oral.

Esta particularidad por supuesto es lógica y propia de la naturaleza del Procedimiento Abreviado; sin embargo, teóricamente no es tan sencillo.

¿Cómo es que una confesión libre, espontánea, ante autoridad judicial y con asesoría de un defensor en pleno entendido de las consecuencias que ésta acarrea no vincula ni al Imputado?

La única respuesta posible es que en efecto estamos ante la presencia de una confesión, pero una confesión que podríamos llamar *condicional*. Es decir, una confesión acotada a un marco consecuencialista, que pierde valor fuera del contexto de emisión. La propia denominación del *plea of bargaining* en Estados Unidos "*conditional plea*", nos da razón acerca de lo condicionado del reconocimiento de los hechos.

En un marco teórico racional, debemos encontrar una explicación al por qué una confesión, una actuación ante una autoridad judicial pierde todo su valor fuera de su marco de emisión. ¿No podría ser porque quizás el propio estado reconoce que esta confesión puede no ser tan libre después de todo? ¿Acaso esta confesión está afectada de algún tipo de nulidad?

Algunos autores han planteado la idea, de que el propio procedimiento abreviado es un acto coactivo del estado para inducir al imputado a la aceptación de los hechos. La inducción y no la facilitación es un punto importante a distinguir. Generalmente, el Fiscal o Ministerio Público, utilizará la pena como coacción en la búsqueda de que éste acepte los hechos imputados[30]. Un método común, sería el planteamiento

Ecuador y Venezuela permiten la coexistencia de la iniciativa para el fiscal y el imputado indistintamente. De forma final el Código Procesal Penal Colombiano cede la iniciativa directa al imputado para el caso de la sentencia anticipada.

[30] Supongamos que un delito x prevea una pena de 10 años, consecuentemente el fiscal ofrecerá al imputado que si éste acepta los cargos, solicitará una pena mínima de 4 años,

de que si el imputado rehúsa la aceptación de los hechos, el Fiscal pedirá la pena máxima en su contra, lo cual es moralmente cuestionable. ¿Es coactiva la amenaza del fiscal o ministerio público de hacer algo *lícito* –pedir la pena máxima– ¿Aparentemente, podríamos responder que no. En el caso de un imputado que se sabe culpable y observa el aparato probatorio?; sin embargo, ante un imputado inocente ¿No es ésta una presión coactiva[31]?

Finalmente, en esta materia es evidente la coacción. El aparato estatal *vicia la voluntad* del imputado pues el fiscal empleará la solicitud de la pena máxima del delito como forma de amedrentarle.

Sin embargo, debemos tomar en cuenta el argumento esgrimido por Howe. Howe, refiriéndose en lo particular al *plea of bargaining* argumenta que en realidad no es que el estado ejerza coacción sobre la penalidad –pues es facultativo del fiscal solicitarla- sino que de hecho es un beneficio otorgado al imputado en la disminución de la pena[32]. Luego entonces, del argumento de Howe se infiere correctamente que cuando un imputado ejerce su derecho a juicio, el fiscal bien puede pedir la penalidad máxima –que puede ser mucho más que la ofrecida por el *plea*-; y cierto, esto jurídicamente no es incorrecto y es potestativo de la fiscalía. De hecho, Howe acierta cuando sostiene que el imputado –en caso de coimputados– que es sentenciado de manera más severa por ir a juicio, que el imputado que ha aceptado el *plea of bargaining*, está siendo castigado, no por ejercer su derecho a Juicio previo, sino por el delito cometido. Empero cabe cuestionarse si el fiscal, que en un momento dado

---

con oportunidad de que el Juez la reduzca aún más –pues éste no puede imponer una pena mayor a la señalada por el fiscal pero sí una menor-, en cambio, el fiscal plantea el escenario de que ante la negativa del imputado a la aceptación de los hechos, pedirá una pena máxima de diez años. Como es posible observar, nos encontramos plenamente ante un derecho penal transaccional.

31 Osado y liberal pero dudoso, sería ciertamente el insertar un artículo que estipulare que habiendo solicitado el fiscal el procedimiento abreviado –y de esto debe quedar constancia en autos- no puede el fiscal aparejado al propio ofrecimiento el manifestar la pena máxima que solicitará para el imputado en caso de la negativa de aceptación. Asimismo, si el ofrecimiento del fiscal fue la pena mínima con su correspondiente reducción de 1/3, ante la negativa del imputado a la aceptación de los hechos, sería congruente el prohibir que el fiscal solicitara *a posteriori* la pena máxima. Tales variaciones extremas entre penalidad mínima reducida y penalidad máxima son inconsecuentes con el espíritu de equidad de este sistema.

32 Howe, Scott, "The value of plea bargaining", en Oklahoma Law Review, número 4, volúmen 58, Estados Unidos, 2005, pp. 618.

careciera de la figura del *plea of bargaining* y efectivamente debiera llevar a todos los imputados a juicio ¿habría entonces pedido la penalidad máxima[33]?, probablemente no. Luego entonces el *plea of bargaining* no constituye jurídicamente coacción, pero moralmente sí, en tanto el fiscal en ocasiones no tendrá reparos en comunicarle al imputado su intención de solicitar penas exorbitantes en Juicio Oral en contraposición con penas mesuradas y en ocasiones mínimas en el procedimiento abreviado[34].

En otro aspecto, se ha alegado que el imputado está en su derecho de declararse culpable con la consecuente reducción de la penalidad. Sin embargo, más bien estamos en presencia de una declaración confesional acotada *a cambio* – y esta es la frase importante- de una reducción de la penalidad. Si por ejemplo el Juez le dijese al imputado "Digamos que yo le ofreciera una sentencia muy reducida a cambio de que se declare culpable ¿Aceptaría?"; luego entonces, lo que ocurre en el procedimiento abreviado es muy similar, sólo se sustituye al Juez –que en caso de ser facultado despertaría una indignación general– por la figura del fiscal o ministerio público.

---

[33] Sobre este punto en particular, Cristián argumenta –deficientemente creo- que no es que el estado negocie las penas, sino que establece una pena máxima para darle una mayor certeza al imputado en el proceso. La artificialidad de este argumento se prueba cuando se contrasta con la situación común del ofrecimiento de la pena mínima por la fiscalía. Dado que sería un absurdo que el juez redujese aún más la penalidad, se ve obligado a poner la penalidad solicitada por la fiscalía –en virtud del acuerdo vinculante *inter partes*- ; por lo cual es fácil constatar que el argumento en comento es débil e incorrecto., Véase Cristian, Riego, "El procedimiento abreviado", en *El nuevo proceso penal*, Lexis Nexis, Chile, 2004.

[34] Debemos tener cuidado con este punto. El artículo de Howe es excepcional, pero tiene la "particularidad" de presentar una perspectiva *utilitaria* del *plea of bargaining*, tal concepción no es acorde con políticas liberales como las sostenidas por Dworkin –por ejemplo en *Tomando los derechos en serio*, véase nota supra.14- y en particular por las políticas liberales –aparentemente imperantes en la actualidad- de John Rawls, véase Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1977. No es del todo claro que la justificación del procedimiento abreviado se encuentre en políticas utilitarias del derecho penal. ¿Cuál es la legitimación para la reducción de la pena de un imputado efectivamente culpable?
Finalmente, Howe admite que es aceptable que imputados inocentes acepten el *plea of bargaining* porque con una penalidad mínima no enfrentaran los riesgos de ser condenados a una pena mayor y de manera injusta (pp. 629-633), en lo particular sostiene que "*…deniying the bargaining option would only compound the horror for those innocents who would favor a bargained plea...*" (p. 633), en lo particular nos parece un argumento que no sólo es contrario a las políticas liberales Rawlsianas o sostenidas por Dworkin –y probablemente no pudiera siquiera ser justificado bajo la óptica de Bentham o Mill- sino que es francamente deficiente.

De igual forma podemos sostener que el procedimiento abreviado es en cierta forma una eliminación del nexo causal entre pena y delito, ya que la pena no dependerá del delito concretamente, sino de las habilidades de negociación de las partes.

El propio reconocimiento estatal de una confesión acotada a ciertas transacciones es dudoso. Particularmente, estamos con Candia cuando sostiene que la conformidad o confesión del imputado no es un acto de prueba sino "un medio de poner fin al proceso de manera acelerada[35]".

A *contrario sensu,* Candia manifiesta que en procedimiento abreviado cubano, la no relación entre los hechos imputados, las probanzas y la confesión del imputado, impide la aceptación del procedimiento abreviado a la sala, y ésta deberá rechazar de plano la petición[36].

Sin embargo, la categorización de la presunta confesión *acotada* no es el único problema que acarrea esta institución.

En el mismo tenor ¿Es posible que sobrevenga la nulidad de la confesión con motivo del procedimiento abreviado? A este tema, podemos referirnos que el propio estado y el propio proceso penal son los que abiertamente le han dado a la confesión con motivo del procedimiento abreviado, el carácter de *acotada o contextualizada* y por lo tanto inválida fuera de su contexto de emisión. Luego entonces ¿Qué pasa cuando cambia el contexto en el cual fue emitida la confesión acotada? Supongamos que un imputado se encuentra ante el dilema de ir a Juicio Oral o bien aceptar una pena reducida –pero no mínima- de parte del Ministerio Público. El Ministerio Público le comunica sus pruebas, testimoniales, documentos, etc. y con base a ello decide el imputado aceptar los hechos. Si se destruyeran los documentos, si se retractaran los testigos ¿Sobrevendría la nulidad de la confesional? Es evidente que no, pero no podemos negar el hecho de que habrán cambiado las circunstancias y la confesión acotada no se repetiría en el nuevo marco contextual.

---

[35] Candia Ferreira, José, "La sentencia de conformidad en el procedimiento abreviado cubano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Volumen 89, 1997, pp. 430.

[36] Candia Ferreira, José, Ibid. pp. 421.

El dramático caso de la existencia de coimputados genera fuertes problemas en el procedimiento abreviado. Como revisamos en el análisis comparativo existen básicamente dos posturas al respecto, a saber: a) el permitir que el juicio abreviado coexista indistintamente con varios coimputados, a la cual llamamos particularista o b) el impedir el procedimiento o juicio abreviado ante la simple inconformidad de uno de los coimputados, a la cual llamamos modelo consensual.

Personalmente nos decantamos por la opción de un modelo consensual, que consideramos mucho más racional y que acoge Argentina, que junto con Chile han sido los países que más han regulado este proceso. Sin embargo, Chile se decanta por un modelo particularista, por lo cual sería interesante el estudiar la forma de resolución que han tenido sobre ciertos problemas prácticos.

Primeramente, el permitir un modelo particularista respecto al procedimiento abreviado en Chile y en Chihuahua por ejemplo, trae como consecuencia una vulneración del principio de igualdad. Efectivamente, al reconocer el propio estado que la confesión es una confesión acotada –y prácticamente desligarla de un carácter probatorio pleno que no sea contextualizado-, esta confesión podría convertirse en prueba contra los coimputados que intentando probar su inocencia rechazan el procedimiento abreviado y van a Juicio Oral. Aún cuando –supongamos– estuviese prohibido que el Ministerio Público o Fiscal utilizasen la *confesión acotada* del procedimiento abreviado de uno de los coimputados como prueba, ¿Acaso no será en el juez de la causa un medio de convicción que uno de los imputados haya aceptado los hechos que se le imputan a todos?

Bien, este principio nos parece bastante lógico, aún cuando se complique con la existencia de coimputados. Supongamos que a un grupo de personas (a, b, c), se les acusa falsamente de un delito cuya pena privativa de libertad es de cinco años. El Ministerio Público ofrece a los coimputados la pena mínima –un año- y su consecuente reducción de 1/3 por la aceptación de los hechos. El imputado "a" acepta ante la presión del Ministerio Público mientras que "b" y "c" decide ir a Juicio Oral. "a" es condenado en procedimiento abreviado a purgar una sentencia de 8 meses de prisión, mientras que "b" y "c" en Juicio Oral destruyen las pruebas del Ministerio Público y acreditan su inocencia y la imposibilidad de la participación de "a", "b" y "c" en los hechos, consecuen-

temente probando que todos los hechos que se les imputaban eran falsos. ¿Sobreviene entonces la inocencia de "a"? o ¿la condena se mantiene firme en tanto el *juicio* por el cual se sentenció a "a" se mantiene relativamente apartado? Tenemos un caso en donde la comisión del ilícito por parte del aceptante de los cargos se vuelve imposible dada la cosa relativa a los demás coimputados. Parece probable entonces que "a", interponga un amparo, alegando que su derecho constitucional a Juicio Previo no es renunciable y por tanto que debe ir a Juicio Oral (que ante el precedente por supuesto ganará) y la defensa utilice a su favor este juego de interpretaciones constitucionales.

De igual forma, el procedimiento abreviado puede convertirse en un desfogue por parte de funcionarios públicos enjuiciados por delitos de servidores públicos, que deseen ahorrarse la publicidad del juicio; delincuentes con los que usualmente la fiscalía no tendrá reparo en pactar por razones de índole política, purgando penas relativamente menores y manteniéndose ajenos a la exposición pública.

Por supuesto, que la excesiva aceptación[37] y ofrecimiento del procedimiento abreviado es un vicio claro del sistema. Por una parte, la fiscalía frecuentemente ofrecerá el procedimiento abreviado en juicios concisos ante la excesiva carga laboral; de igual forma, los defensores de oficio frecuentemente instigarán al imputado a que acepte acuerdos notoriamente desfavorables –dependiendo del matiz de las probanzas- o bien, acuerdos en casos inciertos que podrían ser litigados con relativa facilidad en Juicio Oral. Estas consideraciones fácticas, parecen haber escapado del universo de legislaciones estudiadas exceptuando Argentina y Chile[38].

V. BIBLIOGRAFÍA

1) Literatura jurídica:
Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1999.

[37] Sobre todo tratándose de defensores de oficio.

[38] No parece entonces tan descabellado el suponer que esta institución podría ser mejorada si en la defensoría de oficio se previera una separación entre el defensor que asesorara la aceptación del procedimiento abreviado, y el defensor que de hecho defendiera al imputado en juicio oral. Al hacer esto, se rompería la causalidad aceptación del procedimiento/carga laboral, que puede viciar la asesoría del defensor de oficio

Bovino, Alberto, "Procedimiento Abreviado y Juicio por Jurados", en Baigún, David, "Estudios sobre justicia penal. Homenajke al profesor Julio B. J. Maier", Editores del Puerto, Argentina, 2005.

Candia Ferreira, José, "La sentencia de conformidad en el procedimiento abreviado cubano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Volumen 89, 1997

Chahuan Sarrás, Sabas, *Manual del nuevo procedimiento penal*, Lexis Nexis, Chile, 2004

Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *La reforma al sistema de justicia penal en México, Algunas evidencias para la Discusión*, Documento de Trabajo núm. 102, IIJ-UNAM, México, 2007.

_____, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales*?, Porrúa, UNAM, México, 2008.

Carocca Pérez, Alex, *Manual del nuevo sistema procesal penal*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, Chile, 2005.

Cochran, Robert F., "How do you plead, guilty or not guilty?: does the plea inquiry violate the defendant's right to silence?, *Cardozo Law Review*, USA, Vol. 24, Num. 4, 2005.

Dworkin, Ronald, *The philosophy of Law*, Ed., Oxford University Press, USA, 1977.

_____*Tomando los Derechos en Serio*, Barcelona Editorial, España, 1ª Edición 1984, 5ta reimpresión 2002.

Ferrajoli, Luigi, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, México, 2006.

Howe, Scott "The value of plea bargaining", en *Oklahoma Law Review*, número 4, volúmen 58, Estados Unidos, 2005.

Marchisio, Adrian, Marchisio, *El Principio de oportunidad y salidas alternativas a Juicio Oral en América Latina*, Editorial Ad Hoc, Argentina, 2002.

Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1977

Salazar Murillo, Ronald, "El Procedimiento Abreviado", en *Revista de Asociación de Ciencias Penales*, año 18, núm.24, Costa Rica, 2006.

2) Legislación:

Arizona State Court Rules

Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua

Código Procesal Penal de la Nación Argentina

Código de Procedimiento Penal de Ecuador

Código de Procedimiento Penal de Chile

Código de Procedimientos Penales de El Salvador

Código Procesal Penal de Colombia

Código Orgánico de Proceso Penal de Venezuela

Federal Rules of Criminal Procedure

Rules of Court from Arizona

Derecho Penal

LA TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN

Prof. Dr. Alfonso Zambrano Pasquel

En la perpetración de los delitos no siempre se da la situación de la intervención de un solo sujeto, produciéndose en más de una ocasión la intervención de un concurso de voluntades con identidad criminosa. En determinados tipos penales la colaboración de más de uno es necesaria como acontece con el duelo y la bigamia, en otros ese concurso es eventual (Cf. Alfonso Reyes. Derecho Penal, Universidad Externado de Bogotá, 1980,pág. 183).

La intervención o colaboración en la comisión de un delito nos permite predicar de tales sujetos la condición de **partícipes**, limitando esa categoría para quienes confluyen en calidad de **autores** o de **cómplices**, debiendo por de pronto apuntar que es equivocado darle condición de partícipe al encubridor pues la intervención de éste se evidencia cuando el delito ha sido ya cometido por la gestión de los autores y la colaboración de los cómplices, y técnicamente **no participa** en la comisión. Se hace presente cuando el acto típico es ya histórico, con ese previo conocimiento con miras a beneficiar a los partícipes; significa afirmar que no es ni siquiera un auxiliar en la comisión porque interviene posteriormente.

En la finalidad sancionadora del Derecho Penal surgen las dificultades por la presencia accesoria de personas que en forma anterior o simultánea coadyuvan en el proceso delictual con el sujeto principal, para aprehender penalmente dichas conductas surge la creación de un dispositivo ampliatorio de la adecuación típica que permitirá la sanción penal, por la figura de la **coparticipación**. Las normas de orientación para la ubicación de los partícipes en una u otra categoría son proporcionadas por el legislador, con la salvedad anticipada de no haber uniformidad doctrinaria en el estudio de las formas de participación.

El concurso delictivo supone una pluralidad de sujetos que forman parte en la ejecución (autores y cómplices), una participación orientada a la obtención de un determinado resultado y una adecuación en un mismo tipo penal, sin estos requisitos no cabe aceptar el concurso.

Podemos sentar como premisa que en la estructura de la participación encontramos a los **autores** y a los **cómplices**, que con respecto a los primeros suélese denominarlos como **autores materiales** e **intelectuales, mediatos** y **coautores**, y de los segundos afirmamos una subclasificación en **cómplices primarios** o **necesarios y secundarios**.

AUTOR

Es la persona que ejecuta la conducta típica (A. Reyes. La Tipicidad, Universidad Externado de Bogotá, 1981, pág. 209), agregando a esto el Prof. *Enrique Cury* que debe intervenir siquiera parcialmente en el proceso ejecutivo y poseer el dominio subjetivo del acto (Orientación para el estudio de la Teoría del Delito, Valparaíso, 1969, pág. 272).

Autor de un delito es igualmente el inimputable aún cuando no tenga la capacidad de comprender la ilicitud del comportamiento y de determinarse conforme a esa comprensión, lo que acontecerá es que su actuar será inculpable, y como consecuencia de la falta de juicio de reprochabilidad o de desaprobación de la conducta no se le impondrá pena. El autor puede realizar la conducta típica en forma directa o inmediata, o valiéndose de un tercero inimputable o no.

Autor material

Podemos así denominar a aquel que de manera directa o indirecta adecua su conducta en la hipótesis prevista como delictiva, debiendo observarse que estudiaba la participación dentro del esquema de la tipicidad, un sujeto puede ser autor de una conducta típica y obrar amparado por una causal de justificación que opera como aspecto negativo de la antijuridicidad, puede ser autor de una conducta típica y antijurídica y estar amparado en una causal de inculpabilidad, pero no por ello dejará de ser autor.

Cuando el sujeto actúa en forma inmediata o personal lo llamamos **autor material directo**, como cuando Juan sustrae fraudulentamente una cosa ajena con ánimo de apropiación.

Autor material indirecto es aquel que se vale de medios como por ejemplo, los mecánicos o animales, de suerte que su actividad no será

objetivamente personal, sino mediando el uso de medios como los preindicados. Dentro de la formulación de autores **inmediatos** y **mediatos** el prof. Soler (Derecho Penal Argentino, Editora Argentina, Buenos Aires, 1970, Tomo II, pág. 244 y siguientes), considera como inmediato al que ejecuta la acción en forma directa y por sí mismo y como autor mediato al "que ejecuta la acción por medio de otro sujeto que no es culpable, o no es imputable, pero es autor". Esto nos lleva a concluir que si el autor se vale de un inimputable será **mediato** y en el evento de emplear un instrumento mecánico o un animal será **autor material indirecto.**

Autor intelectual

Es el sujeto que realiza el comportamiento típico valiéndose de un tercero que será el autor material, a fin de evitar equívocos destacamos que el **autor material** debe ser sujeto imputable, esto es dotado de la capacidad genérica de comprender la ilicitud de su conducta aún cuando en la situación concreta pudiere encontrarse impedido de comprender la ilicitud del comportamiento, como cuando media un error de prohibición inducido por un tercero, que será el autor intelectual.

Al **autor intelectual** se lo denomina también instigador o determinador dándole la calificación de **inductor**; Cury (Ob. cit., pág. 276) expresa que, "es el que de manera directa, forma en otro sujeto la resolución de ejecutar una acción típica y antijurídica".

Realmente la autoría intelectual no puede ser ajena a la instigación, dado que se crea en el tercero el ánimo o propósito de delinquir induciéndolo a cometer materialmente el delito o más propiamente el acto típico, que le pertenece igualmente al primero. Si no hubiere la decisión de delinquir en el inducido esto es que no ejecute el acto, el inductor dejará de ser autor intelectual, podría eventualmente responder como autor material de la instigación que es delito con autonomía estructural.

El **autor intelectual** puede emplear como medios la orden, como cuando el superior jerárquico exteriorizando su voluntad le impone al subordinado que actúe en cierta forma que es constitutiva de delito, caso

en el que este último será autor material eventualmente inculpable por la no exigibilidad de otra conducta.

Puede ser **autor intelectual por mandato**, cuando surge el acuerdo de voluntades que contratan una actividad criminal habiendo estrecha relación entre el mandante cuya autoría es intelectual y el mandatario o ejecutor material, que ejecuta el acto confiado en beneficio del primero. No hay evidentemente una división de trabajo como ocurre en la **coautoría impropia** (tratada separadamente) sino un encargo delictivo aceptado por el tercero, por un beneficio que bien puede ser cuantificado económicamente o por otra causa como la oferta de cumplir una promesa futura.

Autor intelectual por coacción es el sujeto que mediante un acto de contreñimiento físico o psicológico apremia a otro para que ejecute un delito, el mismo que debe tener la condición de ser capaz de comprender el injusto del actuar, pero encontrarse en la situación concreta con la voluntad coacta, lo que le impide determinarse libremente. Si se da la situación de un miedo insuperable el actuar del ejecutor material será inculpable, por la circunstancia anotada. Contrario a nuestra formulación se pronuncia el prof. Cury, quien afirma que "si el ejecutor material no realiza una acción sino que es forzado, o si mediante engaño se lo resuelve a la realización no dolosa del acto, no hay inducción sino autoría mediata" (Orientaciones para el Estudio de la Teoría del Delito, p. 277). Sebastian Soler considera el autor intelectual por coacción, en la que no existe intervención alguna de la subjetividad libre del coacto, como autor inmediato, mencionando los ejemplos de la violencia y de la orden irrecusable en los que se desplaza la calidad de autor al que ejerce la violencia o da la orden. (Derecho Penal Argentino, Tomo II, p. 245).

La disconformidad doctrinaria la apreciamos por la ubicación que se le dé a la obediencia debida, ora como causa de justificación o como causa de inculpabilidad, pareciéndonos apropiado resolver la situación del autor material en el juicio de culpabilidad en el que el reproche se le formulará al autor intelectual únicamente.

Autor intelectual por consejo es a nuestro entender propiamente el instigador, esto es aquel que convence por medios persuasivos –diferentes a los anteriores–, a un sujeto para que tome una resolución

delictiva, siendo el tercero igualmente culpable pues hay en éste la realización dolosa de un tipo, la labor del instigador consigue minar la resistencia natural al delito en el instigado que se resuelve a actuar voluntariamente una vez que fue persuadido para hacerlo.

Al **autor intelectual por consejo o instigador** podemos denominarlo también, motor. El empleo de los medios persuasivos puede efectuarse en forma expresa o en forma tácita, valiéndose de cualquier artificio para conseguir la resolución criminal del autor material que podría en una situación fáctica actuar inculpablemente como cuando media un engaño determinante para conducirlo al error de prohibición. En el evento contrario de haberse convencido libremente (sin error), será consecuentemente culpable al igual que el instigador. Tal sería el caso de quien induce a otro a tomar para el primero algo que es ajeno, con el conocimiento del tercero de la ajenidad de la cosa, aquí habrá plena responsabilidad penal. Pero si se lo persuade que tome algo, que afirma el inductor que le pertenece y en ese convencimiento errado se produce la sustracción, responderá penalmente el inductor pues el inducido habrá actuado creyendo que lo que hacía era lícito por tener derecho a la cosa el instigador, obrando atípicamente el instigado.

Autor mediato

Es el que ejecuta la acción por medio de otro que no es culpable o no es imputable (Soler. Ob. cit. Tomo II, pág. 245), que se vale de la acción de un tercero que es atípica para ejecutar un acto típico (Cury. Ob. cit., pág. 274). Hay en el autor mediato el dominio final del referido acto apareciendo en cierto modo la conducta del tercero como un mero instrumento.

Aceptando la condición de ser inculpable el tercero, la inculpabilidad en términos generales es consecuencia de tratarse de un inimputable, de obrar en circunstancias de error de prohibición o de no exigibilidad de otra conducta. El prof. *Reyes Echandía* (La Tipicidad, Ob. Cit. pág. 214), concluye afirmando que el autor mediato no es más que el autor material que utiliza instrumentalmente -o como instrumento- a un ejecutor que podría obrar atípicamente, o se trata de un autor intelectual que se vale de un autor material que estará amparado en una causal de justificación o de inculpabilidad. Solución que nos parece apropiada para

ubicar la conducta del autor mediato dentro de la estructura de la participación.

Parece prudente reservar la calidad de ejecutor material al tercero que obra en circunstancias de error de tipo (ajenidad de la cosa sustraída), para diferenciarlo del autor material y obtener de esa manera el desplazamiento de la autoría a quien debe responder penalmente.

Coautores

Son los sujetos que teniendo individual y separadamente la calidad de autores, toman parte en la ejecución de un mismo acto típico en forma inmediata y directa. Lo hacen por acto propio sin valerse de terceros (*Alfredo Etcheverry*. Derecho Penal Chileno, Editora Nacional, Santiago de Chile, 1976, Tomo II, p. 68), la acción y responsabilidad no dependen de la acción y responsabilidad de otros sujetos (Sebastián Soler, Tomo II, p. 251).

Se toma como criterio para darle la calidad de coautor, al autor que no deja de ser tal cuando se suprime hipotéticamente la participación de los demás autores.

Exígense requisitos objetivos y subjetivos para aceptar la coautoría como forma de participación: a) Identidad en el mismo tipo de delito de manera que haya confluencia en la ejecución de un evento criminoso, debe haber vinculación entre los copartícipes y el mismo hecho, por ej. matar, o cohechar. b) La voluntad de todos se dirige al mismo delito, destacándose la identidad dolosa esto es el querer de un mismo resultado típico. De no existir esta dualidad se observará la actividad de cada uno en forma separada, siguiendo el viejo aforismo de que "cada cual responde de su propia culpa". Consecuentemente con lo anterior debe haber capacidad de autoría en cada uno de los copartícipes, de manera que cuando se exige una determinada calidad en el sujeto activo esta calidad debe predicarse de todos (A. Reyes. La Tipicidad, pág. 215), esto no significa afirmar que la actividad de los que intervienen con el sujeto activo calificado resulte impune sino que la participación no será en calidad de coautores sino de cómplices.

No es necesaria sino eventual la convergencia de voluntades para cometer un mismo tipo delictivo, en los casos en que la exigencia legal

determina una pluralidad de sujetos, son únicamente **autores**. La **coautoría** se pone de manifiesto tanto cuando los sujetos intervienen por igual realizando en forma total y al mismo tiempo la conducta típica que fue acordada, como cuando convienen en una división de la empresa criminal, obra que en su totalidad es unitaria, pues se trata de una actividad en común por la que responderán todos en la misma calidad. En el primer caso se sostiene que la **coautoría es propia**, como cuando varios sujetos acuerdan matar a Juan y lo consiguen disparándole. Será **impropia** la coautoría, cuando los coautores realizan por separado y previa división actos que en visión unitaria son parte de un gran todo, que es el delito. Ocurre así cuando para robar se planifica lo que hará cada uno de los copartícipes de manera que uno por ejemplo, conduce el vehículo, otro violenta las seguridades de acceso y los demás se sustraen las cosas que son llevadas en el vehículo conducido por el primero, aquí responderán como coautores.

El prof. Reyes *Echandía* (Ob. cit., págs. 215 y 216), formula una importante consideración cuando afirma la distinción entre **coautoría intelectual** y **coautoría material**, puede darse la hipótesis de que algunos sujetos acuerden una empresa delictiva, pero para la ejecución de lo acordado contraten a otro u otros. Así serán coautores intelectuales tres individuos que deciden matar a Pedro, si en la ejecución del delito buscan y obtienen el consentimiento -previo paga- de Juan y José, sea que en forma mancomunada y por igual ejecuten el contrato como si lo apuñalan (**coautores materiales directos**), o se dividen el trabajo, el uno lo imposibilita para que se defienda, lo golpea y el otro le dispara, obteniendo el resultado previsto y querido (**coautores materiales indirectos**).

Otro aspecto de importancia es que la conducta de los coautores debe subsumirse en el mismo tipo penal y en las mismas condiciones, atendiendo a las exigencias del tipo con relación a la calidad que se requiere en los autores pues esta circunstancia personal es **incomunicable**, de manera que el particular no será coautor del delito de peculado por faltarle la condición de funcionario público, aún cuando deberá responder penalmente por la participación que hubiere tenido. Igual ocurre en el infanticidio honoris causa en el que el privilegio de la madre no se extiende a los particulares que coparticipan, los que serán penados por homicidio.

Fórmula de solución es que habiendo pluralidad de sujetos uno cualquiera de ellos debe tener la condición cualificante requerida en el tipo, de manera que deberá intervenir un funcionario público en el peculado o en el caso del cohecho. La situación de los copartícipes podría ser la de cómplices o instigadores, pero no pueden ser coautores, porque la autoría se determina por una circunstancia que no puede comunicarse por ser personal, como ocurre también en el delito de parricidio en el que el parentesco es incomunicable y sólo podrá ser autor quien tenga tal calidad. Si hay coparticipación el tercero responderá por el delito de homicidio o asesinato si actuó de manera coejecutiva con el autor del parricidio. De haber cooperado responderá por parricidio si tenía conocimiento de esa situación (relación de parentesco entre ofensor y ofendido) pero no como coautor sino como cómplice.

El agente provocador

Es aquel que instiga a otro que actúa como autor material, para que cometa un delito con la finalidad de que sea descubierto y sancionado por la justicia (*Etcheverry*. Tomo II, pág. 72). La responsabilidad penal del autor material parece ser incuestionable más el examen particularizado de la forma como proceda el inductor merece algunas consideraciones, bien porque podría darse la hipótesis de un actuar atípico, o porque el inductor deba responder también penalmente.

Situación compleja es la intervención del provocador con actos de verdadera instigación, consejo, proposición, etc., que pretende que se cometa un delito para que se sancione al provocado. En este caso distinguimos dos hipótesis, si el provocado se resiste debe responder el provocador como **instigador**, esto es por un tipo delictivo autónomo, y si el provocado comete el delito éste responde como **autor material** y el primero como **autor intelectual**.

Cuando se trata de bienes indisponibles como la vida carece de relevancia jurídica la situación del agente provocador o inductor y si el provocado lo mata responderá penalmente.

En determinados delitos como el cohecho, cuando la provocación proviene del *intraneus* (el funcionario público) debe considerarse que de *lege lata* el provocador y el provocado son sujetos activos del cohecho,

siendo el sujeto pasivo el Estado y el bien jurídico protegido la fidelidad del funcionario público. La justificación del funcionario público de preconstituir una prueba del delito del extraneus **no es solución pacífica**, debe entenderse racionalmente que el provocado **necesita** de un determinado servicio de dependiente estatal y la actitud de éste –de prestarse a la coima o forma asimilada de ella–, lo resuelve a la proposición de la corrupción. Bien puede argumentarse que el funcionario público se aprovechó de la necesidad del provocado para inducirlo al delito debiendo responder por igual los dos. Requiere que la instigación se haga públicamente (art. 386 del Código Penal).

El *prof. Jiménez de Asúa* advierte una diferencia entre el instigador (aquel que mueve el ánimo de otro hasta hacer que se convierta es autor de un delito) y el **agente provocador**, pues la intención de éste es la de que se cometa un delito sino la de que el agente sea descubierto, (La Ley y el Delito, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1967,pág. 508), apareciendo como criterio diferenciador: la finalidad de determinar la comisión del acto ilícito, o de ponerlo al provocado en circunstancias de aprehensión o de requerimiento judicial.

CÓMPLICE

De acuerdo con la teoría de la participación, COMPLICES son los que participan en la comisión de una conducta típica ajena con respecto a la que un tercero es el autor material. El cómplice coopera a la ejecución con actos anteriores o concomitantes, sin realizar la conducta típica (Alfonso Reyes. La Tipicidad, Ob. Cit. pág. 221), de manera que su intervención es coadyuvante de la conducta principal que corresponde al autor, esto nos permite decir que la participación del cómplice es accesoria ya que lo que hace es contribuir a que otro ejecute o cometa un acto ilícito. Aparece como uno de los requisitos la **accesoriedad** de la participación del cómplice, entendida en el sentido de no poder subsistir la complicidad sin la presencia de la autoría, esto es que no pueden haber cómplices si no existen autores. Puede darse el evento de que una persona sea autor de un delito y no requiera de cómplices, pero es inaceptable reputar complicidad sin la autoría que es principal. El **cómplice** colabora con un **autor material** (A. Reyes. Ob. cit., pág. 223) pues el **autor intelectual** se vale de un ejecutor material para obtener el resultado, no pudiendo confluir la conducta de un cómplice con un **autor**

intelectual a menos que se sume a ellos el **autor material**. Otro requisito es el de contribuir o cooperar en la comisión de una conducta típica ajena, la participación en una conducta típica propia lo podría convertir en coautor. Reconociendo la complejidad de diferenciar al **cómplice primario del coautor** "pues objetivamente los aportes de ambos aparecerán como integrantes de la consumación", el Prof. *Sebastián Soler* (Derecho Penal Argentino, Ob. Cit. Tomo II, pág. 272) la considera sin importancia alguna por la asimilación punitiva en la responsabilidad penal de ambos partícipes, más a nosotros nos parece que la diferenciación técnica entre el **cómplice primario** y el **coautor** reside en la finalidad del **coautor** que es la de ejecutar y el cómplice la de ayudar a que otro ejecute. La cooperación tiene que ser con actos precedentes o concomitantes, la intervención subsiguiente o posterior al delito será realmente la figura autónoma del encubrimiento, aquí ya no hay realmente cooperación porque no se puede hacer aportaciones a la realización de un hecho ya concluido, según afirma el Prof. *Enrique Cury* (Orientación para el estudio de la Teoría del Delito, Ob. Cit. pág. 277). La calidad de la colaboración tiene que ser apreciada en el hecho en concreto y no hacer formulaciones abstractas para calificar la complicidad como primaria o secundaria, éste es uno de los aspectos más serios por las repercusiones en la esfera de la punibilidad. Nos hace meditar la intervención, cometido el delito pero previo concierto con el autor, como cuando se le ofrece borrar las huellas que pudiere dejar en el sitio o se le ofrece la posibilidad de ocultarlo una vez que hubiere sido cometido el ilícito penal. Cualquiera de estas formas de intervención de *lege lata* las consideramos como encubrimiento cuando no medió el previo concierto.

ENCUBRIDOR

Habiendo definición legal en el Código Penal ecuatoriano en el art. 44, la transcribimos para mayor información y comentario: "Son encubridores los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o los favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o

huellas del delito, o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente".

Nuestro antiguo código, trae una enumeración exhaustiva de las formas como se puede favorecer al sujeto activo de delito, y reputar ese acto posterior al de la comisión del delito, como de encubrimiento. Habíamos ya apuntado que el auxilio posterior en el encubrimiento no debe obedecer a un acuerdo previo, pues en esas circunstancias bien podríamos ubicar la conducta en una de las formas de complicidad o de autoría.

Resultará ser el encubrimiento una intervención residual que se predicará de un sujeto que con el conocimiento previo de la perpetración de un delito, o de los actos que se ejecutan para llevarlo a cabo, sin participar como autor o cómplice, actúa posteriormente a su comisión o frustración adecuando su conducta en alguna de las hipótesis que previó el legislador. Hoy se niega que el encubridor sea un partícipe (Cf. *Cury*. Ob. Cit. pág. 279), pues su intervención se presenta en la mayoría de los casos cuando el delito se ha cometido, o excepcionalmente se pena el encubrimiento por la sola circunstancia de proporcionar en forma reiterada escondite o sitio de reunión o ayuda a los sujetos activos de delito. La tendencia preponderante es de tratar el encubrimiento como un tipo penal con verdadera estructura y autonomía jurídica, advertimos que muchas hipótesis -aún las mencionadas por el legislador ecuatoriano- son delitos autónomos.

La ocultación de los instrumentos o pruebas del delito, puede constituir delito contra la actividad judicial cuando se mueve a engaño al juez en el decurso de un proceso. Como realmente el encubridor no es partícipe, calificación reservada a los que intervienen en la comisión del delito ejecutándolo (autores) o cooperando a su ejecución (cómplices); debe excluirse de la participación toda intervención que no consista en producir un delito o contribuir a ello (*Soler*. Ob. Cit. Tomo II, pág. 239). Nada puede agregar al delito ya cometido la conducta posterior del que auxilia al delincuente -para tomar las palabras del legislador-, como dice el Prof. *Soler* (Ob. cit. Tomo V, pág. 248) "con esta acción ulterior sólo puede alcanzarse a tornar imposible la acción de la justicia; contra ésta actúa en forma clara y autónoma, el encubridor". **Son presupuestos del encubrimiento,** la existencia de un hecho precedente y cierto, que es la

comisión de un delito, con la excepción de lo que dispone el art. 44 en su parte inicial cuando afirma que son encubridores los que conociendo la conducta delictuosa, proporcionan habitualmente alojamiento, escondite o lugar de reunión.

De *lege ferenda* debe penarse esta conducta como delito autónomo pero objetivamente aparece como inaplicable, pues el encubrimiento genera una pena de una cuarta parte de la aplicable a los autores del delito. El encubrimiento puede predicarse de un delito consumado o que se encuentre en fase de tentativa (dispositivo ampliador del tipo o forma ampliada de adecuación) y con respecto a cualquier forma de participación, esto es de un autor, de un instigador, de un cómplice, etc. Se demanda como condición negativa del encubrimiento, la ausencia de promesa anterior al delito de prestar auxilio una vez cometido, por las razones ya expuestas. Como se ha destacado el conocimiento previo de la participación en un delito, basta con que actúe el encubridor con dolo eventual, descartando la admisión de un encubrimiento culposo pues el favorecimiento, ocultación, destrucción de vestigios del delito, etc., se efectúa a sabiendas. El **favorecimiento** puede ser **real**, cuando se ocultan o destruyen los efectos o instrumentos del delito para evitar el descubrimiento ("represión" dice nuestro código), pudiendo estar referido al objeto material del delito -cuerpo de la víctima-, a las huellas o vestigios, en ropas, muebles, etc., o a los instrumentos del delito, apreciados como las armas con que se lo hubiere cometido (Cf. *Alfredo Etcheverry*, Derecho Penal, Editora Nacional, Santiago de Chile, 1976, Tomo II, pág. 76). El **favorecimiento** puede ser personal, al que se lo subclasifica en **ocasional** y en **habitual**. Es **ocasional**, el contemplado en el art. 44 cuando se destaca como encubrimiento, proporcionar los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido, y **habitual** cuando hay la repetición de actos de favorecimiento, suministrando alojamiento, escondite o lugar de reunión.

REFLEXIONES FINALES SOBRE LA TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN

En la versada opinión del profesor EUGENIO RAUL ZAFFARONI, el penalista más importante de esta parte del mundo hispano parlante, al referirse a la configuración jurídica de la concurrencia de personas, "como en cualquier obra humana, en el delito pueden intervenir varias

personas desempeñando roles parecidos o diferentes, lo que da lugar a los problemas de la llamada participación (*concurrencia o concurso*) de personas en el delito, como complejo de cuestiones especiales de la tipicidad.

Cabe precisar que la expresión *participación*, tiene dos sentidos diferentes: a) en sentido amplio, *participación* es el fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas toma parte en el delito, como *participantes* en el carácter que fuere, es decir, como autores cómplices e instigadores; b) en sentido limitado, se entiende por participación el fenómeno por el que una o más personas *toman parte en el delito ajeno, siendo partícipes sólo los cómplices y los instigadores*, con exclusión de los autores" (DERECHO PENAL. Parte General. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 735).

Hay quienes piensan incluso, en la figura de un autor único para evitar discusiones en la concurrencia de personas en la comisión de un delito, pero a la postre resulta indispensable poder establecer nítidas diferencias entre el autor y los partícipes, pues el ejercicio real del poder punitivo estatal está condicionado a la calidad de las personas que concurren en la comisión de un delito, para poder imponer la pena respetando el principio de la proporcionalidad. Se consideran autores a quienes cometen el delito de propia mano, como bien dice el profesor GÜNTHER JAKOBS, "autor es siempre quien comete el hecho por si mismo, es decir quien ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito", (DERECHO PENAL, *Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2da. Edición corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 744).

El cómplice es el que participa en la comisión de un delito ayudando o cooperando con el autor, el autor que comete por si mismo un delito puede ser al mismo tiempo coautor junto con otro interviniente si este otro es responsable, en plano de igualdad por configuración. Como expresa el propio JAKOBS, "El Derecho Penal al reconocer la coautoría, está extrayendo la consecuencia lógica de que sea posible la división del trabajo. La coautoría concurre cuando según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes en la ejecución codeterminan la

configuración de ésta, o el que se lleve o no a cabo" (ob.cit. p. 745). En la dogmática penal se llega a considerar a un partícipe con el mismo nivel de culpabilidad y de responsabilidad que el autor, pues en ocasiones la participación es de tal gravedad que sin su concurso el hecho no se habría producido.

En el ordenamiento penal ecuatoriano de acuerdo con el Art. 44 del Código Penal, se reputan como autores a aquellos partícipes sin cuya concurrencia el hecho no se habría producido, esto es lo que denominamos *cómplices primarios o necesarios*, vale decir que sin ser técnicamente autores se los reputa como tales para efectos de la determinación de la pena; como dice E. R. ZAFFARONI, " quienes hacen el aporte necesario y no pueden ser considerados autores, son precisamente los cooperadores necesarios, a quienes se les depara el mismo tratamiento punitivo que a los autores, y que se distinguen de los simples cómplices o cooperadores no necesarios (ob. cit. p. 736-737) ; y, se reserva la calidad de cómplices secundarios o accesorios a aquellos cuya participación es intrascendente, es decir que el hecho igualmente se habría producido sin su concurso; la complicidad secundaria es aquella a la cual se refiere el Art. 43 del Código Penal ecuatoriano.

En el concepto del Prof. JAKOBS, uno de los iconos mas importantes del Derecho Penal en el siglo 21, "cuantas mas personas tomen parte, en menor grado puede bastar, contabilizada en absoluto, la aportación en coautoría e incluso como configuradora en plano de igualdad: tal es la consecuencia en dogmática penal, del efecto anonimizador de la división del trabajo. Pero siempre hace falta una aportación de la medida de las demás aportaciones; pues, en la modalidad concreta, determina algo todo aquel que llega a ser causal de un delito, es decir, incluso un mero partícipe" (ob. cit. p. 751). Esto es, que el cooperador necesario, al menos si aporta su participación después del comienzo de ejecución, se convierte en coautor.

Atentamente,

Prof. Dr. Alfonso Zambrano Pasquel
Azp.

APROXIMACIÓN VICTIMOLÓGICA AL CONFLICTO PENAL

Fernando Yavar Umpiérrez [*]

> *"En el mundo penal la lesión la sufre el señor (Estado, república, monarca, el que manda) y la víctima es solo un dato, una prueba, que si no se aviene a serlo se la obliga y coerciona incluso con el mismo trato que su ofensor. En síntesis: el ofensor no es la persona que ofendió sino un constructo de la retorta alquímica del derecho penal, y la víctima no es la persona ofendida, sino un dato que es menester aportar al proceso; la víctima no es una persona, es una prueba".*[1]

1. EL CONFLICTO COMO ESENCIA DEL DERECHO PENAL.-

El Derecho Penal por esencia (y por regla general) regula conflictos[2] *inter partes*; así, la pareja penal [3] (víctima–victimario) [4] emerge con la

---

[*] Abogado, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil; Profesor Invitado de Teoría Penal, Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil; Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena; Agente Fiscal de lo Penal del Guayas –Unidad de Delitos Misceláneos; fyavar@gye.satnet.net– www.yavar-law.com

1 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Prólogo, en: Messuti, Ana, *El tiempo como pena,* Campomanes Libros, Buenos Aires, 2001, p. 7-8. Citado por Reyna Alfaro, Luis Miguel, Estudio Final*: La víctima en el sistema penal,* en A.A.V.V., *La Víctima en el Sistema Penal - Dogmática, proceso y política criminal,* Editorial Jurídica Grijley, Lima 2006, P. 104.

2 Esta tesis no pretende analizar lo relativo de la categoría "delito" y a las "etiquetas" que con su nombre las sociedades han impuesto a conflictos de variada orden, no siempre protegiendo bienes jurídicos fundamentales o haciéndolo sin ser necesario, por existir otras vías legales que lo puedan remediar de forma mucho más eficaz. Para profundizar dicha temática confróntese Bodero, Edmundo Rene. *Relatividad y Delito,* Editorial Temis, 2002. Sobre las teorías del etiquetamiento vid. García –Pablos De Molina, Antonio, *Criminología– Una introducción a sus fundamentos teóricos,* Edición Castellana para Latinoamérica, 1ra. Edición Peruana, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales –Juris Consulti Editores– Editorial San Marcos, Lima, p. 394-398.

3 Término creado por Benjamín Mendelshon en el que se alude a la pareja (couple) formada por el criminal y su víctima y que debe ser distinguida de la *pareja criminal* (coppia criminale o crime a deux) de Escipión Sighele. Cfr. Rodriguez Manzanera, Luis, *Victimología – Eestudio de la Víctima,* Editorial Porrúa S.A., México, 1990, p. 128.

adecuación típica de una conducta a una hipótesis conductual prevista en la ley. Sin perjuicio de que existen casos en los cuales los ofendidos, de acuerdo al bien jurídico tutelado, son corporaciones o entidades públicas, en la mayoría de los casos nos encontramos ante dos personas físicas que se vinculan por la afectación de los derechos de una por parte de la otra.

Ante la existencia de un conflicto, el derecho intenta proponer soluciones para dar por terminado el mismo y volver (o intentar volver) las cosas al estado anterior. Muchas veces se llega a esas soluciones sin la intervención del sistema procesal (p. ej. mediación), en otras la administración de justicia es la vía (o debería serlo). Es así, que todo sistema de justicia –que se corresponda con los parámetros que el Estado Democrático de Derecho– impone, ante la constatación (prueba) de un conflicto, la reparación de la lesión del ofendido.

En la justicia penal antigua, la víctima tenía un papel preponderante en la sustanciación de las causas y cuando decidía poner en marcha los organismos colectivos de resolución de conflictos, su opinión trazaba la vía de la reparación. Sin embargo, la aparición de la persecución penal pública o estatal en el siglo XIII provocó la exclusión de uno de los protagonistas del conflicto: la víctima.[5] En palabras de CANCIO MELIÁ, "la víctima vive un papel marginal, confinada a una consideración puntual como "sujeto pasivo" o incluso como "objeto material" del delito".[6] Es que el derecho penal moderno ha generado la "neutralización de la víctima"[7], en el momento en el que la satisfacción del sujeto lesionado es sustituida por la retribución de un hecho injusto[8].

---

4 Sobre la primera pareja penal de la historia: Caín y Abel, ver Neuman, Elías, *Victimologia,* Editorial Universidad, Buenos Aires, 1988, p. 99-101.

5 Cfr. Bovino, Alberto. *La Persecución Penal Pública en el Derecho Anglosajón* en XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, Lima, 2004, p. 37.

6 Cancio Meliá, Manuel, *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima "imputación a la víctima",* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 9.

7 Hassemer, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal,* traducción de Francisco Muñoz Conde & Luis Arroyo, Bosch, Barcelona, 1984, p. 70. Dicho autor en la misma obra señala mas adelante: "El Derecho Penal esta orientado hacia el autor de delito", p. 89.

8 CANCIO MELIÁ, Manuel, ob. cit., p. 9.

2. EXPROPIACIÓN DEL CONFLICTO POR PARTE DEL SOBERANO/ESTADO.-

> *… No castigamos el consumo de drogas, el menosprecio a los símbolos patrios o las exhibiciones obscenas porque ocasionen daños. Perseguimos estas acciones porque constituyen síntomas de espíritus aviesos, de actitudes pecaminosas. La condena no recae sobre el acto, recae sobre la persona desobediente. De esta premisa se sigue que la víctima carece de importancia; el delincuente no actúa contra sus congéneres sino que desobedece a DIOS. Este olvido del que sufre el daño priva al derecho de la misión de dignificar a la víctima a través de la condena del transgresor. Si el derecho penal sirve para algo en una sociedad secular, este algo consiste en prevenir daños y, al suceder los daños, en devolverle a las personas el respeto requerido para ser sujetos morales plenos. El chantajeado, el violado y la persona transformada en cosa por la violencia merecen un remedio institucional redignificante. Este remedio es la condena penal lograda mediante la participación del ofendido en el proceso. Llamo a esta versión del derecho, "derecho protector". En cambio, el "derecho perfeccionista" no cumple esta misión.*[9]

Desde la Inquisición, el conflicto dejó de ser paralelo, de tener dos partes para convertirse en un triangulo, cuya base (víctima) se nublo por la polvareda ocasionada por la búsqueda de la verdad entre las otras dos partes (victimario y soberano o Estado). Esa búsqueda de la verdad también se vio afectada en el modo de obtenerla; hasta antes de la configuración del triángulo, la lucha o *disputatio* entre la víctima y el victimario, fue el paradigma, después, lo fue la investigación o *inquisitio* realizada por el soberano o sus representantes.[10]

Para ZAFFARONI: "la *inquisitio* en el ámbito procesal (y como método de conocimiento) se instaló primero en la burocratización de la Iglesia, cuando ésta se jerarquizó como consecuencia de su romanización;

---

[9] Malamud Goti, Jaime, *Prólogo,* en Bovino, Alberto, *La Participación de la Víctima en el Procedimiento Penal,* en: Revista Jurídica # 19 de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, 2005, p. 495-496.

[10] Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl – Slokar, Alejandro – Alagia, Alejandro. *Derecho Penal Parte General.* Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 249.

en los siglos posteriores fue acentuando la autoridad de la burocracia respecto del resto de los creyentes, hasta culminar en un apoderamiento total del saber –y del poder– por parte de la misma, que ejercía controlando cualquier heterodoxia (herejía) mediante el santo Oficio. De esta forma inauguró un método de conocimiento y de poder propio de una sociedad corporativa y jerarquizada que, desde entonces y hasta el presente, habrá de ser asumido por todos los que ejercen o pretenden ejercer el poder dentro de cualquier sociedad con esas características."[11]

Es así que la lucha o *disputatio* cesa en el siglo XIII, para dar paso a la *inquisitio* o investigación, cuya principal característica fue la **confiscación** del conflicto a la víctima. El conflicto es objeto de una confiscación estatal, de la cual la víctima pierde toda capacidad de decisión. La confiscación es unilateral y no apareja indemnizaciones públicas. No se trata de una expropiación, donde el Estado cancela el justo precio del bien cuyo dominio particular extingue. Por el contrario, esa confiscación no solo que no elimina el conflicto, (por lo menos) lo mantiene o hasta lo agranda, y se constituye en la causa de nuevos conflictos conexos o derivados del conflicto original entre la víctima y terceros (y en ocasiones con el mismo victimario, p, ej. cuando el imputado amenaza o hace amenazar al ofendido para que retire su denuncia o no de su testimonio incriminatorio).

La víctima como ser ofendido o lesionado en sus derechos desaparece para convertirse en una **excusa** para el soberano (y después para el Estado) para ejercer su poder a discreción. Importante **distinción** entre nuestro sistema procesal penal ecuatoriano –incluso después de las reformas acusatorias– y el sistema adversarial estadounidense[12], se encuentra en que en éste "la víctima determina, en la mayoría de los casos, si el proceso penal siquiera se va a poner en marcha. … Aunque un hecho posiblemente punible llegue a conocimiento del Estado aún sin la existencia de una denuncia de la víctima, la víctima puede tomar influencia en el proceso por diferentes vías, así por ejemplo, por la

[11] Zaffaroni, Eugenio Raúl – Slokar, Alejandro – Alagia, Alejandro. op. cit., pag. 250.

[12] Para un pormenorizado análisis del ejercicio de la acción penal en Inglaterra y Estados Unidos vid. BOVINO, Alberto, *La Persecución Penal Pública en el Derecho Anglos*ajón, en XVI Congreso Latinoamericano VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional Mayor San Marcos - Decana de América, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Lima, 2004, p. 37-89.

decisión de no formular la acusación preceptiva, o, más adelante, por la decisión de no declarar[13]."[14] [15]

El Estado (a través de sus autoridades) intenta cumplir con (o se vale de) las expectativas que la sociedad tiene cifradas en ellos por el rol social que cumplen, para utilizar al Derecho Penal como mecanismo de control social, lo cual se resume en (ejercicio ilegítimo de) poder y lo seguirá haciendo hasta que la sociedad descubra que sus expectativas naturales o plantadas en la psiquis por los medios de comunicación, son la leña de la selección de la criminalización primaria y en especial de la secundaria.

Sentimos alivio por el aumento de las penas en delitos que afectan la seguridad ciudadana, y felicitamos a los honorables diputados que cristalizaron nuestros anhelos vindicativos, sin embargo, sabemos que las estadísticas penales demuestran que la delincuencia de mayor gravedad no baja por subir la respuesta punitiva del Estado.

---

[13] Si bien es verdad, que en el Ecuador, salvo casos excepcionales, la víctima no tiene la obligación de denunciar, ésta si tiene la obligación de comparecer ante el correspondiente juzgado o tribunal para ser interrogada por las partes, de acuerdo al art. 24 num. 15 de la CPR. Sin embargo, es bien conocido por los abogados litigantes que no hay peor testigo que el que no quiere ir a declarar. Muletillas basadas en iniciales errores de apreciación o lagunas mentales, pueden desestabilizar por completo el caso de la Fiscalía. Desgraciadamente, a pesar de que el juicio como etapa procesal es –o debería ser- el centro del proceso penal, y por ende, todas las decisiones probatorias –relativas a los elementos de convicción receptados o dejados de receptar por el Ministerio Público- previas al juicio deben ponderarse en su incidencia futura dentro del mismo, esto no sucede así en la mayoritaria práctica fiscal – con sus excepciones que confirman la regla. Un fiscal con una víctima que no colabora debe tener muy claro que se arriesga a una potencial sentencia absolutoria. Talvez la indudable actuación de juzgados y tribunales penales en las que suplen las deficiencias investigativas de la Policía Judicial y de la Fiscalía, mediante prisiones preventivas, autos de llamamientos a juicio y sentencias condenatorias de nula, poca o errada motivación, incida en el relajamiento actual de los fiscales en sopesar sus verdaderas potencialidades probatorias en la audiencia de juzgamiento. Cuando los titulares de los órganos jurisdiccionales penales asuman el reto de ceñirse exclusivamente a su rol de juzgadores, la balanza de las estadísticas de sentencias tendrá un contrapeso real.

[14] DÜBBER, Markus Dirk, *La Víctima en el Derecho Penal Estadounidense: una Sinopsis Introductoria,* en *Victimología y Victimodogmática – Una aproximación al estudio de la Víctima en* el Derecho Penal, Coordinador Luis Miguel Reyna Alfaro, Ara Editores, Lima, 2003, p. 35, 36.

[15] Para una revisión de la Víctima en el Sistema Penal Anglosajón ver: en el sistema estadounidense, DÜBBER, Markus Dirk, op. cit., p. 35 – 51; y, COLE, George F. – SMITH, Christopher E., *Criminal Justice in America,* Second Edition, Belmont – California – Estados Unidos de América, 1999, p. 12 – 17; en el sistema ingles, SHAPLAND, Joanna – WILLMORE Jon – DUFF, Meter, Victims in the *Criminal Justice System,* Series Editor: A. E. Bottoms, Gran Bretaña, 1985.

Nos estimamos protegidos cuando un Jefe de la Policía Judicial expone al público a un ciudadano capturado mediante ruedas de prensa y reportajes a todo color, y estigmatizaremos a ese individuo y su entorno familiar por siempre, sin que exista sentencia absolutoria que nos convenza de su falta de participación delictual, sin embargo, nunca pensamos en quién fue la víctima, si fue resarcida o si le interesaba presentar cargos en contra del detenido.

Es hora de introducir en los cuerpos normativos y en las prácticas de los operadores de justicia principios victimológicos, que constituyan la base para el regreso a la lucha o *disputatio* como método de búsqueda de la verdad, haciendo que el sistema acusatorio procesal no solo constituye una limitación liberal a la *inquisitio* sino el replanteo de un nuevo sistema procesal penal dirigido a la real satisfacción de los intereses de las víctimas, a efecto de que sean consideradas por lo que son: personas, y no meras pruebas.

3. EL BIEN JURÍDICO Y LA COSIFICACIÓN DE LA VÍCTIMA QUE OCASIONA.

"El bien jurídico no es más que la víctima objetivizada en el tipo penal"[16]

El bien jurídico se erige actualmente como una categoría penal imprescindible y como una limitante para el Estado. Según José URQUIZO OLAECHEA[17]: "El contenido que se le asigne o niegue al bien jurídico, tiene la virtud de poner en evidencia la tendencia que se sigue, provenga del legislador, del juez, del jurista, de grupos sociales, etc. Históricamente, estos rasgos han aparecido bajo regímenes autoritarios, por ejemplo, cuando se separo de la teoría del injusto al bien jurídico, tal como lo planteo la Escuela de Kiel o en Italia con la "experiencia del tecnicismo formalista de derivación positivista que sirvió de base a la codificación fascista italiana de 1930. … Se asistió en ambos casos a la marginación del bien jurídico de la teoría del injusto, mediante su

[16] Bovino, Alberto, *Contra la Legalidad,* en: *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo,* Editorial del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 82.

[17] Olaechea, José Urquizo. El bien Jurídico, en: http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibVirtual/Publicaciones/Cathedra/1998_n3/El_Bi_Jur.htm

utilización reduccionista en clave meramente interpretativa, en el sistema penal italiano, o su expulsión fáctica, en el sistema alemán, a favor de una perspectiva de violaciones del deber".[18]

Pero el bien jurídico como lo conocemos ha existido desde los inicios de la dogmática penal? El bien jurídico[19] "se desarrolló como consecuencia del rechazo de la teoría de la lesión del derecho, como lo había defendido, sobre todo, FEUERBACH, quien se basaba a su vez en la teoría de KANT"[20]. La evolución continúa [21] con las aportaciones doctrinarias de BIRNMAUN[22], BINDING[23] [24]y FRANZ VON LIZST[25] [26]. Luego vendría la Escuela

---

[18] MOCCIA, Sergio, *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales en Política Criminal y Nuevo Derecho penal,* Libro homenaje a Claus Roxín, Barcelona, J.M. BOSCH, 1997, p. 117.

[19] El presente desarrollo no pretende ser exhaustivo en lo relativo a la evolución doctrinaria del bien jurídico, sino plantear ciertos conceptos necesarios para conocer las distancias que la víctima ha tenido de dicha categoría a lo largo del tiempo.

[20] ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima,* Libro Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis. Tomo 2, Comp. Carlos Simón Bello Rengifo y Elsie Rosales, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1998, p. 149.

[21] Hasta el momento no existía categoría penal alguna conocida como bien jurídico.

[22] Este autor se opuso a la teoría de Feuerbach de lesión de un derecho subjetivo con la de lesión de un bien, en su obra *Úber das Erforderni einer Reichtsverietzung zum Begriffe des Verbrechens, Archivs des Criminalrechts,* 14 (1834), p. 149-194. Citado por ESER, Albin. op. cit. p. 171. Birnmaun estimaba que "el concepto más natural de lesión parece ser aquel en el que lo referimos a una persona o a una cosa, especialmente a una cosa que pensamos como nuestra, o a algo que para nosotros es un bien, que puede sernos sustraído o disminuido por la acción del otro (*Úber das …,* nota 33, p. 150). Según K. Amelung (*Rechtsgüterschutz und schutz der gesselchaft,* Frankfurt//Main, 1972, p. 33 y s. citado por ESER, Albin. op. cit. p. 170), Birnbaum esta aún próximo al pensamiento individualista de la Ilustración.

[23] Él es "el verdadero creador del concepto de bien jurídico". Ahora "las tendencias de desindividualización se advierten con mayor claridad" en su libro *Die Normen und Ihre Úbertretung,* (t. 1, 1ª edición, Leipzig, 1872, p. 187 y ss.) Binding definía al bien jurídico como "todo aquello que para el legislador es valioso como condición de una vida sana de la comunidad jurídica, en cuyo mantenimiento sin cambios y no perturbado la comunidad tiene interés en opinión del legislador, intentando éste protegerlo por medio de sus normas frente a las lesiones o puestas en peligro no deseadas" (Die Normen …, 2ª edición, p. 339 y ss.).

[24] En la segunda edición de la obra (1890) ya citada de Binding, éste indicaba "con satisfacción que el concepto de bien jurídico había penetrado con mayor profundidad en la teoría y praxis alemana y que se había producido su recepción prácticamente completa" (p. 329, nota 18), Cfr. ESER, Albin. op. cit. p. 171.

[25] Por el contrario, von Lizst desde su visión político criminal, de acuerdo a Eser "no solo convirtió al bien jurídico en el concepto central de su teoría del delito, sino que lo doto *partiendo de la orientación sociológico – funcional del Derecho* de Ihering, en cuanto *interés jurídicamente protegido,* incluso de una base previa al juicio de valor jurídico, corres-

Hegeliana, la misma que –principalmente– a través de KÓSTLIN[27] y Bekker[28], iniciaron los procesos de elevación del objeto del delito hacia lo general[29]. Posteriormente ni la Escuela Teleológica de Marburgo[30], ni la Escuela de Kiel[31] redireccionaron la conceptualización del bien jurídico hacia la víctima. En la segunda mitad del siglo XX, nos encontramos con la introducción a la dogmática del bien jurídico de la "pretensión de respeto" de SCHMIDHÄUSER[32] y la "pretensión de vigencia" de JESCHECK[33].

En resumen, "la aparición del bien jurídico replanteó la problemática del delito: el delito no era ya lesión de derechos del ofendido, sino la lesión del bien jurídico, provocando que la protección de bienes jurídicos,

---

pondiendo para ello un papel esencial a las necesidades de los seres humanos" (op. cit. p. 156). Este autor postuló (1888) que: "todo derecho existe por los seres humanos, todo Derecho protege intereses vitales humanos. La existencia humana, por lo tanto, es *el* bien jurídico; de las distintas configuraciones de esta existencia se obtiene la clasificación de los bienes jurídicos".

26 Según Haeusermann, en von Lizst –debido a los posteriores y reiterados cambios en la terminología por él utilizada, que dificultaron su comprensión-, se observa una evolución del delito "desde la lesión individual hacia la lesión institucional". Eser, op. cit. p. 157.

27 Kóstlin sostuvo que el carácter peculiar del delito consiste en "que no se dirige contra una determinada forma de aparición del Derecho, sino contra su esencia" (*System des deutschen Strafrecht, Allgemeiner Theil,* Túbingen, 1858, nota 6) Cit. por Eser, op. cit. p. 158.

28 Para este autor "ya "no se ve en el delito aquello que a primera vista parece ser, una lesión del sujeto directamente afectado, sino (…) una perturbación del *ordenamiento jurídico invisible,* (…) una vulneración del orden estatal" (*Theorie des heutigen deutschen Strafrechts,* t. I, Leipzig, 1859, p. 45. Cit. por Eser, op. cit. p. 158.

29 Eser, op. cit. p. 157.

30 Representada por Schwinge y Zimmerl, siguiendo a Honig, redujeron el bien jurídico a un mero "principio rector de la configuración conceptual". Vid. Eser, op. cit. p. 159.

31 De visión nacionalsocialista, siendo sus mayores exponentes Dahm y Schaffstein, que definiéndose como *sustancial*, aludían "a los valores y bienes vitales protegidos en cada caso, y, especialmente, a *valores populares* como pueblo, raza y germanidad". Vid. Eser, op. cit. p. 159.

32 Este autor en su obra *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Tübingen, 1970, p. 24) diferenciaba "bien jurídico", "objeto de bien jurídico" y "objeto del hecho". Para Schmidhäuser, "de los bienes jurídicos emana una pretensión *erga omnes* de que sean respetados, en el sentido de no menoscabar tales elementos valiosos, la lesión del bien jurídico consiste en la vulneración de esa pretensión de respecto que emana del bien jurídico. Por consiguiente, la lesión de un bien jurídico se refiere a un fenómeno intelectual, por lo que no cabría hablar de una lesión del bien jurídico cuando de lo que se trata es del objeto tangible que ha sido causalmente lesionado (la vida concreta, la salud de un ser humano, etc.). Por el contrario, desde su punto de vista esa lesión es la del objeto del bien jurídico o del hecho. Eser, op. cit. p. 160.

33 Se refiere a lo mismo que Schmidhäuser, desde el punto de vista material. Eser, op. cit. p. 160.

articulada mediante los tipos penales, haga que la víctima quede atrapada en el tipo penal y en el bien jurídico"[34], es decir, se cosificó a la víctima en forma de bien jurídico.

4. EL FISCAL REPRESENTA A LA SOCIEDAD. PERO LA SOCIEDAD REPRESENTA A LA VÍCTIMA O LA VÍCTIMA REPRESENTA A LA SOCIEDAD?

En muchas ocasiones escuchamos que los fiscales representan a la sociedad o que están llamados a defender los intereses de la comunidad[35], dando a lugar a un concepto de sociedad que se torna "abstracto" e "imperceptible", y por ende, sin valor real ni relevancia procesal. La representación y defensa que el Ministerio Público le debe a la sociedad se concretiza en cada caso que se investiga.

Los fiscales concretizan la defensa a la sociedad cuando dirigen su investigación hacia dos aspectos: i) que el conflicto planteado sea un conflicto penal para el cual tiene competencia (delito); y, ii) que el denunciante sea víctima de ese conflicto. Si el denunciante no es víctima de lo que denuncia, el fiscal debe proceder con cautela, porque puede ocurrir que lo denunciando no sea delito o esté siendo utilizado con intereses maliciosos. Una vez comprobados estos dos tópicos, el fiscal debe analizar cuál es la mejor solución para la víctima, para servir –si el caso lo amerita– como mediador, entre el denunciante y el denunciado.

Una actitud mediadora no solo concretiza la defensa que el Ministerio Público le debe al conglomerado social, sino que le permite dedicarse con mayor prolijidad a los casos realmente graves utilizando los mecanismos de salidas alternativas al proceso penal, disminuyendo el flujo de casos en su fiscalía.

En definitiva, la víctima representa a la sociedad y la defensa de sus intereses que le provea el Ministerio Público será casuística, en algunos

---

[34] Reyna Alfaro, Luis Miguel, Estudio Final*: La víctima en el sistema penal,* en A.A.V.V., *La Víctima en el Sistema Penal – Dogmática, proceso y política criminal,* Editorial Jurídica Grijley, Lima 2006, P. 118.

[35] DÜBBER, Markus Dirk, *La Víctima en el Derecho Penal Estadounidense: una Sinopsis Introductoria, …* p. 40.

casos, un acuerdo reparatorio[36] dejara satisfecha a la víctima, en otros, lo será una disculpa pública, y en algunos (talvez muy pocos), la respuesta tradicional de la búsqueda de una condena al penalmente responsable.

5. EL NUEVO HORIZONTE DEL MINISTERIO PÚBLICO: SER EL ABOGADO PENALISTA DE LA VÍCTIMA.

Talvez uno de los grandes problemas que han tenido las reformas a la justicia penal es la falta de colaboración de la ciudadanía en las investigaciones y en el juzgamiento dentro del proceso penal, así como la falta de sintonía de muchos fiscales con los problemas de las víctimas y con sus expectativas relacionadas al conflicto que las victimizó.

Muchas víctimas (que deciden salir de la cifra negra) se han limitado a presentar las denuncias, creyendo que SHERLOCK HOLMES trabaja para la policía, y que todo lo denunciado tarde o temprano será investigado y los culpables serán descubiertos y encarcelados. Esto es una ilusión.

Quienes trabajamos dentro del sistema penal como jueces, fiscales o abogados, conocemos que, por regla general, los casos que no son impulsados por los interesados (léase víctimas) casi nunca llegan a ser procesos y quedan rezagados como Indagaciones Previas o expedientes preprocesales.

Otras víctimas por experiencia propia o de un tercero cercano, creen que denunciar no sirve de nada porque las autoridades no se preocupan por su caso: el Estado no les brinda una atención personalizada, y en los casos que denuncian lo hacen por constancia, para poder cobrar el seguro, por ejemplo.

Esta víctima sabe que sin un abogado que esté atrás de los policías investigadores, de los fiscales y de los jueces, su caso está destinado a ser comida de polilla. Tener patrocinio jurídico significa gastos: son los honorarios de los abogados, los "gastos procesales" (léase corrupción), el tiempo personal invertido en diligencias, etc. La gratuitidad de la administración de justicia penal es un discurso sin respaldo fáctico.

[36] La institución del acuerdo reparatorio no se encuentra reconocida en el CPP del Ecuador. Será abordada ut supra.

La mayoría de las víctimas que deciden tener un papel proactivo en la causa están dispuestas a sufragar estos gastos con la esperanza de que al final de la causa serán resarcidos, sin embargo, muchas veces les pasa que los imputados evaden la acción de la justicia mediante un pago de fianza ínfimo que les permite salir de la cárcel y desaparecer para siempre del proceso, o que a pesar de tener la razón el denunciado se vale de subterfugios legales o de la corrupción para salir airoso del embate del sistema penal. Esa víctima no volverá a adoptar una posición impulsadora, no volverá a gastar en un caso penal; deja de creer en el sistema penal y cada vez que puede hace conocer de su desconfianza en el mismo a todo el mundo.

No podemos dejar de lado la conducta inescrupulosa de muchos abogados en contra de las víctimas: empezando con el tinterillo que se hace pasar por abogado y que les saca dinero a los ofendidos por el delito para después no regresar; o el abogado que nunca hace nada en la causa y le dice a su cliente que todo está bien y que los casos toman tiempo, y cada vez que puede se inventan una diligencia para pedirle dinero a su cliente por los "derechitos" del perito, del fiscal o del juez. Ese tipo de abogados son los que imposibilitan que cuajen los nuevos sistemas procesales penales, por su total rechazo (inspirado en razones culturales –seconómicas) al cambio que las reformas implican y a las salidas alternativas al proceso penal.

Bajo todas estas circunstancias, *a quien le interesa ayudar a la investigación?* Si para colmo cuando se quiere ayudar la hacen esperar a la víctima, y cuando declara los abogados de los imputados tratan de intimidarlos con acciones de regreso o los denigran en los interrogatorios.

Todo este panorama exige de los fiscales una actitud distinta, una actitud de comprensión, de soporte, de ayuda, solo en esa perspectiva lograra ganarse la confianza de las víctimas. Esa actitud que los abogados dispensamos a nuestros clientes a cambio de honorarios, deben tener los fiscales para con las víctimas, ya que del mismo modo a través de los impuestos ellos pagan sus sueldos. Las víctimas de delitos penales son los clientes de los fiscales.[37]

[37] Esta frase no debe ser descontextualizada, la palabra "cliente" es una forma ilustrativa de indicar el tipo de relación que deben tener los fiscales para con las víctimas. Bajo ninguna óptica debe ser interpretada la frase como una justificación de actos de corrupción.

El fiscal debe preocuparse del conflicto penal del denunciante, y litigarlo como propio, esto implica adoptar una posición de abogado de la víctima, pero no un abogado *todologo*, no, es el abogado penalista de la víctima, lo que significa que el fiscal sólo le llevará casos penales a la víctima, para lo cual, deberá enfocar su investigación desde el principio en determinar si el hecho denunciado es delito, ya que si no lo es, no puede actuar y deberá desestimar la denuncia; esto es clave, el fiscal debe recordar que es un abogado especializado y su ámbito de competencia es exclusivamente el penal (y dentro de éste el delictual, en discrimen del contravencional), y por más que piense que el denunciante ha sido perjudicado por el denunciado, si el hecho no es delito, su actuación esta vedada[38], so pena de irrogar perjuicios al sujeto pasivo del proceso, y por ende en incurrir en responsabilidad civil, penal y/o administrativa.

Cuando los textos de los códigos procesales abordan a las funciones de los fiscales refieren que *"es obligación del fiscal, actuar con absoluta objetividad"*. Esto es un error por cuanto la pretensión punitiva del fiscal será la misma pretensión punitiva que la de la víctima, por regla general. Ser objetivo implicaría una actitud pasiva ante la prueba, limitándose a cumplir con lo mínimo indispensable, por temor a ser tachado de parcializado con la víctima, dejando los encarnizados escenarios de exámenes y contra exámenes de testigos y peritos a los abogados de las partes, como en la práctica muchos fiscales lo hacen.

El fiscal no debe ser objetivo, debe ser parcializado, pero parcializado con la verdadera víctima de un verdadero delito. Sin embargo, por más que nos encontremos con víctimas reales de delitos reales el fiscal no puede dejar de ser ético. La ética profesional del fiscal implica que éste no fabrique o plante prueba en la escena del delito solo para beneficiar a una víctima real con escasas posibilidades probatorias, que no intimide a co-encausado para lograr un testimonio acusatorio en contra de un imputado, etc.

Cuando los fiscales entiendan lo que la sociedad demanda de ellos y ejerzan sus funciones en consonancia con tales requerimientos, la ciudadanía volverá a confiar en el sistema penal y el sistema procesal penal acusatorio terminará de ensamblarse en la práctica forense.

[38] Incluso para mediar una solución extrajudicial.

EL ERROR DE PROHIBICIÓN: INSTITUCIÓN NECESARIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA [*]

Pedro Ceballos Patiño

"Las normas deben interpretarse teniendo en cuenta las cambiantes situaciones que se presenten en la vida real, pues no existe una interpretación definitiva y válida en todos los tiempos; la variedad inabarcable y el cambio continuo de las relaciones de la vida, ponen constantemente al aplicador de la disposición legal ante nuevas cuestiones".

Karl Larenz

I.- BREVE ESTUDIO DEL ERROR DE PROHIBICIÓN: CONCEPTO, TEORÍAS, CLASES Y ALGUNOS SUPUESTOS.

1.1 Antecedentes.

Tradicionalmente la dogmática penal reconocía al error de hecho (error facti) y al error de derecho (error iuris) dentro de la teoría del delito, teniendo solo relevancia el primero que, aunque no es materia de este trabajo, consiste en el error sobre los elementos que configuran la tipicidad de la conducta. El error de derecho no tenia relevancia alguna para el derecho penal, pues era imperante el principio de presunción del conocimiento de la ley penal, que se reputaba en todo momento conocida por todos los habitantes sometidos a su imperio. Este antiguo principio tiene su origen en el derecho romano, cuando aparece en el Digesto y se

[*] Este trabajo tiene la finalidad de mostrar la necesidad de incorporar al Código Penal Ecuatoriano el Error de Prohibición para de ésta manera contar con una herramienta afín a los avances actuales de la culpabilidad como uno de los principios rectores del poder punitivo, así como de la culpabilidad como categoría imputativa, dentro de la teoría del delito. Por la diversidad cultural que encontramos en el Ecuador, la inclusión del Error de Prohibición dentro de la normativa penal se vuelve aún más trascendente.

refería al "error sobre las consecuencias jurídicas del derecho civil"[1]. El principio de presunción del conocimiento de la ley penal o "error juris criminalis nocet" gozaba de gran respaldo dentro de la doctrina dominante de la época (hasta bien entrado el siglo XX) y en la actualidad subsiste en no muchos códigos penales, entre ellos el ecuatoriano y el chileno.

El derecho penal de principios del siglo XX tuvo en Karl Binding a uno de los detractores de este principio, quien sostenía que los casos de error sobre hechos y sobre normas eran siempre jurídicamente relevantes. Posteriormente Alexander Graf Zu Dohna[2] sugiere reemplazar las expresiones de error de hecho y error de derecho por las de error de tipo y error de prohibición. Esta denominación fue sostenida y continuada por Hans Welzel, y a raíz del finalismo se convirtió en terminología dominante el la dogmática penal del error hasta nuestros días. El error de prohibición tal como se lo concibe actualmente no guarda relación alguna con los antiguos errores de hecho y de derecho, ya que, como se analizara más adelante, el error de prohibición se estudia a partir del conocimiento de la antijuridicidad y el lugar que a ésta se le de en la sistemática del delito, por lo que puede el error de prohibición presentarse en cualquiera de las formas que eran propias de aquella clasificación.

1.2 El Error de Derecho Extrapenal.

Para el derecho penal clásico solo se consideraba al error de hecho como excluyente de la culpabilidad, la misma que estaba integrada por el dolo y la culpa. Se refería el error de hecho a aquellos elementos objetivos y esenciales que configuraban la infracción penal. Pero existían casos en que se complicaban las cosas cuando en ciertos tipos penales existían elementos normativos cuya explicación venia dada por otras ramas del derecho, por ejemplo, en el hurto, cuando el agente que se llevaba un objeto creyéndolo propio y éste era en realidad ajeno, creando dudas sobre si se encuentra el supuesto agente ante un caso de error de hecho o

[1] Así en Jakobs, Gunther.- "Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre". En Castellano "Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación". Traducción de Joaquín Coello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons, Madrid. 1997.Pág. 657. En adelante, "tratado."

[2] Welzel, Hans.- "Das Deutsch Strafrecht". En Castellano "Derecho Penal Alemán". Traducción de Juan Bustos Ramírez. Editorial Jurídica de Chile, 1970, Pág. 234.

error de derecho, por lo que surgió la interrogante sobre la plausibilidad de darle un trato desigual a elementos de contenido típico. Posteriormente la doctrina diferencio al error de derecho, clasificándolo en penal y extrapenal. Al error de derecho extrapenal, que se manifestaba en casos en que al agente no le hubiera sido posible determinar y comprender la ilicitud de su conducta debido a que en su hecho erraba sobre el conocimiento y comprensión de normas no penales o normas cuya explicación se encontraba fuera del código penal, se le debía asignar el tratamiento del error de hecho, excluyendo el dolo o la culpa en casos de inevitabilidad (estos últimos entendidos estos como formas de culpabilidad) y en casos de evitabilidad, teniéndose el delito como imprudente o culposo, si el delito permitía esta forma. Esta clasificación, propia de la doctrina casualista tuvo el acierto de diferenciar el error iuris nocet del error iuris criminalis nocet[3], aunque tuvo muy poco apogeo por la pronta llegada del finalismo a la dogmática penal, aunque si bien en muchos casos ofrecía resultados convincentes, lo cierto es que el error de derecho extrapenal no tuvo acogida en la jurisprudencia alemana. En el Ecuador el error de derecho extrapenal, de haber sido aceptado en la jurisprudencia, hubiese tenido un ámbito de aplicación muy restringido, pues el mismo principio de presunción del conocimiento de la ley del articulo tres del código penal se encuentra en el titulo preliminar del código civil ecuatoriano[4]. Con respecto al error de derecho las cosas seguían igual en la doctrina dominante, nadie podía excusarse por ignorancia de una determinada norma penal.

1.3 Error de Prohibición.- Concepto.

Se conoce al error de prohibición como una institución compatible con el moderno Estado Social y Democrático de Derecho e imprescindible para el derecho penal actual, que puede dar lugar a la exclusión total o parcial de la culpabilidad –entendida como reproche-, cuando el agente que realiza una acción prohibida carece de conciencia de antijuridicidad o dicho de otra manera, no esta en posibilidades de comprender que su accionar es antijurídico, ya que supone que su conducta es plenamente permitida o está autorizada por el derecho vigente bajo el amparo de

[3] Cfr. Díaz y García Conlledo, Miguel en "El Error de Prohibición: Pasado, Presente y Futuro".Pág. 338.

[4] Código Civil Ecuatoriano, Articulo 13.

una causa de justificación. La dogmática moderna considera que si un agente actúa antijurídicamente, pero dentro de estas condiciones, no puede ser sometido al juicio de culpabilidad, puesto que no conoce ni puede conocer la ilicitud de su conducta y no le era exigible otro comportamiento. El profesor alemán Gunther Jakobs, al respecto manifiesta que "Solo puede cumplir una determinada orden quien tiene la voluntad de acatar órdenes, *es capaz de reconocer que esa orden esta dirigida a él* y además puede conocer qué es lo que hay que hacer para cumplir esa orden"[5], determinando con claridad que el conocimiento de la antijuridicidad es presupuesto necesario para determinar la culpabilidad y por ende, imponer una pena. Según la doctrina dominante el conocimiento de antijuridicidad significa que "el sujeto sabe que lo que hace no está jurídicamente permitido, sino prohibido"[6].

1.4 Teorías acerca del Conocimiento de la Antijuridicidad.

El error de prohibición depende de criterios de evitabilidad para su correcta aplicación en las agencias judiciales. Habrá pues, que determinar si el error del agente sobre la ilicitud fue evitable o inevitable y el presente trabajo dedicara un título a este problema. La dogmática moderna se inclina por la teoría de la culpabilidad, la cual profesa que si el error sobre la antijuridicidad es inevitable, el agente queda exento de culpabilidad y por ende de pena, pero si el error es evitable, podrá –y en algunos códigos penales deberá– el juzgador facultativamente calificar la culpabilidad disminuida del imputado, teniendo como resultado el cumplimiento de una pena menor. Es novedosa la postura del reciente Código Penal Colombiano del año dos mil cinco, donde, si bien se mantiene una *teoría limitada de la culpabilidad* para el error de prohibición indirecto, se opta por una rebaja de la mitad de la pena para los casos de error de prohibición invencible. [7]

Como ya quedo mencionado, se estudia al error de prohibición a partir del lugar que se le da al conocimiento de la antijuridicidad dentro

---

[5] Jakobs, Gunther.- "*Das Schuldprinzip*". Traducción al castellano por Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid). Publicado en Argentina bajo el título "Fundamentos del Derecho Penal", Ad-Hoc, Buenos Aires. 1996, Pág. 19.

[6] BGHSt 2, 196 (Sentencias del Tribunal Supremo Federal Alemán en materia penal).

[7] Código Penal Colombiano del año 2005, artículo treinta y dos numeral once.

de la teoría del delito. Para el efecto, debemos entrar en el estudio de dos teorías que se encuentran en constante debate dentro de la dogmática penal, la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad, siendo esta última predominante y aceptada por la jurisprudencia alemana.

1.4.1 La Teoría del Dolo

Para la teoría del dolo, el conocimiento de la antijuridicidad es elemento del dolo. Esta teoría es acorde a la dogmática causalista del delito, corriente encabezada por Edmund Mezger, que ubica al dolo como una de las formas de culpabilidad, siendo la otra la culpa o imprudencia. La teoría de la culpabilidad en cambio sostiene que el conocimiento de la antijuridicidad es elemento de la culpabilidad (en su versión normativa y no psicológica), dejando el dolo intacto dentro del tipo del injusto (tipo subjetivo), tal como se lo concibe en la dogmática moderna gracias al aporte de teoría final de la acción representada por Welzel y seguida por maestros como Armin Kaufmann, Reinhart Maurach y Hans Hirsh. Por lo dicho, es de referirse a la teoría del dolo cuando éste se ubique en la culpabilidad y a la teoría de la culpabilidad cuando el dolo se ubique en el tipo del injusto (tipo subjetivo).

Tanto la teoría del dolo, como la de la culpabilidad, se manifiestan de dos maneras, ya sea en su forma estricta como en su forma limitada. Es necesario en todo caso dejar sentado desde ya que ambas teorías tienen algo en común: El conocimiento de la antijuridicidad tiene necesaria relevancia para la determinación de la imputación penal, pues de lo contrario nos encontraríamos frente a una violación al principio de culpabilidad y esto es precisamente lo que hace el Código Penal ecuatoriano, al no dar cabida al conocimiento de la antijuridicidad, como mas adelante se analizará.

La versión estricta de la teoría del dolo reconoce su exclusión total cuando el error sea invencible. La exclusión del dolo acarrea la exclusión de la culpabilidad –entendida como relación psicológica entre la acción del agente y su resultado a titulo de dolo o culpa–. En caso de que el error sea vencible, el delito realizado será atribuido en su forma culposa o imprudente, si la hubiere.

La versión limitada de la teoría del dolo manifiesta con rechazo el tratamiento de delito imprudente para aquellos casos en los que el error

es evitable o vencible, estableciendo que esta evitabilidad es graduable cuando el agente posee cuando menos un potencial conocimiento de la antijuridicidad, mediante criterios un tanto indeterminados y obscuros como el de "ceguera jurídica" o el de "actitud hostil al derecho", ambos sostenidos por Mezger[8]. Dicen algunos autores que estos criterios, por ser muy abstractos, se los ha comparado con el conocido "sano sentimiento del pueblo alemán" del derecho penal nacional-socialista. (Como aspecto curioso pero a la vez histórico y relevante, Mezger, en efecto, tuvo una participación activa en el régimen penal Nazi, retomando la dogmática cuando dicho régimen colapsó).[9] Lo que importa aquí es determinar que en los casos de evitabilidad, la versión limitada de la teoría del dolo aboga por una atribución dolosa a la conducta del agente, rechazando la atribución de imprudente al error cometido bajo circunstancias de evitabilidad. El motivo principal para sostener este postulado se fundamenta en la existencia de un vacío enorme de punibilidad que deja la teoría estricta del dolo cuando el error vencible se da en delitos que no admiten forma culposa, obligando necesariamente a absolver a quien actúa en estas circunstancias. La finalidad que esta teoría persigue es satisfactoria, pues busca dar un tratamiento a los delitos dolosos como lo que realmente son –dolosos–, sin embargo los criterios que utiliza son discutibles por ser de supuesta raíz totalitaria.

1.4.2 La Teoría de la Culpabilidad.

Las versiones de la teoría de la culpabilidad son coherentes con la forma normativa de ésta, por lo que ya no se habla de culpabilidad como una relación psicológica dirigida al agente a titulo de dolo o imprudencia, sino que se mide la culpabilidad en base a la capacidad motivadora que debe tener la norma penal sobre el ciudadano común, al menos, en un modo potencial, debido a que al agente le era posible actuar de una forma distinta.

Para la versión estricta de la teoría de la culpabilidad es menester determinar (entiéndase demostrar) si el error de prohibición era evitable

---

[8] Mezger, Edmund.-"Strafrecht. Ein Studienbuch" en castellano "Derecho Penal, Parte General, Libro de Estudio", tomo 1, Editorial El Foro, Traducción de la sexta edición por Conrado Finzi. 1957. Buenos Aires. Págs. 251 y 255.

[9] Para entrar en detalles sobre el tema revisar la obra "Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: Estudios del Derecho Penal del Nacional Socialismo" de Muñoz Conde.

o inevitable. Si era inevitable, la culpabilidad quedara totalmente excluida y por ende la pena. Si el error era evitable puede imputarse con culpabilidad disminuida y lógicamente con una pena menor. En ambos casos pues el dolo o la imprudencia del agente que actúa permanecen intactos en el tipo del injusto. Dicho de otra manera, el agente actúa dolosamente pero dependiendo si el error era o no evitable podrá excluirse la culpabilidad o rebajarse su grado. Todas las formas de error quedan para esta teoría vinculadas a la culpabilidad, excepto aquellas propias de los elementos del tipo objetivo y que fundamentan al error de tipo.

La versión limitada o restringida de la teoría de la culpabilidad aplica al error de prohibición sobre los supuestos objetivos de una causa de justificación, por analogía, los mismos efectos del error de tipo. También llega a las mismas consecuencias la teoría de los elementos negativos del tipo penal, esto es, primero, que las causas de justificación son elementos negativos del tipo y segundo, que para la obtención de la tipicidad se entiende que no concurren causas de justificación. Dicho de otro modo, la existencia de un supuesto de error sobre una causa de justificación o los presupuestos objetivos de las mismas, desemboca en atipicidad del comportamiento para esta teoría. Los tipos penales que contienen elementos de adelantamiento de la antijuridicidad (ilegítimamente, sin causa justa, etc) son de tratamiento problemático en esta sede, pues la forma en que están positivizados dichos tipos implicaría para esos casos la utilización de esta teoría. La sistemática dentro de esta teoría desde luego es distinta a la que utiliza la teoría estricta de la culpabilidad, pues aquí, como en la teoría anterior, el dolo se encuentra en el tipo (subjetivo) y las causas de justificación, al ser elementos negativos del mismo, se entienden que son parte del tipo también, y es aquí donde se da el cambio sustancial con la teoría estricta de la culpabilidad. Bajo esta premisa no compartida por la doctrina dominante, el error sobre la existencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación (que para la doctrina dominante es un autentico error de prohibición) pasa a tener el tratamiento y efectos del error de tipo. Los resultados en la practica arribarían a consecuencias mas beneficiosas para el imputado –acaso de impunidad- de no haber forma imprudente de comisión (abarcando también la omisión) del hecho. Roxin, siendo afín a la teoría restringida de la culpabilidad, insiste en correctivos de carácter político criminal a la discrecionalidad que tiene el juzgador para disminuir la culpabilidad en caso de error de prohibición evitable, inclinándose por la exclusión de la

culpabilidad para determinados casos como el del "error vencible sobre las causas de justificación", donde la dogmática moderna determina que es impensable imputar a titulo de dolo al agente que actúa bajo esta premisa. Para casos donde existe una mínima o muy reducida culpabilidad, podría desde el punto de vista de Roxin, excluirse la misma conforme a criterios preventivos. Desde luego que en un estado de derecho respetuoso de las garantías fundamentales del imputado, las medias de carácter político criminal no deben ser ignoradas, pues ya dijo Roxin[10] hace más de tres décadas que es impensable un derecho penal moderno desligado de la intervención de la política criminal. La teoría restringida de la culpabilidad, como su nombre lo dice, restringe la misma en el tratamiento de los supuestos de error de prohibición indirecto mencionados, para darles paso a un tratamiento mas benigno como lo son los efectos del error de tipo, por analogía.

1.4.3 Toma de Postura afín a la Teoría Estricta de la Culpabilidad.

Si bien prácticamente esta superada la teoría del dolo, es menester mencionar que no existe en la dogmática una postura definitiva sobre las teorías de la culpabilidad. En el presente trabajo he de inclinarme a favor de la versión estricta, sin perjuicio de cambiar de postura con el devenir de los años de estudio. Los motivos principales para adoptar esta postura son los siguientes:

A) Esta teoría permite sancionar delitos dolosos como lo que realmente son, –delitos dolosos–, no obstante de la reducción facultativa u obligatoria que adopten los códigos penales para los casos de evitabilidad. El dolo se mantendrá intacto en el tipo del injusto y la culpabilidad entendida como reproche se disminuirá en casos de evitabilidad, conduciendo a resultados acertados a la realidad, por lo que se puede afirmar que culpabilidad disminuida equivale a menor pena, sin que esto deba eliminar o alterar el dolo.

B) Con esta teoría no existen las lagunas de impunidad que traerían aparejadas consigo la teoría limitada de la culpabilidad y la teoría

[10] Sobre el tema en: Roxin, Claus.- "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem". En Castellano "Política Criminal y Sistema de Derecho Penal." Editorial Hammurabi, Traducción de Francisco Muñoz Conde, 2000. Editorial Hammurabi. Reimpresión.

estricta del dolo, al dejar sin sanción supuestos de errores evitables que no contienen forma de comisión imprudente.[11]

C) Esta teoría responde con claridad el fundamento para dejar subsistente la imputación a titulo doloso en casos de evitabilidad, llegando a los mismos resultados a los que arriba la teoría limitada del dolo, pero sin acudir a los polémicos criterios de hostilidad con el derecho o de ceguera jurídica.

D) En los supuestos de error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, la teoría estricta de la culpabilidad tiene efectos sistemáticos muy coherentes que no los tiene en sus efectos la teoría limitada de la misma. La teoría limitada de la culpabilidad, al tratar estos supuestos bajo los efectos del error de tipo, como ya se dijo, conlleva apreciar un delito imprudente si lo hubiere en casos de evitabilidad y la atipicidad en casos de inevitabilidad. Si el delito es atípico entonces no puede ser antijurídico, por lo que se le negaría el derecho de la victima a la legitima defensa. Tampoco habría punibilidad para un tercero participe pues, si se respetan los principios de accesoriedad en la participación, se exige siempre el dolo del autor principal, que en este caso quedaría excluido. [12]

1.5 Conciencia Eventual de la Antijuridicidad.

Habrá conciencia eventual de la antijuridicidad cuando el agente tenga dudas con respecto a la criminalidad de su conducta, siempre y cuando este mismo agente tenga la posibilidad de actuar conforme a derecho. Casos de conciencia "eventual" de la antijuridicidad pueden darse con frecuencia en supuestos sobre discusiones de legalidad de cuestiones jurídicas en una conversación entre legos. Por ejemplo, A conversa con B sobre la legalidad del daño que causo a bienes públicos estrellando su automóvil para disipar a los ladrones que lo venían

[11] *Cfr.* Joshi Hubert, Ujala.- "El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo". Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1987. Pág. 704.

[12] Cfr. Muñoz Conde, Francisco.- "¿ "Legitima" defensa putativa? Un caso limite entre justificación y exculpación" en Fundamentos de un Sistema Europeo de Derecho Penal – Libro Homenaje a Claus Roxin coord.. por Jesús Silva Sánchez, J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1995. Págs. 187, 188.

persiguiendo armados. Cuando el agente tiene dudas sobre la permisión o prohibición de determinada actuación estará actuando al menos con un potencial conocimiento de la antijuridicidad, quedando excluido cualquier supuesto de error de prohibición inevitable y siendo muy discutible la admisión del error de prohibición evitable, pues queda subsistente el deber de información que tiene el agente y; para la resolución correcta del ejemplo mencionado, apreciar un supuesto de estado de necesidad justificante. Se aprecia en el tema una sistemática análoga a la utilizada para delimitar el dolo eventual de la culpa consciente y es sin duda uno de los temas mas difíciles en torno a el conocimiento de la antijuridicidad. Ahora bien, se discute si debe haber diferenciaciones en el tratamiento de los efectos del error de prohibición con conciencia eventual de antijuridicidad y aquellos supuestos en que se actúa con conocimiento seguro de la misma. La disminución facultativa por la que optan muchos códigos bien podría ser un mecanismo idóneo para tratar este supuesto, sin embargo, la aplicación de la figura es conflictiva si se admite que ante la conciencia eventual de antijuridicidad queda excluido el error de prohibición.[13]

1.6 Clasificación del Error de Prohibición.

El error de prohibición se clasifica en directo e indirecto. También se puede hallar esta clasificación bajo los nombres de error de prohibición abstracto y concreto.

1.6.1 Error de Prohibición Directo.

El error de prohibición directo es aquel en que el agente cree que su actuación no tiene relevancia para el derecho, pues entiende que no hay norma que la prohíba o que ésta, de haberla, no tiene en el alcance ni eficacia material. Dicho de otra forma, el autor desconoce la ilicitud o el alcance de la misma sobre él. Ahora bien, puede que el autor conozca la norma, pero su interpretación resulta errada por lo que no la asocia a su conducta. También hay supuestos en que el autor cree que la norma no es eficaz o no esta vigente. Como ejemplos de esta forma de error de prohibición podemos citar los siguientes:

[13] Cfr. Silva Sánchez, Jesús.- "Observaciones sobre el conocimiento "eventual" de la antijuricidad". Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, 1987. Págs. 654-656.

- Cuando el agente cree que mantener relaciones sexuales con una menor de dieciséis años no esta prohibido;
- Cuando el agente cree que la norma que condena su ilicitud esta derogada (también llamado error de validez);
- Cuando la agente esta embarazada y decide abortar pues cree que no hay ley que pueda castigarla por ejercer tal "derecho";
- Cuando el agente, que se gana la vida ejerciendo la prostituciòn, hace en la vía publica gestos obscenos ante los transeúntes que reprueban su moral distorsionada, y sin embargo este ignora que esta ante la comisión de un delito y sólo cree que viola normas contravencionales;
- Cuando el agente, que es un indígena cocalero del altiplano boliviano, decide ir de paseo el fin de semana a La Paz y durante su estadía consume estimulantes prohibidos en la esquina de un parque.

Se discute si se pueden asimilar al error de prohibición directo los casos en que el agente es un "autor por conciencia" o por "convicción". En este supuesto el agente no ha podido recibir motivación de la norma, pues para el rigen las normas acordes a su configuración socio-cultual, entrando necesariamente en un caso de colisión de normas. Para resolver este problema habrá que determinar si el agente ha podido saber sobre la existencia de la prohibición de su conducta, pues de lo contrario, sería incorrecto hablar de un supuesto de error de prohibición puesto que el conocimiento de la antijuridicidad recae directamente sobre normas jurídicas y estas están dirigidas a todos los ciudadanos sin dejar de considerar que habrá supuestos de error culturalmente condicionado cuando el agente se ha desenvuelto en niveles de "socialización exótica[14]". El agente que delinque concientemente impulsado por normas de carácter moral o religiosas se halla en colisión de deberes, pero no siempre esto será un indicativo que excluirá la culpabilidad. Contra esta tesis se sostiene la idea de la tolerancia que debe existir en la convivencia social, donde –el otro no es mejor ni peor, sino distinto– sin embargo, debe quedar claro que no todos los supuestos de autores por convicción actuarían en error de prohibición (de hecho, han de ser solo una reducida

[14] Jakobs considera que en el conocimiento de la antijuridicidad sobre el núcleo de normas centrales solo cabe hablar de casos de inevitabilidad frente a sujetos provenientes de otras culturas. Llama a esto una "Socialización Exótica". Así en Jakobs, tratado. Pág. 659.

minoría), pues tal afirmación sin dudas conduciría a la alteración del orden público y a la vigencia de la norma como fin del derecho penal.

1.6.2 Error de Prohibición Indirecto.

El error de prohibición indirecto se da en casos en que el agente cree que su conducta ilícita se encuentra amparada por una causa de justificación que en realidad no existe. En otras palabras, cree que su actuar esta plenamente justificado y por ende, permitido. Como ejemplos podemos citar:

- Cuando el agente que es funcionario público, cree que debe cumplir ordenes superiores, así estas adolezcan de nulidad o contengan alguna ilicitud;
- Cuando el agente es un padre de familia que cree estar autorizado para reprender a su hijo de manera violenta, lastimándolo severamente;
- Cuando el agente, que es empleado con relación de dependencia, cree que le esta permitido vender los bienes de la empresa de su patrono para así compensar los sueldos que este le debe.

Puede también el agente equivocarse sobre los límites de una causa de justificación, produciendo situaciones de exceso producto del error del mismo. Como ejemplo se puede citar al agente de policía que ha logrado capturar a un delincuente sin utilizar la violencia, pero que posteriormente decide herirlo físicamente para que este pare de ofenderlo verbalmente. Zaffaroni considera al error sobre los limites de una cusa de justificación como una variante dentro del error sobre la existencia de una de éstas.

Existe una tercera forma de error de prohibición indirecto que hace referencia al error sobre el evento de existir circunstancias, que de darse, justificarían el hecho, como cuando el agente supone encontrarse en una situación de extremo peligro para su vida, sin que este riesgo en realidad concurra. La no exigibilidad de la conducta existe únicamente en la psiquis del autor, por lo que aquí sólo entran casos donde existe un estado de necesidad putativo o una legítima defensa putativa. Un ejemplo de esta variante puede darse cuando, el agente se haya en una reunión social y se encuentra frente a frente con su peor enemigo, quien mete su mano

al bolsillo, haciendo entrar en error al agente que cree que su enemigo va a sacar un arma de fuego, por lo que repela este movimiento y le atesta unos golpes que le causan lesiones.

1.7 Doble Error de Prohibición.

En doctrina también ha surgido la problemática con respecto al llamado "Doble error de prohibición", que se manifiesta en casos en que el agente no posee el conocimiento de antijuridicidad de un determinado tipo penal y sin embargo cree que su accionar no esta permitido por razones de cualquier otra índole, entiéndase razones morales, religiosas, sociales o pudiendo ser razones de tipo jurídico, por interpretaciones erróneas de tipos que en realidad están permitidos. Para resolver el problema ha de determinarse que existirá un error de prohibición cuando el conocimiento de la antijuridicidad falte respecto del tipo que es penalmente relevante.

1.8 Delimitación con el Error de Tipo.

Posiblemente es este el tema mas difícil a tratarse dentro de la teoría moderna del error en el derecho penal. Como introducción al tema, en primer lugar habrá que dejar sentado que no es lo mismo equiparar a el error de hecho y al error de derecho con los errores de tipo y de prohibición respectivamente; y, en segundo lugar, hay que dejar en claro que el error de tipo implica siempre una puesta en crisis del dolo mientras que el error de prohibición, según la postura de este trabajo, se estudia exclusivamente en la culpabilidad, sin que el dolo tenga interferencia dentro del mismo.

Como se dijo, el error de tipo excluye siempre al dolo cuando es inevitable, y cuando es evitable se mantiene la responsabilidad penal a titulo de culpa o imprudencia, si la hubiere para el hecho cometido por el agente. El error de prohibición en cambio, excluirá siempre la culpabilidad si es inevitable y si es evitable subsiste la responsabilidad penal con culpabilidad obligadamente disminuida (caso español, caso colombiano) o de disminución facultativa (caso alemán). Dicho esto, ¿cómo podemos determinar si nos hallamos ante un error de tipo o de prohibición?, pues ante la existencia de elementos normativos (entendidos como elementos que exigen una valoración jurídica) en los tipos penales

la cuestión se vuelve compleja en la identificación del error. Al parecer la solución al problema no esta dada por abarcar en el dolo a todas las referencias normativas, aunque sistemáticamente ello conduciría a una solución definitiva –no sin entrar a un problema de mayor envergadura consistente en la pugna entre normativismo y psicologicismo–. El problema debe ser asimilado de una manera que el juez tenga en mente la siguiente ecuación: En el error de tipo hay una distorsión de la realidad en el agente, el no sabe lo que hace, de lo contrario, su conducta fuera perfectamente acorde al derecho mientras que en el error de prohibición no hay distorsión sobre la realidad de los hechos, sino una claridad prístina en la actuación del agente y lo que el no sabe es que esta ante una conducta penalmente relevante. En ambos casos el agente actúa sin los datos necesarios para ajustar su conducta acorde al derecho, por lo que se pone en tela de duda el tratamiento diferenciado que en la doctrina y en las legislaciones se le ha dado a ambos casos de error, cuando en realidad se debería otorgársele mayor o igual relevancia al error de prohibición[15].

II.- CUESTIONES EN TORNO A LA PROBLEMÁTICA DEL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD Y EL PROBLEMA DE LA EVITABILIDAD.

Por regla general no se requiere del agente un conocimiento absoluto de la norma antijurídica, pero si que ésta tenga en el un alcance, al menos potencial del conocimiento de la antijuridicidad, ya que si ocurre lo contrario, estaríamos frente a un caso de error de prohibición inevitable. Como punto de partida para la evitabilidad del error de prohibición deben considerarse parámetros de reflexión e información[16], considerados como deberes exigibles al sujeto común destinatario de la norma penal. Sin embargo, se cuestiona si estos parámetros que rigen la evitabilidad o inevitablidad del error de prohibición deben ser reglados por postulados fijos e inmutables (normativos –esto es, determinando si el agente es responsable de su situación de duda-) o si, contrariamente se debe tener en cuenta todas las condiciones y características del agente

[15] Cfr. Díaz y García Conlledo, Miguel, Ob. Cit. Pág. 346

[16] Roxin, Claus.- "Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre". En Castellano "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito". Traducción de la segunda edición alemana y notas de Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. 1997. Editorial Civitas. Madrid. 1997. Pág. 884. En adelante, "tratado".

que actúa en error de prohibición, tales como acudir a estados psíquicos (situación que acarrea un gran déficit probatorio –sobre todo en casos de conocimiento eventual de la antijuridicidad-), el medio en que se desenvuelve, su posición socio-económica y nivel de vida, educación, etc.

El hecho de que el agente piense y repiense sobre la ilicitud de su actuar, por ejemplo, es un indicio que muestra una claro dominio del alcance del conocimiento de la antijuridicidad en el agente. Ahora bien, ¿cómo ha de tratarse al agente que supo alguna vez de la ilicitud de su conducta y que por el paso del tiempo olvidó el carácter de antijurídico de la misma? Cuando este supuesto ocurre debe considerarse que el olvido del agente conducirá al mismo hacia una actuación libre de preocupaciones, por lo que en algunos casos puede afirmarse la existencia de un error de prohibición, sin embargo, así como es imposible retener mentalmente todos los ilícitos abarcados dentro y fuera de los códigos penales, tampoco es posible admitir que ilícitos tan obvios –los clásicos delitos abarcados por el núcleo central del derecho penal– como el homicidio o la violación sean susceptibles de olvido por parte del agente para un posterior tratamiento de la ilicitud bajo error de prohibición en un sujeto común.

No debe llegarse al extremo de confundir la evitabilidad con la idea de la capacidad del agente a forzar sus conocimientos sobre la antijuridicidad hasta las últimas consecuencias ya que esto implicaría dificultades para la fundamentación de la teoría estricta de la culpabilidad, donde en los casos de evitabilidad esta se rebaja en grados o escalas, de esta forma se "sobrecargaría el derecho penal"[17] en contraposición a la teoría del dolo, en cuanto a que los casos de evitabilidad de ilícitos que no contengan forma imprudente quedan impunes, por lo que, para viabilizar la utilización de la teoría estricta de la culpabilidad ha de relativizarse la idea de la evitabilidad en un sentido razonable atendiendo a la sensatez que emplea el agente para suponer si su conducta está permitida.

Desde luego, en el ámbito procesal debe demostrarse la evitabilidad o inevitablidad del error del agente y como parámetros orientadores para determinar la evitabilidad existen los siguientes:

[17] Así Roxin en tratado, Pág. 880.

- Posibilidad amplia del agente para conocer la conducta antijurídica.
- No debe haber dudas en el agente con respecto a su acción y su contradicción con la norma.
- Al agente le debe ser exigible la *posibilidad* de entender su conducta antijurídica.
- El deber de información es general, la postura mantenida en este trabajo es la de que toda persona con una socialización común tiene la obligación de informarse, pues el Estado de Derecho no puede presuponer individuos indiferentes ante las normas,[18]ya que todos deben estar predispuestos a conocerlas.
- En los casos donde el agente actúa en un especifico campo reglado, esto es, que se desenvuelve en áreas donde existe una regulación normativa especifica, ante la duda el error ha de ser vencible cuando el agente no hace nada para ponerse al tanto de las normas que regulan su ámbito.
- Los parámetros para determinar el error en casos donde existe el asesoramiento de un tercero que es fuente de información confiable no imponen al agente la obligación de elaborar una investigación exhaustiva sobre su duda si objetivamente dicha fuente de información es confiable, por ejemplo: el consejo de un abogado, la receta de un medico competente, etc.
- En el Ecuador, la única fuente de información confiable en casos de jurisprudencia y opinión autorizada sobre temas controvertidos que debe tenerse presente son los fallos de la Corte Suprema de Justicia en la medida que pasen a ser jurisprudencia y los fallos del Tribunal Constitucional. Será valido un error de prohibición vencible cuando la Corte Suprema cambie radicalmente su opinión sobre el aborto, por ejemplo, cuando el agente ha actuado en base a la opinión anterior de la misma Corte.
- El hecho de que una conducta sea inmoral o contraria a usos y costumbres no abarcará al conocimiento de antijuridicidad. Dicho de otro modo, la inmoralidad de determinada conducta o el hecho de que esta contravenga usos y costumbres de una determinada localidad no es medio para determinar el conocimiento de la antijuridicidad.

[18] Contrario es el criterio de Stratenwerth, quien opina que de seguirse esta postura, no habría supuestos de errores inevitables.

III.- EL TRATAMIENTO DEL ERROR EN EL DERECHO PENAL ECUATORIANO.

3.1 Introducción.

Nuestro código penal tiene la desventaja de no regular al error de una forma ordenada y precisa, por lo que es de entender que las situaciones de ignorancia se contemplen bajo los efectos del error o al menos así lo ha manejado nuestra jurisprudencia. El sistema penal ecuatoriano divide al error de acuerdo a la teoría clásica de este, esto es, en error de hecho y error de derecho. El primero es excusable, al no haber una representación correcta de los elementos objetivos o hechos y el segundo es inexcusable pues la ley se presume conocida por todos.

3.2 El Error de Hecho.

El error de hecho esta dividido para la doctrina clásica en error esencial y error accidental. Es esencial cuando el error versa sobre los elementos objetivos necesarios para la configuración del tipo penal y excluyen el dolo, dependiendo de la evitabilidad o inevitabilidad. En caso de evitabilidad (poder actuar de otro modo), se excluye el dolo, imputándose la acción al agente a título de culpa o imprudencia. Los supuestos del error de hecho esencial deben ser analizados según el artículo treinta y dos, y de acuerdo con la capacidad de culpabilidad del agente, como requisito de ésta (voluntad y conciencia). El error es accidental en los casos en que el agente ha errado sobre circunstancias de la acción *distintas* a los elementos objetivos configuradores de la tipicidad, tales situaciones suponen una obligatoria desviación del curso causal que *no* conllevan a la eliminación de la culpabilidad, ya que existe dolo o culpa en el hecho causado por el agente (voluntad y conciencia), así el resultado causado varíe del que quiso causar. Estos casos se tratan de acuerdo al artículo trece del código penal y son:

- *Aberratio ictus* o error en el golpe (A quería golpear a B, pero por error golpeó a C y lo lesiona).
- *Dolus Generalis* o supuestos donde el resultado es causa directa de una acción del agente distinta a la que realizó *dolosamente* para causar el hecho.

- Error sobre la identidad del sujeto pasivo o error en la persona.
- Delito preterintencional.
- En los casos de delitos cometidos con dolo eventual, entendido como la posible representación por parte del agente del acaecimiento del resultado lesivo mas la aceptación del mismo, ya sea a través de su aceptación, aprobación o indiferencia.

3.3 El Error de Hecho por Inducción.

Contempla también nuestro código penal en su artículo treinta y seis el llamado "Error de hecho por inducción". En este caso ocurre un error sobre las circunstancias de hecho que de darse, beneficiarían al agente excluyendo su culpabilidad. Un ejemplo sería el del agente que realiza un tipo bajo engaño, siendo este insuperable en cuanto a los hechos. Nuestro código penal soluciona este problema a través de un desplazamiento de la culpabilidad del engañado al engañador. En la actualidad, las herramientas de tipo normativo que ofrece la moderna teoría de la Imputación Objetiva brindan una solución a este problema desde el análisis del comportamiento penalmente relevante (Jakobs) o desde el tipo del injusto (Roxin). Instituciones de la imputación objetiva como la Prohibición de Regreso o el Principio de Confianza hacen que el viejo "Error de hecho por Inducción" desaparezca de la dogmática moderna.

3.4 El Error de Derecho.

Con respecto al error de derecho, como ya se dijo, en el sistema penal ecuatoriano este no excluye la culpabilidad, pues el principio "error iuris criminalis nocet" consagrado en el artículo tres de nuestro código penal impide su apreciación a prima facie. Es objetivo fundamental de este trabajo exponer los motivos por los cuales considero que este principio debería desaparecer de nuestro código penal por ser inconstitucional, siguiendo así el ejemplo de muchos países cercanos que ya contemplan el error de prohibición dentro de su normativa penal material, superando al principio doctrinariamente enterrado hace décadas "Error Iuris Nocet".

No se reconoce en el Código Penal del Ecuador el conocimiento de la antijuridicidad como requisito de la culpabilidad y de la pena, aun cuando este postulado es protector de garantías fundamentales. Este

principio es negado por el principio de presunción de conocimiento de la ley penal ubicado en el artículo tres del Código Penal que dice:

"Se presume de derecho que las leyes penales son conocidas de todos aquellos sobre quienes imperan. Por consiguiente, nadie puede invocar su ignorancia como causa de disculpa".

Sin embargo no cabe la menor duda que esta disposición se muestra contraria al artículo veinticuatro numeral primero de la Constitución Política del Ecuador, pues impone la ley previa como requisito para la sanción penal. De esta norma se recoge el principio de culpabilidad, que a la vez fundamenta al error de prohibición.

Art. 24.- *Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:*

1) Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

Anteriormente se sostenía que las conductas tipificadas en los Códigos Penales eran de una forma u otra, conocidas por todos los habitantes y que siendo el delito un quebrantamiento a el pensamiento dominante y moral estándar de un tiempo anterior; los habitantes debían permanecer conformes con lo que se instituía en las normas penales, ya que si bien, la ficción de este principio es de plano irreal, tenía su lógica en la necesidad de establecer una obligatoriedad común para los habitantes como forma de salvaguardar el derecho, por lo que todos debían conocer la ley penal ya que así lo presuponía el poder punitivo de otros tiempos, pues de lo contrario, se estimaba que todo agente que quebrantaba una norma penal invocaría su desconocimiento como excusa y de esta forma, causaría enormes dificultades al ejercicio judicial del jus puniendi. Un defensor acérrimo de este principio fue Carrara, que consideraba al "error juris nocet" así: "Es una exigencia política que se presume en el ciudadano el conocimiento de la ley penal que, por otra parte, es deber de todos

conocer"[19]. El profesor Salmantino Pedro Dorado Montero en su época fue uno de los pocos detractores de este principio, acogiendo una postura en la cual el juez debía apreciar la ignorancia de la ley en los casos que este lo considerare necesario. Decía Dorado: "¿Cómo es posible suponer fundadamente que todo el mundo conoce las leyes, cuando no puede afirmarse este conocimiento ni siquiera en aquellos que hacen profesión del estudio y aplicación de las mismas, en los abogados, jueces, etc? Luego el número de estas leyes ha aumentado de un modo enorme en nuestro siglo (fenómeno no propio de nuestros días y que en la actualidad se denomina la administrativización de la ley penal[20]), en el cual se ha desarrollado con movimiento verdaderamente febril el afán de regularlo y regimentarlo todo[21]. Así, que en los países modernos existe un fárrago inmenso de leyes, de reglamentos de disposiciones de toda clase, derogatorias las unas de las otras, a veces totalmente, a veces sólo en parte, de dudosa vigencia, caídas en ocasiones en desuso, más no expresamente derogadas, complicadísimas, no siempre coherentes, de cuando en cuando contradictorias... ¿Y no es posible que salte a la vista de los estudiosos el absurdo que entrañan los aforismos arriba copiados, y que no se diga que la presunción contenida en los mismos es tan solo una ficción ridícula"[22]

Por ultimo, en relación al error de derecho extrapenal, no existe jurisprudencia en los últimos veinticinco años que siquiera mencione la figura. Tampoco se conoce en el Ecuador de su aplicación en los juzgados penales de primera instancia ni su apreciación por las Cortes Superiores de Justicia. Cabe mencionar también que la doctrina nacional sobre el tema es muy escasa al punto de considerarse en este trabajo como inexistente.

---

[19] Carrara, Francesco.- "Programa del corso di diritto criminale dittato nella Regia Università di Pisa". En Castellano "Programa de Derecho Criminal, tomo 1, Parte General", reimpresión inalterada, Editorial Temis, Bogota , Colombia. 1996. Traducción de José Ortega Torres. Pág. 186.

[20] El subrayado es del autor.

[21] Para información actualizada del tema y desde un enfoque moderno consultar la obra de Silva Sánchez.: "La Expansión del Derecho Penal", Capitulo seis. Editorial B de F, 2da edición. 2006. Montevideo, Uruguay – Buenos Aires, Argentina.

[22] Cita a Dorado Montero hecha por Eugenio Cuello Calón en "Derecho Penal conforme al Código Penal, texto refundido de 1944. Tomo 1, Parte General". Bosch, Casa Editorial. Barcelona, España. 1960.

IV.- EL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO FRENTE AL ERROR DE PROHIBICIÓN.- NECESIDAD DE REFORMA URGENTE E INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO TRES POR SER VIOLATORIO AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

En la actualidad la mayoría de cuerpos legales penales contemplan al error de prohibición de forma expresa y muy pocos quedan ya -entre ellos el Código Penal ecuatoriano- sin hacer referencia a esta figura, por lo que es objeto de estudio de este modesto trabajo buscar una formula para su posible aplicación, que desde luego, será criticada entre los colegas penalistas que se formaron bajo el viejo principio "error iuris nocet", consagrado en el artículo tres del Código Penal Ecuatoriano y actualmente considerado una traba para el logro del principio de culpabilidad, al no ser compatible con el derecho penal de un Estado social y democrático de derecho y además, atentatorio contra el principio de culpabilidad desde su análisis vinculado con el principio material de dignidad humana. El "error iuris nocet" debe ser desterrado de nuestro ordenamiento penal, pues no se ajusta a los postulados actuales del principio de culpabilidad y además permite la nefasta responsabilidad objetiva, dando cabida al principio "*Versari in re illicita*", consistente en la imputación por el resultado, como si debamos aceptar que existe delito sin culpabilidad. El Código Penal Ecuatoriano esta fuertemente orientado a la responsabilidad por el hecho y sus efectos, descuidando lo –mal llamado "subjetivo"- si se atiende a una versión normativa de la culpabilidad, el autor que lo ha causado y su culpabilidad en lo pertinente al conocimiento de la antijuridicidad como elemento de ella. Es claro que el Código Penal ecuatoriano no brinda un panorama propicio para elaborar una teoría del error de prohibición –cuestión que si hace a mi juicio, por ejemplo, el Código Penal argentino en su articulo treinta y cuatro-, el Código ecuatoriano que rige hasta nuestros días es prácticamente el mismo que entró en vigencia el 1 de abril de 1938, teniendo como base el Código Penal belga del siglo XIX y como antecesor –en esencia- al Código Penal de 1872, sin embargo, no es un defecto del mismo ser antiguo pues aun existen muchos códigos penales longevos donde las partes generales ha permanecido largo tiempo inmutable. Si bien en el Ecuador se han introducido reformas en la parte especial con el surgimiento de las nuevas figuras delictivas (lógicamente este proceso debe ir siempre acompañado al constante cambio que experimenta la sociedad, pero sin caer en el error de sobrecargar tipos ya existentes con

modalidades nuevas bajo tipos autónomos, como el caso de los robos y secuestros Express), puede apreciarse una actitud legislativa hacia un aumento de las penas, teniendo como fundamento una supuesta reducción de la criminalidad en la sociedad y para constatar este hecho solo basta ingresar a la página web del H. Congreso Nacional de la Republica del Ecuador[23] y revisar los proyectos de ley que presentan en materia penal los legisladores, sin embargo no se vislumbran esfuerzos por una reforma penal sustancial. Por otra parte, la jurisprudencia ecuatoriana, para la resolución de casos *no* ha tomado en consideración los avances conseguidos por la dogmática de la parte general de los últimos 60 o 70 años, produciéndose de esta forma un estancamiento científico que muchas veces impide recurrir a ella para orientaciones y pautas de interpretación, pues sencillamente para nuestra Corte Suprema la dogmática penal post finalista es completamente desconocida. Como se ve, el desarrollo de la ciencia penal en el Ecuador no es pues, de lo más alentador.

No quiero referirme a nuestro Código Penal como un código deficiente ya que en su momento y después fue un código que se compaginaba más o menos bien con la ciencia penal de su tiempo, eran tiempos donde la ciencia penal del positivismo italiano y su influjo peligrosista tuvieron gran influencia en los códigos penales iberoamericanos; también el ecuatoriano es un código penal diseñado también bajo el esquema de la teoría causal natural de la acción y se respeta el sistema elaborado por Von Liszt y Beling a principios del siglo XX. La jurisprudencia ecuatoriana trata al dolo y a la imprudencia bajo la teoría psicológica de la culpabilidad y como formas de ella. El código no es deficiente, pero es incongruente con la realidad penal de la modernidad. En contraposición, tenemos un Código de Procedimiento Penal de reciente aparición que con sus críticas[24], entre sus virtudes sobresalen el respeto de las garantías del imputado y una etapa de instrucción bien delimitada, pero también tenemos una parte general material que no facilita la aplicabilidad del principio de culpabilidad de forma satisfactoria.

---

[23] Pagina Web de la Comisión Especializada de Legislación en las materias Penal y Civil de la Función Legislativa del Ecuador: http://www.congreso.gov.ec/comisiones/proyectosComision.asp?word1=CIVIL&title=lo%20Civil%20y%20Penal

[24] Siendo la mayor critica al Código de Procedimiento Penal del año 2000 la inclusión en su articulo 160 de la inconstitucional "detención en firme" como medida privativa de libertad sin caducidad sustitutiva de la prisión preventiva una vez concluida la audiencia preliminar.

El lamentablemente desaparecido autor ecuatoriano y ex Juez de lo Penal del Guayas Víctor Almeida[25] diferencia al error de la ignorancia, aduciendo que el primero es un conocimiento falso mientras que en segundo hay ausencia total del conocimiento y consecuentemente, el error es excusable mientras que la ignorancia no. Reconoce este autor la existencia de los errores de hecho, derecho, tipo y prohibición. Por lo que se podría establecer una diferencia sutil entre lo que prescribe el artículo tres y lo que prescribe el artículo treinta y dos del Código Penal Ecuatoriano, que hace referencia al principio de culpabilidad desde su perspectiva de imputabilidad o capacidad de culpabilidad que bordea cuestiones como la edad del agente, el estado mental al momento de cometer la infracción y *no* al conocimiento de la antijuridicidad (según la configuración del código ecuatoriano y como lo ha entendido la jurisprudencia nacional), como elemento de la culpabilidad, que es fundamental requisito en el desarrollo actual que ha alcanzado ese principio y, por que no decirlo así, la antesala para el surgimiento de la teoría del error de prohibición.

Art. 32.- *"Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia".*

Este artículo es complementado por la Corte Suprema de Justicia con una jurisprudencia del año 1990 que si bien no posee la claridad esperada, es de interpretaciones alentadoras, ya que es un primer un indicio de rechazo a la responsabilidad por el resultado en nuestro derecho penal, y dice: *"Si el derecho penal antiguo concedió mayor importancia al elemento objetivo del delito, dando primacía al concepto de responsabilidad sobre la base del resultado, el Derecho Penal moderno se sustenta en este aspecto en el concepto subjetivo, espiritual, psíquico del acto"*. La misma resolución cita al penalista alemán M. E. Mayer en lo siguiente: *"La dignidad del derecho tiene por fundamento el abandono de la responsabilidad a base del resultado y el reconocimiento de la culpabilidad".*[26]

Si definimos al error de prohibición como la falta de conciencia de la ilicitud por parte del agente, puesto que no esta en posibilidades de

[25] Almeida, Víctor.- "Diferencias y Semejanzas en Instituciones Penales". Impreso en Talleres Poligráfica. Guayaquil, Ecuador. 1998. Pág. 166.

[26] Prontuario de Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. No. 3, Págs. 361-362. Imprenta Encuadernación Marving Cia. Ltda. Quito, Ecuador. 1991.

comprender que su accionar es antijurídico, ya que supone que su conducta es plenamente permitida o está autorizada por el derecho vigente y armonizando este artículo (treinta y dos del Código Penal) con el conocimiento de la antijuridicidad -ya reconocido según lo exige el actual principio de culpabilidad- como elemento de la culpabilidad o elemento del dolo, bien podría fundamentarse el error de prohibición, cualquiera sea la teoría que se acoja (la de la culpabilidad o la del dolo) a partir de la diferenciación que hace el autor ecuatoriano Almeida, aunque probablemente las agencias judiciales se mantengan en la posición a la que es fiel el código, esto es, que el error sobre un punto de derecho es inexcusable, además de que la figura del error de prohibición quedaría en el "aire" al no contar con parámetros normativos que la orienten –hecho que no es del todo malo- mientras menos diga el código, mayores y mejores criterios podrá perfeccionar la Corte Suprema con el paso del tiempo.

Esta sin duda no es la solución ideal, es simplemente una calibración del principio de culpabilidad como hoy lo entendemos a las no muy claras[27] palabras del artículo treinta y dos[28]. Pero con la existencia del artículo tres esta interpretación quedaría igual desvirtuada, por lo que el problema debe resolverse también con la declaratoria de inconstitucionalidad del referido artículo, pues además de infringir el principio de culpabilidad, viola el principio constitucional base del Estado Social y Democrático de Derecho: La Dignidad de la Persona Humana. La Constitución Política de la Republica del Ecuador reconoce todas las garantías inherentes a la persona humana, muchas de las cuales se ven afectadas por el imperante "error iuris nocet" vigente en el cuerpo legal penal. El artículo diecinueve de la carta política consagra el principio de Dignidad Humana de la siguiente manera:

"**Art. 19.-** Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material."

---

[27] Interpreto que esta contradicción existente en el Código Ecuatoriano, entre el articulo tres y el articulo treinta y dos, fue sin duda notada por el maestro español Luis Jiménez de Asúa en *Jiménez de Asúa, Luis.-*" Tratado de derecho penal, tomo, Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina.

[28] "Voluntad y conciencia"

En el caso ecuatoriano, este articulo cobra una trascendencia especialísima atendiendo a la pluralidad de etnias –tema que será tratado en especifico en la parte final de este trabajo– que en el país coexisten pacíficamente y la carta política hace especial referencia a esta particularidad así:

"Art. 1.- El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, *pluricultural y multiétnico*."

Como si estas disposiciones no fueran suficientes para que el principio de presunción de conocimiento de la ley penal caiga por su propio peso, atendiendo a la especial configuración étnica del estado ecuatoriano, la misma constitución reconoce a los pueblos indígenas los siguientes derechos colectivos así:

"**Art. 84.-** El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

1.- Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico..... 7.- Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad."

No hay lugar a dudas sobre el reconocimiento constitucional de la socialización diferenciada –en sentido étnico y cultural– propia del Ecuador. Esta particularidad supone la existencia de unos grupos sociales no minoritarios y de gran importancia inclusive en el ámbito político de la actualidad nacional. Imponer a estos grupos sociales que cuentan con normativa propia –no necesariamente escrita y no siempre del todo aceptable en muchos supuestos- que se remonta a una antigüedad inclusive anterior a la conformación de la República de Ecuador, el conocimiento presunto de todas las leyes penales, que a lo mejor ni los profesionales del derecho terminamos de abarcar en su totalidad, equivaldría a desconocer y desvalorar el patrimonio autóctono nacional que, guste o no, estas culturas representan. Los movimientos indígenas ecuatorianos ejemplifican con una claridad excepcional un modelo de socialización distinta, exótica o extraña. Dice Jakobs en su tratado "En la medida en que el autor pueda aportar razones especiales por la que se le

dificulta la comprensión –mediante socialización en parte extraña- de lo ilícito, el error puede exculpar; de lo contrario, no"... "Lo que es un error sobre los fundamentos se determina no solo con arreglo a la norma en cuestión, sino también con arreglo al ámbito vital en que durante mucho tiempo se ha desenvuelto el autor"[29].

Dentro de los principios de limitación funcional de la mínima intervención penal establecidos por el desaparecido profesor de Saarbrücken, Alessandro Baratta, está el del *respeto por las autonomías culturales* que jamás puede descuidar el derecho penal. Este principio nos habla de la apreciación de ciertos comportamientos delictivos para la aceptación social de la mayoría y que sin embargo, pueden adquirir otra significación en otro grupo social o subcultura. Los postulados que de este principio se derivan son consecuencia directa del principio de intervención mínima del derecho penal que concibe a la sociedad no solo como "igualitaria, sino antitotalitaria"[30]. Eugenio Zaffaroni al respecto señala que es una exigencia fundamental de un derecho penal respetuoso por los derechos humanos considerar la percepción especifica de la realidad y valores de las minorías étnicas y de los grupos que representan culturas diferenciadas dentro de una determinada sociedad. No habrá para este autor necesidad de criminalizacion de ciertos comportamientos que puedan ser considerados normales en subculturas bien delimitadas [31].

Imaginemos las consecuencias negativas que el principio de presunción de conocimiento de la ley penal traería en la practica cuando algún miembro de una comunidad indígena reconocida en el Ecuador alegue una situación de error de prohibición –caso muy posible atendiendo a la configuración social de estos grupos-. Negar este postulado acarrearía un irrespeto a la condición de persona humana que detenta este individuo. Pensemos en el principio de dignidad humana desde su faz dinámica, que trae consigo una valoración acerca de "los comportamientos exterio-

---

[29] Jakobs, tratado. Págs. 660 y 661.

[30] Baratta, Alessandro.-"Principien des minimalen Strafrechts. Eine Theorie der Menschenrechte las Schutzobjekte und Grenze des Srtafrechts" . En Castellano "Principios del Derecho Penal Mínimo (Para una teoría de los Derechos Humanos como objeto y limite de la Ley Penal)". Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires, 1987, Pág. 636

[31] Cfr. Zaffaroni, Eugenio.- Los Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina, Buenos Aires, Pág. 91.

rizados por la persona. De allí que, en este sentido, existan diferencias y distinciones que es posible hacer entre los hombres de acuerdo con criterios de idoneidad, moralidad, técnica, etc".... "El Estado, en consecuencia, debe garantizar "el derecho de los particulares a programar y proyectar su vida según sus propios ideales de existencia protegiendo al mismo tiempo, mediante la consagración del orden y la moral públicos, igual derecho de los demás"[32]

Con todo lo expuesto en el presente subtema y sin agotar los puntos relativos a la dignidad humana presentes en los instrumentos internacionales de derechos humanos igualmente obligatorios para el Ecuador, tenemos fundamentos suficientes para la seria elaboración de una demanda ante el Tribunal Constitucional solicitando la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo tres del código penal del Ecuador. Solo con ese cometido este trabajo tendrá la utilidad que su autor desea en pro de un sistema penal ecuatoriano mas justo.

Con la inconstitucionalidad del articulo tres del código penal al menos se obtendrá un panorama favorable que se ajuste a las necesidades de nuestra cultura que es, cuando menos, en extremo diversa. El Ecuador, a medida que se desarrolla como Estado no puede permanecer alejado de un sistema punitivo indiferente ante la situación de los pueblos indígenas, así como tampoco puede quedar anclado con un Código Penal que en alguna medida, no es acorde con la realidad nacional. El problema se agudizaba ante la ausencia de una jurisprudencia que de lugar a interpretaciones actuales de los preceptos que se encuentran en el código –este problema habría quedado solucionado en la actualidad y para el futuro es de esperar de la Corte Suprema fallos de gran calidad científica, luego de que en el año 2005 se eligió a una Corte Suprema tras un proceso transparente de selección de los Magistrados de acuerdo con sus meritos-. Cabe mencionar el "Proyecto de Nuevo Código Penal para el Ecuador" que en 1997 elaboró el actual juez de la Corte Suprema de Justicia, Alfonso Zambrano Pasquel. En este proyecto el error de prohibición es regulado en sus artículos diecisiete y dieciocho (éste último, aplicable a grupos indígenas y que se analiza en el siguiente punto) a

[32] Yacobucci, Guillermo Jorge.- "El Sentido de los Principios Penales: Su naturaleza y funciones en la argumentación penal". Ed. Abaco. Buenos Aires, Argentina, 2002. Páginas 211 y 219.

partir de los fundamentos de la teoría de la culpabilidad como vertiente correcta para revisar los supuestos de error de prohibición:

Art. 17.- *El error invencible o insuperable sobre la existencia, sentido o alcances de las circunstancias que fundan la ilicitud, excluye la responsabilidad penal.*

Si el error de prohibición fuere vencible o superable se atenuará la pena.

V.- PROBLEMÁTICA DEL INDÍGENA ECUATORIANO Y EL ERROR DE PROHIBICIÓN

5.1 Introducción al Problema y Fundamento del Error de Prohibición Culturalmente Condicionado en el Ecuador.

Si bien la mayoría de casos de error de prohibición se fundaran en la creencia de obrar justificadamente sin estarlo por parte del agente –por creer erróneamente en la existencia de una causa de justificación que ampare su conducta-, en los países de la Comunidad Andina (CAN) han de tener mayor incidencia los supuestos de error de prohibición directo en su variante del error de prohibición culturalmente condicionado, pues los grupos indígenas con costumbres y culturas propias son muy numerosos en dichos países.

El error de prohibición en el Ecuador podría encontrar su mejor utilidad como herramienta idónea para resolver problemas que son propios de la diversidad étnica nuestro país. Aquí el error de prohibición no refleja su lado dogmático ni su construcción jurídica compleja, sino su gran utilidad social. Me refiero al caso del indígena ecuatoriano, importante sector de nuestra población que se encuentra en una situación difícil ante la realidad penal y el duro tratamiento que se le imparte en las agencias judiciales.

El caso de los indígenas pone de manifiesto que el principio "error juris nocet" es irrealizable. Es obvio, pues como podemos pretender si quiera exigir el conocimiento de la ley penal a quienes, por sus costumbres, organización social, valores y forma de vida les es imposible conocerla, peor comprenderla o asimilarla. No podemos esperar del indígena común el cumplimiento de la presunción del conocimiento del artículo

tres ya que su prototipo social en algunos supuestos cumple un rol distinto del que las agencias judiciales esperan del sujeto común. Bien dice Roxin en su tratado que "en sentido jurídico un error de prohibición no solo es invencible cuando la formación de dudas (en el agente) era materialmente imposible, sino también cuando el sujeto poseía razones sensatas para suponer el carácter permitido de su hecho, de modo que la actitud hacia el Derecho que se manifiesta en su error no precisa de sanción".[33] Es de esperarse que las personas pertenecientes a comunidades indígenas por lo general no puedan motivarse por muchas normas penales que no les han de ser exigibles siempre y cuando quede demostrado que dichas normas eran de comprensión e internalizaciòn imposible para ellos. El nivel de riesgo jurídicamente desaprobado les será muy reducido frente a la importancia que para ellos poseen conductas propias de su cultura.[34]

Ejemplos de conductas propias de comunidades indígenas que podrían equivaler a injustos penalmente relevantes para el común denominador de los habitantes de Ecuador son:

- Casos en que indígenas utilizan sustancias prohibidas de contenido estupefaciente o psicotropico para elaborar sus mundialmente conocidos medicamentos "alternativos", los mismos que provienen de recetas ancestrales propias de su cultura (Shamanes).
- Los indígenas de la comunidad Shuar, ubicada el sur del oriente ecuatoriano, que utilizaban el procedimiento ancestral consistente en la reducción de las cabezas de sus enemigos caídos en guerra.[35]
- Hijos de un mismo padre, esto es, de descendencia pater lineal, están autorizados por la costumbre indígena de sus tribus a mantener relaciones incestuosas con sus medio hermanas –para la ley ecuatoriana igual hermanas- de diferente madre y sin importar su minoría de edad, etc.
- Los miembros de la comunidad indígena Ahuca, en el oriente ecuatoriano, tienen el convencimiento de que el hombre de piel

[33] Roxin, Claus, Tratado. Pág. 880.

[34] En este sentido y refiriéndose en concreto al caso del indígena que practica inhumaciones conforme a su ritual, quedando incurso en la tipicidad del Art. 203 del Código Penal Argentino, Zaffaroni, Eugenio en "Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo IV". Ediar. Buenos Aires. Pág. 200.

[35] Sobre la cultura Shuar en: http://www.geocities.com/mysteryplanet2/CA/shuar.htm

blanca siempre los matará, de modo que para prevenir esta acción culturalmente supuesta y como mecanismo de defensa, se adelantan ofensivamente a un miembro de tez blanca al divisarlo[36].

El Estado ecuatoriano, por su mega diversidad étnica no puede permanecer aislado del tratamiento que debe tener el indígena en su juzgamiento y el error de prohibición brinda la posibilidad de conseguir fines más justos que determinen una solución pacifica a esta problemática. Es cierto que el código penal en su artículo veintinueve en sus numerales octavo y noveno contempla circunstancias como la "rusticidad" y el "obrar impulsado por motivos de particular valor moral o social", pero estas circunstancias no dejan de ser sólo atenuantes modificatorias de la pena y que de ser consideradas, únicamente logran disminuir la culpabilidad, con una reducción de la pena y por consiguiente, se mantiene el estatus de delincuente. Para este problema el error de prohibición es la herramienta disponible para su correcta apreciación y solución luego del estudio del caso concreto y con la posibilidad de ofrecer la exclusión total de la culpabilidad cuando el error sea inevitable. En este caso la incorporación del error de prohibición a nuestro ordenamiento jurídico equivaldría a poner un límite a eventuales arbitrariedades y abusos cometidos en ciertos juzgados y tribunales, para aspirar a una pena más justa o a la exclusión de la misma. El doctor Zambrano Pasquel en su proyecto de Código Penal para el Ecuador no descuida esta problemática y apela al conocimiento de la antijuridicidad como requisito indispensable para el juzgamiento de quien por su condición étnico cultural no puede asimilar que ha quebrantado un bien jurídico susceptible de protección penal. Transcribo a continuación el artículo dieciocho de su proyecto:

Art. 18.- *El que por razones de su pertenencia a una determinada etnia cultural o racial, adecuare su conducta a una infracción penal, sin poder comprender la criminalidad o ilicitud de su comportamiento o determinarse de acuerdo con esa comprensión, estará exento de responsabilidad penal.*

Si la posibilidad de comprender la criminalidad o ilicitud del comportamiento o determinarse de acuerdo con esa comprensión, se encontrare disminuida por iguales razones, se atenuará la pena.

[36] Cfr. Zaffaroni. Ob. Cit. Pág. 201.

VI.- CONCLUSIONES

I) El principio de culpabilidad se fundamenta para la dogmática actual en la función motivadora que debe cumplir la norma penal sobre el agente, al menos, de forma potencial. El dolo y la culpa ya no pertenecen a la culpabilidad como forma de ésta. Su estudio esta comprendido dentro del elemento subjetivo del tipo del injusto.

II) El conocimiento de la antijuridicidad, ya sea como elemento del dolo o de la culpabilidad, es requisito esencial para determinar la culpabilidad del agente. Además de este elemento, se debe también comprobar la capacidad de culpabilidad o imputabilidad y si al agente le era exigible actuar de otro modo al momento del hecho. *No se le puede exigir a persona alguna el conocimiento de la ilicitud de una norma penal, cuando no le es asimilable el conocimiento de la misma.*

III) La teoría de la culpabilidad en su versión estricta es la mejor opción para valorar el conocimiento de la antijuridicidad. Si bien arriba a resultados político criminalmente más severos que la teoría del dolo y la teoría limitada de la culpabilidad, defender la primera seria anclarse en el pasado y obligaría a defender una versión causalista del injusto, largamente superada en la actualidad. En cuanto a la teoría de los elementos negativos del tipo, para los supuestos de error de prohibición sobre los presupuestos de una causa de justificación y sus derivados, no he de mostrarme afín a la misma[37] por ser un híbrido que irrespeta la compartimentación sistemática independiente que tienen la tipicidad y la antijuridicidad en la ciencia penal. En el sistema ecuatoriano, tanto la teoría estricta del dolo, como la limitada de la culpabilidad desembocarían en un ámbito enorme de impunidad, pues el código penal ecuatoriano no cuenta con una cláusula general de imprudencia y por ende, no podrán tratarse como culposos la gran mayoría de delitos solo pueden cometerse dolosamente como la violación o la injuria[38].

[37] Otros motivos para defender la teoría estricta de la culpabilidad están el las páginas 9 y 10 del presente trabajo.

[38] Código Penal Ecuatoriano, Artículos 14 y 33.

IV) El principio de presunción de conocimiento de la ley "error juris nocet" es irrealizable en materia penal pues no esta armonizado con los postulados actuales del estado social y democrático de derecho, ya que permite consecuencias injustas como la responsabilidad por el resultado o responsabilidad objetiva y además no es compatible con el grado de desarrollo que en la actualidad ha alcanzado el principio de culpabilidad al no dar lugar el reconocimiento del conocimiento de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad.

V) De nada sirve contar con un código procesal penal novedoso o hablar de los derechos y garantías que tiene el imputado o de la coherencia que a mi juicio tiene en la actualidad el sistema procesal penal que rige en Ecuador desde la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Penal actual, si frente a el existe un derecho penal sustantivo que no da cabida a herramientas de trascendencia muy útil para la sociedad, entre ellas, el error de prohibición. La derogatoria del artículo tres del Código Penal Ecuatoriano constituirá un paso agigantado para la consecución de las aspiraciones y necesidades del moderno estado social y democrático de derecho. Con la inclusión del error de prohibición en nuestro ordenamiento penal, estaremos ante una realidad normativa más justa, acorde con los principios que devienen de la Constitución Política del Ecuador.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL CONSULTADA:

- *Almeida, Victor*.- "Diferencias y Semejanzas en Instituciones Penales". Impreso en Poligráfica. Guayaquil, Ecuador. 1998.
- *Bacigalupo, Enrique*.- "Tipo y Error" 3ra edición. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina, 2002.
- *Baratta, Alessandro*.-"Principien des minimalen Strafrechts. Eine Theorie der Menschenrechte las Schutzobjekte und Grenze des Srtafrechts". En Castellano "Principios del Derecho Penal Mínimo (Para una teoría de los Derechos Humanos como objeto y limite de la Ley Penal)". Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires, 1987.
- *Carrara, Francesco*.- "Programa del corso di diritto criminale dittato nella Regia Università di Pisa". En Castellano "Programa de

Derecho Criminal, tomo 1, Parte General", reimpresión inalterada, Editorial Temis, Bogota , Colombia. 1996. Traducción de José Ortega Torres.

- Código Penal de la República Argentina.
- Código Penal Colombiano del año 2000.
- Código Penal Colombiano del año 2005.
- Código Penal Ecuatoriano.
- Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano del año 2000.
- Código Penal Español de 1995.
- Constitución Política de la Republica del Ecuador de 1998.
- *Cuello Calón, Eugenio*.- "Derecho Penal conforme al Código Penal, texto refundido de 1944. Tomo 1, Parte General". Bosch, Casa Editorial. Barcelona, España,1960.
- *Díaz y García Conlledo, Miguel*.- "El Error de Prohibición: Pasado, Presente y Futuro".
- *Donna, Edgardo Alberto*.- "Teoría del Delito y de la Pena" 2 tomos. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1992 y 1995.
- *Felip i Saborit, David*.- Error Iuris. El Conocimiento de la Antijuricidad y el Art. 14 del Código Penal". Editorial Atelier. Barcelona, España. 2000.
- *Jakobs, Gunther*.- "*Das Schuldprinzip"*. Traducción al castellano por Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid). Publicado en Argentina bajo el título "Fundamentos del Derecho Penal", Ad-Hoc, Buenos Aires. 1996.
- *Jakobs, Gunther*.- "Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre". En Castellano "Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación". Traducción de Joaquín Coello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons, Madrid. 1997
- *Joshi Hubert, Ujala*.- "El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo". Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1987.

- *Jiménez de Asúa, Lluis*.- Tratado de Derecho Penal. Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina.
- *Larenz, Karl*.- "Metodología de la Ciencia del Derecho". Ediciones Ariel. Barcelona, España. 1994.
- *Mezger, Edmund*.-"Strafrecht. Ein Studienbuch" en castellano "Derecho Penal, Parte General, Libro de Estudio", tomo 1, Editorial El Foro, Traducción de la sexta edición por Conrado Finzi. 1957. Buenos Aires.
- *Muñoz Conde, Francisco*.- "El Error en Derecho Penal". Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España, 1989.
- *Muñoz Conde, Francisco*.- "¿ "Legitima" defensa putativa? Un caso limite entre justificación y exculpación" en Fundamentos de un Sistema Europeo de Derecho Penal – Libro Homenaje a Claus Roxin coord.. por Jesús Silva Sánchez, J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1995.
- Prontuario de Resoluciones No. 3 de la Corte Suprema de Justicia. Imprenta Encuadernación Marving Cia. Ltda. Quito, Ecuador. 1991.
- *Roxin, Claus*.- "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem". En Castellano "Política Criminal y Sistema de Derecho Penal." Editorial Hammurabi, Traducción de Francisco Muñoz Conde, 2000. Editorial Hammurabi. Reimpresión.
- *Roxin, Claus*.- "Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre". En Castellano "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito". Traducción de la segunda edición alemana y notas de Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. 1997. Editorial Civitas. Madrid. 1997.
- *Silva Sánchez, Jesús*.- "La Expansión del Derecho Penal". Editorial B de F, segunda edición. 2006. Montevideo, Uruguay. Buenos Aires, Argentina.
- *Silva Sánchez, Jesús*.- "Observaciones sobre el conocimiento "eventual" de la antijuricidad". Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, 1987.
- *Velásquez, Fernando*.- "Derecho Penal, Parte General" 3ra edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1997.

- *Welzel, Hans*.- "Das Deutsch Strafrecht". En Castellano "Derecho Penal Alemán". Traducción de Juan Bustos Ramírez. Editorial Jurídica de Chile, 1970.
- *Yacobucci, Guillermo Jorge*.- "El Sentido de los Principios Penales: Su naturaleza y funciones en la argumentación penal". Ed. Abaco. Buenos Aires, Argentina, 2002.
- *Zaffaroni, Eugenio*.- "Tratado de Derecho Penal. Parte General.". Ediar. Buenos Aires.
- *Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro*.- "Derecho Penal, Parte General" 2da edición. Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina. 2002.
- *Zaffaroni, Eugenio*.- Los Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina, Buenos Aires.
- *Zambrano Pasquel, Alfonso*.- "Proyecto de Código Penal para el Ecuador". Guayaquil, Ecuador. 1997.

LA COSA JUZGADA Y EL PRINCIPIO NOM BIS IN IDEM EN EL DERECHO PROCESAL PENAL

Dr. Eduardo Franco Loor, MSc. [1]
Abogado de la Procuraduría General del Estado

RESUMEN:

Los institutos jurídicos: la cosa juzgada, los principios del nom bis in idem y el favor rei son pilares fundamentales del debido proceso, en un estado democrático y auténticamente de Derecho. Son instituciones básicas del Debido Proceso. No son lo mismo, se parecen, pero son distintos, su naturaleza jurídica varía, a pesar de que sus aplicaciones pueden tener el mismo efecto. En nuestro derecho constitucional, forman parte de los derechos de protección, y de conformidad con el artículo 1 de la Constitución 2008, siendo el país un Estado constitucional de derechos y justicia, su carácter, naturaleza, protección y tutela, le dan características eminentes y prevalentes en el sistema jurídico global. Se ha conseguido establecer la fundamentación y orígenes de la cosa juzgada, el favor rei y el ne bis in idem, como principios del Derecho y su permanente evolución sobretodo en el campo penal. Sus diferencias han podido delimitarse en la esfera de los procedimientos, otorgando prelación y justificación en el sistema de los derechos humanos.

---

[1] Doctor en Jurisprudencia. Diplomado en Docencia Superior, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, Magister en Ciencias Internacionales y Diplomacia, egresado de la Maestría en Ciencias Penales y Criminológicas del Instituto "Dr. Jorge Zavala Baquerizo" de la Universidad de Guayaquil. Es Profesor Principal de la FACSO de la Universidad de Guayaquil, Profesor de la UEES, de la Universidad Tecnológica ECOTEC y de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Fue Magistrado de la III Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Director Regional del CONSEP, Subsecretario de Trabajo y Recursos Humanos del Litoral, Subsecretario de Bienestar Social del Litoral e Intendente de Policía del Guayas. Ha publicado: "Derecho de la Comunicación Social en el Ecuador" y "Derecho Internacional de la Comunicación Social". Por publicarse: "Fundamentos Teóricos de Derecho Penal Moderno" y "La Culpabilidad Penal y la Teoría de la Imputación Objetiva en el marco del Derecho Penal Ecuatoriano". Ejerce la abogacía y escribe artículos de Derecho..Email: efranco_loor@hotmail.com

PALABRAS CLAVE:

Cosa juzgada, Principio Nom Bis in Idem, Favor Rei, Constitución, Seguridad Jurídica, Debido Proceso, Tutela Judicial efectiva.

INTRODUCCIÓN

En este trabajo académico se ha estudiado y analizado varios institutos del Derecho: la cosa juzgada, el principio nom bis in idem, el favor rei, todo ello a la luz de los criterios y definiciones de grandes tratadistas.

La presente investigación ha distinguido las diferencias entre los medios de defensa citados que tiene el demandado a fin de que puedan prevalecer sus derechos constitucionales y legales concretados en el debido proceso y que están consagrados en tratados y convenios internacionales.

La investigación jurídica se ha llevado en forma sistemática y confrontando la participación de varios autores que han aportado sus diferentes criterios científicos-jurídicos, por lo que creo que el aporte académico del presente estudio es importante y puede constituir un referente en las Ciencias Penales, que pueda aportar a estudiantes y profesionales del Derecho, al menos a que se continúe y profundice en la investigación sobre estos institutos del Derecho.

LA COSA JUZGADA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL.

El Derecho procesal penal y sus fines.- El Debido Proceso:

Al iniciar el estudio de la Cosa Juzgada dentro del Derecho Procesal Penal, debemos previamente retomar el concepto de Derecho Procesal Penal, muy bien enfocado por wikipedia, (enciclopedia cibernética): "El **Derecho procesal penal** es el conjunto de normas que regulan cualquier proceso de carácter penal desde su inicio hasta su fin: la actividad de los jueces y la ley de fondo en la sentencia. Tiene como función investigar, identificar y sancionar (en caso de que así sea requerido) las conductas que constituyen delitos, evaluando las circunstancias particulares en cada caso.[2]

[2] www.wilkipedia.com

En el Derecho Procesal Penal existe un conjunto de normas que regulan el proceso desde el inicio hasta la finalización del proceso. Tiene la función de investigar, identificar, y sancionar (si fuese necesario) las conductas que constituyen delitos, evaluando las circunstancias particulares de cada caso concreto.

El Derecho Procesal Penal es aquélla disciplina jurídica encargada de proveer de conocimientos teóricos, prácticos y técnicos necesarios para comprender y aplicar las normas jurídicas-procesal-penales, destinadas a regular el inicio, desarrollo y culminación de un Proceso Penal.

En síntesis, es el conjunto de normas jurídicas que regulan el desarrollo del Proceso Penal.[3]

En resumen, como afirma Walter Guerrero Vivanco[4] "el Derecho Procesal penal es la ciencia que se encarga de orientar y disciplinar el amplio campo de la jurisdicción y de la competencia de los jueces; del ejercicio de la acción; de la pruebas que puedan introducirse en el proceso para comprobar la existencia del delito y la responsabilidad del infractor; del proceso que debe seguirse para hacer efectivo la pretensión punitiva del Estado; y la formas como deben ejecutarse las penas impuestas a los infractores…"

El *Derecho penal material* es, como se sabe, el conjunto de las normas jurídicas que asocian a la realización de un delito como presupuesto, la aplicación de penas y/o medidas de seguridad, como principales consecuencias jurídicas. El *Derecho Procesal penal*, en cambio, es, como dice Jescheck, el conjunto de normas jurídicas necesarias para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en el Derecho penal material; normas que incluyen –de un lado- las normas sobre estructura y principios de organización del órgano jurisdiccional penal destinadas a regular el procedimiento para la actuación de la *pretensión* penal estatal, y –de otro lado– los preceptos sobre el proceso en el que las acciones punibles son investigadas, perseguidas, tratadas y condenadas.[5]

---

[3] Pedro Juan Montoya artículo en Internet: "Derecho Procesal Penal" en Monografaías.com

[4] Walter Guerrero Vivanco. "Derecho Procesal penal". Tomo I La jurisdicción y l Competencia. P. 64

[5] En "Derecho Procesal Penal".César San Martín Castro. p. 9

Incluso el propio tratadista Claus Roxin en su obra "Derecho Procesal Penal" distingue claramente que el derecho penal material cuyas reglas fundamentales están contenidas en el Código Penal, establece los elementos de la acción punible y amenaza con las consecuencias jurídicas (penas y medidas) que están conectadas a la comisión del hecho. "Para que esas normas puedan cumplir su función de asegurar los presupuestos fundamentales de la convivencia humana pacífica es preciso que ellas no permanezcan solo en el papel, en caso de que se cometa un delito –dice Roxin–. Para ello es necesario un procedimiento regulado jurídicamente con cuyo auxilio pueda ser averiguada la existencia de una acción punible y en su caso, pueda ser determinado e impuesta la sanción prevista en la ley".

De lo que se colige que siendo el derecho de penar atribuido al Estado, las normas procesales justifican este cometido dentro del procedimiento penal. Por ello, el propio Roxin, figura cumbre de la dogmática jurídico –penal contemporánea, asegura que el fin del proceso penal tiene naturaleza compleja la condena del culpable, la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión. "Todas estas exigencias. –opina Roxin– son igualmente significativas para una comunidad organizada desde el punto de vista del Estado de Derecho"[6].

En cambio, el profesor Jorge Zavala Baquerizo sostiene que ningún proceso penal se inicia para declarar inocente al procesado, y que siendo el proceso penal una institución que tiene por finalidad inmediata la imposición de la pena, es necesario que el justiciable sea protegido de una manera eficiente, severa y estricta, pués, como en el mencionado proceso se desenvuelven los juicios de desvalor sobre el acto y el autor, y en cuyo desarrollo se pueden lesionar bienes jurídicos garantizados por el estado, como la libertad individual y la propiedad, amén de los numerosos efectos sociales que una condena lleva consigo, el Estado toma la precaución de imponer a los jueces normas de procedimiento que

[6] Claus Roxin. Derecho Procesal Penal, pág. 4. Cree Roxin que la realización del Derecho Material como uno de los fines esenciales del proceso penal no es posible sin una administración de justica penal funcionalmente eficiente; un Estado en el cual el Derecho Penal no ofrece una protección efectiva ya no sería Estado de Derecho.

garanticen los derechos de los sujetos procesales activo y pasivo, especialmente de este último.[7].

Pero el autor que comentamos, en el Tomo I, de la tercera edición de su obra "El Proceso Penal ecuatoriano" de 1978, señalaba, en criterios que coincidimos, que "el fin del Derecho Procesal es la realización del Derecho penal protector de ciertas normas jurídicas, realización que la hace a través del proceso penal, que se desarrolla cumpliendo leyes de procedimiento pre-establecidas" "De esa manera –anota el distinguido tratadista– ***se realiza la justicia, se establece el imperio del Derecho en general y se garantiza el ordenamiento jurídico, protector de la sociedad y del individuo."*** (Las negrillas y cursivas son mías).

Anotamos que en nuestro sistema constitucional, el artículo 169 de la Constitución de la República 2008 establece que: "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proa eso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades".

En la norma constitucional antes indicada encontramos la concepción del *"debido proceso"*, tan en boga en la actualidad por su importancia determinante en la seguridad jurídica del ordenamiento del sistema.

El maestro ecuatoriano Zavala Baquerizo señala que "…entendemos por debido proceso el que se inicia, se desarrolla y concluye respetando y haciendo efectivos los presupuestos , los principios y las normas constitucionales, legales e internacionales aprobados previamente, así como los principios generales que informa el derecho procesal penal, con la finalidad de alcanzar una justa administración de justicia, provocando como efecto inmediato la protección integral de la seguridad jurídica del ciudadano, reconocida constitucionalmente como un derecho."[8]

Asevera Zavala Baquerizo que el ciudadano tiene derecho al Debido Proceso esto es a la iniciación desarrollo y conclusión de un proceso en

[7] Jorge Zavala Baquerizo. El Debido Proceso Penal. p. 26 Y 27
[8] Ibidem. p. 45

donde se respeten todas las normas garantizadoras que el Estado ha impuesto para el efecto. "…el imperio del debido proceso –anota el distinguido tratadista ecuatoriano– comienza con la investigación preprocesal y concluye una vez que se ha cumplido la condena. En todo ese período el sospechoso, el imputado, el acusado y el penado, respectiva y sucesivamente, se encuentran amparados por el Estado para que se cumplan los mandato nacionales e internacionales que garantizan el cumplimiento de los derechos fundamentales contenidos en los indicados mandatos."

Por otro lado, Ricardo Vaca Andrade en su "Manual de Derecho Procesal Penal" establece que "el debido proceso es el conjunto de derechos y garantías que protegen a la persona de los posibles excesos o riesgos de abuso o desbordamiento de la autoridad del Estado; pero a efectos de descubrir en mejor forma todo el alcance de lo que tan importante expresión encierra, recogiendo la parte fundamental de una Sentencia dictada por la Corte Constitucional de Colombia, podemos afirmar que "En su acepción jurídica, el debido proceso es el conjunto de garantías establecidas como medios obligatorios y esenciales para que el ejercicio de la función jurisdiccional se materialice, si se tiene en cuenta que es imposible aplicar el derecho por parte de los Órganos del Estado, sin que la actuación de éstos se haya ajustado a los procedimientos institucionalizados para el fiel cumplimiento de su misión de administrar justicia. Significa esto que todos los actos que el juez y las partes ejecutan, en la iniciación, impulso procesal, desarrollo y extinción del mismo, tienen carácter jurídico porque están previamente señalados por la ley instrumental. Es una actividad reglada y garantizadora que se desarrolla por etapas, entrelazadas o unidas por un objetivo común, como es el de obtener la aplicación del derecho positivo, a un caso concreto, sometido a la actividad jurisdiccional del Estado. La institución del debido proceso aparece señalada como derecho fundamental por lo que ha significado para el desarrollo del hombre, como ser social. El hombre es el principio y fin de todo sistema de organización estatal, de ahí que el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de él son en el presente el primer objetivo del constitucionalismo actual. El principio de autoridad de los gobernantes, está limitado por ciertos derechos de la persona humana, que son anteriores y superiores a toda forma de organización política. Esa limitación de los gobernantes constituye el punto de partida de todas las doctrinas que se ocupan de reivindicar para

el hombre unos atributos esenciales que el Estado se halla en la obligación de respetar. Esta situación debidamente comprobada a través de la historia de la humanidad por el seguimiento que los estudiosos de la ciencias sociales de la época habían realizado, a las diferentes formas de Estado, en relación con el trato a los derechos de los asociados, se convirtió de hecho, en la razón de ser para que esos derechos, no sólo tuvieran algunas veces vigencia práctica, sino que hicieron imperiosa su inclusión formal en las diferentes proclamas sobre derechos humanos, desde finales del Siglo XVII. La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 en su artículo 16, advierte: Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece totalmente de Constitución. Desde la fecha de publicación de este principio, ningún Estado podía aspirar a que lo consideraran como tal, si no había incluido en su sistema un mecanismo de amparo para los derechos civiles de los hombres. Esta es la razón por la cual se ha llegado a afirmar que las garantías de los derechos fundamentales están incorporadas a la esencia del Estado democrático."

Por todo lo expuesto, determinamos que los conceptos, categorías y principios de ***la cosa juzgada, el ne bis in idem y el favor rei,*** son principios fundamentales del Debido proceso penal que en la actualidad se halla constitucionalizado.

La Cosa Juzgada: Un Poco de Historia

Escribe Cabanellas en su "Diccionario de Derecho Usual" Tomo I, que según Manresa se da el nombre de cosa juzgada "a toda cuestión que ha sido resuelta en juicio contradictorio por sentencia firme de los tribunales de justicia". Para Escriche se denomina así lo "que se ha decidido en juicio contradictorio por una sentencia válida de que no hay o no puede haber apelación, sea porque la apelación n o es admisible, o se ha consentido la sentencia; sea porque la apelación no se ha interpuesto dentro del término prescrito por la ley; o, habiéndose interpuesto, se ha declarado por desierta". (p. 539).

Consecuentemente se sostiene que la cosa juzgada tiene cierto carácter irrevocable, y frente a la resolución definitiva no cabe, ya a las partes, probar lo contrario. "Surge la excepción de cosa juzgada –anota Cabanellas– cuando se pretende revivir un asunto ya fallado en forma

definitiva; por cuanto se presume que el fallo se basa en situaciones verdaderas, ya no controvertibles; pues de lo contrario la justicia carecería de eficacia. La excepción perentoria de cosa juzgada exige la concurrencia de tres requisitos para que pueda ser opuesta: a) identidad de las personas; b) identidad de cosas; c) identidad de acciones."

Juan Larrea Holguín[9] reseña que esta institución arranca del Derecho Romano de donde pasó a las Siete Partidas, al Derecho Canónico, al Código de Napoleón, y a través de estas fuentes a nuestro Dereho civil sustantivo y adjetivo. Existen varias teorías sobre el fundamento y naturaleza jurídica de la cosa juzgada- "Algunos autores –anota Larrea Holguín– como Savigny, Pothier, Borja, Carnelutti, fundan el valor de la cosa juzgada en una presunción *iuris et de iure* (legal y de derecho) de veracidad. La sentencia firme sería la verdad oficial, que no se puede contradecir."

Comenta este autor, que otros pensadores, consideran que ya mediante la litis contestación se verifica un cuasi contrato, con la sentencia se hace necesario cumplirlo, y por eso las partes están rigurosamente obligadas a acatar la sentencia y no discutir más sobre el asunto controvertido. Es decir, que los litigantes al momento en que se contesta la demanda, innovan sus relaciones jurídicas, y ya no tienen en rigor otra obligación que la de estar a lo juzgado: que acatar la sentencia.

Indica Larrea, que Alsina, Rocco y otros autores, observan que con la sentencia se extingue la acción, termina el proceso y ya nada hay que hacer sino ejecutar lo declarado u ordenado en la sentencia. Kelsen, Allorio, Cossio indican que el derecho se actúa mediante la sentencia.

"La naturaleza misma de la norma jurídica que regula el "deber ser", exige la estabilidad de la sentencia –opina el tratadista que comentamos–. La norma de conducta debe ser estable, no puede estar sujeta a continuo cambio. Desde el momento en que la ley se aplica al caso concreto carece de fin y de sentido que se quiera seguir un nuevo juicio, puesto que el derecho ya cumplido ya su objetivo".

[9] Juan Larrea Holguín."Compendio de Derecho Civil del Ecuador". p. 46 y sgtes.

Escribe Manuel Alberto Ponz[10] que ya en el Derecho romano, cuna de todas nuestras instituciones jurídicas, una vez formalizado el proceso no le era dable a las partes reiterar su demanda, respecto a la cuestión resuelta, conforme al viejo principio *nom bis in idem*. Ese efecto principal de las sentencias firmes, de impedir su revisión y hacerlas inmutables, es lo que se designa con el nombre de *cosa juzgada*, que significa "juicio dado sobre la litis". Es decir, anota el autor que comentamos, que para el derecho primitivo y clásico, la cosa juzgada impedía repetir la acción promovida, cualquiera fuese la suerte del proceso y ello con carácter definitivo.

Pero, en la actualidad, gracias a los estudios de eminentes tratadistas *esa inmutabilidad, definitividad, intangibilidad, que explicaba* la fórmula tradicional, ha cambiado, por cuanto, se asegura, que esas características, son una propiedad, una cualidad particular, un atributo a un objeto al cual se refieren, y hoy se habla de la autoridad de cosa juzgada, considerando a ésta no como un efecto de la sentencia, sino como una cualidad y un modo de ser y manifestarse de sus efectos, al decir de Ponz.

Históricamente, los romanos no explicaron la razón por la cual atribuían a la sentencia los caracteres que se resumen en el concepto de *cosa juzgada*, sino que la admitieron como una exigencia práctica, para asegurar la certidumbre en el goce de los bienes. Colocado el juez entre la ley y el pueblo, la finalidad del proceso era la actuación de la voluntad de la ley con relación a un determinado bien (*res in iudicium deducía*), lo que se realizaba mediante la sentencia, de ahí el famoso texto *res iudicato pro veritate habetur* (debía tenerse por verdadero lo que el juez expresaba en la sentencia), presunción *iuris et de iure* al no admitir a las partes prueba en contrario, ni permitir que lo resuelto y ejecutoriado fuere modificado, por motivo, autoridad o tribunal alguno. "Es recién en la Edad Media –nos recuerda Ponz– cuando se consideró a la cosa juzgada como una presunción de verdad, se hablaba de la "santidad de la cosa juzgada", la inspiración divina de la sentencia determinada que el juez no pudiera equivocarse. De ahí el origen místico de la institución."

[10] Manuel Alberto Ponz. Artículo "Cosa Juzgada" en la Enciclopedia Jurídica Ameba. Tomo IV. p.970 y sgtes.

En cambio, la doctrina moderna sostiene que dichos fundamentos son erróneos, toda vez que la autoridad de la cosa juzgada debe buscarse en el respeto debido al tribunal que administra justicia en nombre del Estado.

Definiciones y Conceptos:

Coincidimos con Manuel Alberto Ponz en que desde la época clásica del Derecho romano hasta nuestros días, la *cosa juzgada* ha sido materia de preferente atención, por competentes hombres de ciencia en las distintas naciones, aunque por cierto, sus conclusiones no traducen una unidad de criterio y pensamiento, por el contrario, los más recientes estudios anotan una disparidad tal, que el replanteo del problema aparece como imprescindible, sin descartar la posibilidad futura de nuevos enfoques jurídicos.

La cosa juzgada según Calvo Baca es la autoridad y la fuerza que la ley atribuye a la sentencia resuelta en juicio contradictorio. Chiovenda amplía esta definición sosteniendo que el bien juzgado se convierte en inatacable; la parte a la que fue reconocido, no solo tiene derecho a conseguirlo prácticamente frente a la otra, sino que no puede sufrir ésta ulteriores ataques a este derecho y goce (autoridad de la Cosa Juzgada), salvo raras excepciones en que una norma expresa de la ley disponga cosa distinta.

res iudicata pro veritate habetur: ***La cosa juzgada se tiene por verdad.***

Según Manuel Ossorio[11], cosa juzgada es "la autoridad y eficacia que adquiere la sentencia judicial que pone fin a un litigio y que no es susceptible de impugnación, por no darse contra ella ningún recurso o por no haber sido impugnada a tiempo, lo que la convierte en firme. Es característico en la cosa juzgada que sea inmutable e irreversible en otro procedimiento judicial posterior…".

Cabanellas [12] define **cosa** " en su acepción máxima comprende todo lo existente, de manera corporal e incorporal, natural o artificial, real o

[11] Manuel Ossorio. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Ediciones Heliasta

[12] Guillermo Cabanellas de Torres. Diccionario Jurídico Elemental actualizado, corregido y aumentado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Edición 1997

abstracta cosa se refiere al objeto del Derecho o de los derechos u obligaciones. Reduciendo nuevamente su ámbito la idea de *cosa*, ésta, ya de modo exclusivo en la esfera de lo jurídico, expresa lo material (una casa, una finca, el dinero) frente a lo inmaterial o derechos (un crédito una obligación una facultad); juzgada, según Manresa se da este nombre "a toda cuestión que ha sido resuelta en juicio contradictorio por sentencia firme de los tribunales de justicia."; **juzgada, juzgar:** "Administra justicia. Decidir un asunto judicial. Sentenciar. Ejercer funciones de juez o magistrado. Afirmar o exponer relaciones entre ideas. Enjuiciar, examinar, considerar, dictaminar en un asunto o negocio. Antiguamente, condenar a perder alguna cosa; y, más especialmente, confiscarla."

El doctor Ricardo Vaca Andrade [13] en relación a cosa juzgada hace hincapié en lo que manifiesta la Constitución Política de la República en su artículo 24 numeral 16 (actual literal i) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución 2008): "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa", coincidiendo éste con el artículo 5 de nuestro Código de Procedimiento Penal que estipula: "Ninguna persona será procesada ni penada, más de una vez, por un mismo hecho."; normas que en muchos casos dejan de aplicarse por la endeble institucionalidad jurídica abrumada a veces por la corrupción en muchos ámbitos.

La cosa juzgada es definida por Couture, como la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla, definición esta de la cual se infiere, que la cosa juzgada primeramente es una autoridad, que consiste en la calidad, atributo propio del fallo que emana del órgano jurisdiccional, cuando ha adquirido el carácter de definitiva; e igualmente es una medida de eficacia, que se traduce en inimpugnabilidad de la decisión judicial, la cual se produce cuando la ley impide todo ataque ulterior tendiente a obtener la revisión de la misma materia *-nom bis in idem-* mediante la invocación de la propia cosa juzgada; en inmutabilidad o inmodificabilidad, conforme a la cual, en ningún caso, de oficio o a instancia de parte, otra autoridad puede alterar los términos de la sentencia pasada en autoridad en cosa juzgada; y coercibilidad, que permite la eventual ejecución forzada o forzosa de la sentencia.

[13] Ricardo Vaca Andrade. Manual de Derecho Procesal Penal, tercera edición actualizada, Ediciones Legales

La Concepción de ROXIN.-

Para Claus Roxín, con los conceptos de cosa juzgada formal y material son descritos los diferentes efectos de la sentencia. La *cosa juzgada formal* se refiere a la impugnabilidad de una decisión en el marco del mismo proceso (*efecto conclusivo*); junto a ello acarrea la ejecutabilidad de la sentencia (*efecto ejecutivo).* La cosa juzgada material provoca que la causa juzgada en firme no puede ser nuevamente objeto de otro procedimiento; el derecho de perseguir penalmente está agotado (*efecto impeditivo*).

El análisis de Roxín sobre la institución que estudiamos responde a la moderna concepción del Derecho penal y sobre todo sobre el Derecho alemán.

En el estudio que hace Roxín, la cosa juzgada formal se origina:

1.- inmediatamente, con la finalización del pronunciamiento de la sentencia del tribunal de casación (lo que para nosotros es la Corte Suprema de Justicia)

2.- después del transcurso del plazo para recurrir, si no se ha recurrido

3.- en los casos de renuncia a recurrir o de desistimiento del recurso.

4.- con el transcurso del día del dictado de la resolución, en el caso de decisiones inimpugnables.

En relación a la *extensión* de la cosa juzgada, se distingue entre cosa juzgada absoluta y relativa.

Para Roxín hay *cosa juzgada absoluta* cuando una decisión ya no puede ser impugnada en ninguna de sus partes.

La *cosa juzgada relativa* es:

a) *objetivamente relativa,* si sólo una parte de la decisión ha quedado firme por ejemplo, en caso de pluralidad de hechos, cuando la sentencia no es impugnada en relación a todas las acciones, o si sólo es recurrida la medida de la pena o una medida de seguridad (*cosa juzgada parcial)*.

b) *Subjetivamente relativa*, si la decisión sólo puede ser atacada todavía por una de las partes cuando por ejemplo, el acusado, después del juicio oral, ha declarado que renuncia al recurso de casación, mientras que la fiscalía no se ha manifestado al respecto: aquí, para Roxín, la sentencia está firme para el acusado; en cambio para la fiscalía aún no. A pesar de ello, la sentencia no es todavía ejecutable, pues cualquier recurso que interponga la fiscalía podría tener el efecto de modificar la decisión impugnada, incluso a favor del imputado.

Roxin entiende que el agotamiento de la acción penal, originado por la cosa juzgada material, repercute como un impedimento procesal amplio (jurisprudencia constante desde la sentencia y que un nuevo procedimiento es inadmisible, una nueva sentencia de mérito está excluída: *ne bis in idem* (= bis de eadem re ne sit actio). Dice que si, no obstante se dicta una segunda sentencia de mérito, ella es nula, según la opinión dominante y que es indiferente para ello que el fallo firme sea condenatorio o absolutorio. Para el derecho penal alemán se prohíbe también la realización simultánea de dos procesos por un mismo hecho, por consiguiente "también es inadmisible una duplicación de la orden de detención por el mismo hecho y contra el mismo imputado.

"La cosa juzgada material –manifiesta Roxin– sirve a la *protección del acusado*, como ya lo demuestra su aseguramiento a través de un derecho básico; con ello se reconoce jurídico – fundamentalmente su interés a ser dejado en paz después del dictado de una decisión de mérito que ya no es más impugnable. La cosa juzgada cumple, a la vez, una función sancionatoria: el riesgo de que quede excluida la posibilidad de un esclarecimiento posterior de los hechos a través de investigaciones complementarias debe llevar a los órganos de la persecución penal a una realización realmente meticulosa ya una valoración correcta del hecho.

Para Roxin solo la parte dispositiva de la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada, y las sentencias penales firmes tampoco atan al juez penal que debe juzgar a otra persona en otro proceso. Dice que la cosa juzgada abarca el objeto procesal en su totalidad. Abarca también las sanciones accesorias y las consecuencias accesorias.

Además la cosa juzgada abarca el hecho desde todos los puntos de vista jurídico.

Anota Roxin que la cosa juzgada ingresa además de las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y se quebranta esta institución por el procedimiento de revisión por: a) el procedimiento de revisión, b la reposición al estado anterior c) la extensión de la casación a los demás condenados y d) la revocación de la sentencia a través de una acción de inconstitucionalidad exitosa.

Ahora bien, en criterio de Zavala Baquerizo "no interesa, para los efectos de la cosa juzgada, si es que la pretensión punitiva fue estimada o desestimada en sentencia a firme; lo que interesa es que ya fue juzgada y resuelta en legal sentencia que se encuentra a firme, ejecutoriada y, por tal razón, es que no puede volver a ser aprehendida por otro proceso que repetirá el juzgamiento anterior"[14]

Además, Bolívar Vergara Acosta, ecuatoriano, en su libro "La Autoridad de cosa juzgada en la legislación y jurisprudencia ecuatoriana" opina que la cosa juzgada significa "juicio dado sobre la litis", siendo la resolución definitiva del órgano jurisdiccional dada sobre el asunto litigioso que se ventila entre las partes procesales, que no puede ser discutida nuevamente dentro del mismo proceso ni en otro futuro. Este carácter se expresa - dice el ex magistrado Vergara Acosta- en la fórmula latina NOM BIS IN IDEM, no dos veces sobre lo mismo, que según Alsina tiene dos efectos: el primero, el negativo, que cierra la posibilidad de volver a ventilar el litigio a la parte demandada o actora que se le ha negado sus excepciones y acción, respectivamente; y, el segundo, el positivo, por el que a la parte que se le ha sido favorable la decisión del juez, puede solicitar su ejecución sin que pueda existir negativa alguna por ningún otro juez, pues tiene a su favor la excepción: la cosa juzgada (EXCEPTIO REI JUDICATA) para oponerse, y para exigir su ejecución procesal forzadamente se le concede la acción (actio iudicati)"

La Cosa Juzgada en el sistema penal:

Hoy la doctrina, la ley y la jurisprudencia concuerdan en afirmar y fundamentar sobre la existencia de esta institución en lo penal.

[14] Jorge Zavala Baquerizo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I. p. 213

Manifiesta Vergara Acosta que muchos autores sostienen la vigencia de la autoridad de cosa juzgada en lo penal. "Fundamentan esta tesis –dice- en que el principio "nom bis in idem" es un límite a la soberanía del Estado, prescrito en las constituciones modernas, que impide se persiga y se sancione –más de una vez– la misma infracción o hecho pesquisado, siendo de especial y previo pronunciamiento, antes de entrar a fallar sobre lo principal."

Prosigue indicando que la discusión se cierra al resumir que todas las posiciones están de acuerdo en aceptar que las providencias en lo penal, autos con fuerza de sentencia y los fallos, sólo tienen el efecto de causar la preclusión de las etapas o del proceso, y agotar toda forma ordinaria –recurso o consulta– de volver ante el superior a discutir lo ya actuado, pero sobre todo admiten la imperatividad de lo declarado en la resolución.

Para Vergara, en la obra que comentamos de su autoría, la institución de la cosa juzgada está íntimamente relacionada con el principio nom bis in idem toda vez que el artículo 2 (art. 5 del actual C.P.P.) del Código de Procedimiento Penal decía: "que ninguna persona será procesada ni penada más de una vez por un mismo delito".

El Código de Procedimiento Penal ecuatoriano en el artículo 41 establece: "Efecto de cosa juzgada.- Las sentencias ejecutoriadas en los procesos civiles no producen el efecto de cosa juzgada en lo penal, excepto las que deciden las cuestiones prejudiciales indicadas en el artículo anterior.- Las sentencias ejecutoriadas en los procesos penales, producen el efecto de cosa juzgada, en lo concerniente al ejercicio de la acción civil, solo cuando declaran que no existe la infracción o, cuando existiendo, declaran que el procesado no es culpable de la misma."

La institución que estudiamos, en nuestro Código Procesal Penal se efectiviza en doble sentido, una vez que la sentencia se ha ejecutoriado, ha quedado en firme, no se la puede modificar por ningún concepto, esa es su esencia, excepto en los casos que se ha concedido el indulto, o en los casos que se ha aceptado la "revisión"; por lo tanto, una vez que el condenado ha pagado su pena, deberá obtener la libertad sin dilaciones ni demoras; por otro lado, en cuanto el auto o sentencia ha pasado en "autoridad de cosa Juzgada", no se podrá volver sobre el mismo caso o asunto ni revisar la pena que hubiera sido impuesta, cumplida o no.

Cuando una sentencia o fallo ha pasado en autoridad de cosa juzgada y la causa ha sido resuelta de modo definitivo por el Tribunal, ya no se debe volver a tratar el mismo delito, no porque se haya extinguido la acción penal, sino porque ha concluido o fenecido la acción penal previa, tal es así que, a partir de la fecha en que se ejecutoría la sentencia o auto, deja de contarse el plazo para la prescripción de la acción penal y empieza a contarse el plazo de prescripción para la ejecución de la pena, de allí que no se podrá iniciar otro proceso penal por el mismo hecho delictivo y contra la misma persona.

La seguridad jurídica es uno de los principales baluartes del estado moderno, aún más es uno de los enunciados elementales del Estado Social de Derecho, aunque su origen data del estado de tipo liberal donde primaba la importancia del sistema procesal por sobre la persona. Bajo el esquema actual, debemos entender a la seguridad jurídica como la idea de certeza sobre el sistema jurídico que rige a determinada sociedad, sistema jurídico expresado en disposiciones normativas, que necesariamente son interpretadas por los entes que administran justicia.

La cosa juzgada es una de las herramientas procesales que buscan la consecución de la idea de certeza y convencimiento en el sistema jurídico.

De manera alguna la cosa juzgada atenta contra el derecho de defensa o de acción que se refleja en la facultad de ejercer cierto recurso ante una sentencia insatisfactoria, puesto que dichos derechos se encuentran plenamente vigentes antes que la sentencia adquiera la calidad de ejecutoriada, de esta manera se evitan situaciones de indefensión que vulnerarían los derechos de las partes procesales. Es necesario aclarar que antes, durante y hasta que el fallo adquiera firmeza, la presunción de inocencia se mantiene de forma integral.

En definitiva, el Juez debe resolver la contienda analizando el fondo del asunto; cuando esa decisión adquiere la autoridad de cosa juzgada, produce fundamentalmente dos categorías de efectos: fija indiscutiblemente las cuestiones planteadas en el litigio o contienda, o las fija a perpetuidad; se trata de fijar las nociones de cosa juzgada formal y de cosa juzgada material.

La cosa juzgada como consecuencia del proceso, cubre el aspecto objetivo y subjetivo del proceso, es decir se refiere al objeto del mismo

como al sujeto pasivo del proceso, cuando en un auto de sobreseimiento definitivo del imputado, ejecutoriado, se desestima la pretensión punitiva, el efecto inmediato de dicho auto es el de clausurar definitivamente el proceso penal con relación a la persona sobreseída e impedir la iniciación de otro proceso que tenga por objeto el mismo hecho"; al respecto cabe anotar que en la actualidad no se respeta mayormente el significado de cosa juzgada anotado y aceptado por varios tratadistas, debido a que en ciertos casos y como bien lo decía el doctor Ricardo Vaca Andrade, la supuesta lucha contra la corrupción se ha transformado más bien en persecución política, en ciertos casos.

En lo referente al aspecto subjetivo de la cosa juzgada, si una persona es absuelta por el Tribunal que la juzgó y que declaró que no había existido el hecho, esta declaración judicial ejecutoriada diríamos que favorece a los coautores y partícipes, pues si no existe hecho, no hay ni autor ni partícipe; si el hecho que fue considerado como delito, mismo que luego del trámite procesal pertinente, no fue catalogado como tal, quiere decir que no se deberá volver a iniciar otro proceso por el mismo hecho no constitutivo de delito contra la misma u otras personas.

El principio que se lo está examinando marca su especial acento subjetivo tanto en el precepto constitucional como en el precepto legal cuando en ambos se hace uso de la frase "nadie podrá ser juzgado ", o "ninguna persona será procesada, ni penada ", respectivamente, esto es que para que opere la excepción procesal perentoria de la cosa juzgada es necesario que haya identidad personal entre el sujeto pasivo del primer proceso y el sujeto pasivo del segundo proceso, teniendo ambos procesos el mismo objeto, con lo cual se complementa el mandato de los mencionados preceptos, tanto constitucional como legal, en su segunda parte cuando dicen "por la misma causa" y "por el mismo hecho", en su orden; de haber coincidencia entre la persona y el hecho comprendidos en el primer proceso con la persona y el hecho comprendidos en el segundo proceso. De darse tal coincidencia, el ciudadano tiene derecho a plantear la excepción procesal perentoria de la cosa juzgada para impedir que se establezca la relación jurídica que daría lugar al segundo proceso; o para extinguir la relación jurídica, si es que el segundo proceso ya se ha iniciado.

Las resoluciones jurídicas pasadas en autoridad de cosa juzgada tienen la característica de inmutables; no habría seguridad jurídica si es

que el ciudadano quedara expuesto a ser sometido a los órganos jurisdiccionales de manera reiterada para ser juzgado por los mismos hechos que ya fueron juzgados mediante sentencia ejecutoriada y ejecutada; se supone que en ese fallo definitivo está la verdad jurídica en relación con el hecho y con el sujeto y no pueden ser renovados de manera indefinida, pese a lo cual, por lo que puede suceder, y a fin de evitar errores que pueden presentarse, se ha previsto el recurso de revisión, que es un recurso extraordinario que de manera general solo puede interponerlo el condenado contra la sentencia que lo declaró responsable, aún contra la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, de lo que se inferiría que la sentencia absolutoria ejecutoriada es siempre irreversible e inmutable, como también lo es el auto de sobreseimiento definitivo firme; y, la sentencia condenatoria que ha pasado en autoridad de cosa juzgada es reversible y mutable, puede llegar inclusive a ser revocada por una sentencia posterior, como el caso de revisión declarado procedente, como ya dijimos anteriormente.

Si bien las sentencias en materia penal producen efectos erga omnes en cuanto se refieren a la absolución o condena de la persona que fue juzgada, no sucede lo mismo en relación con las otras personas que hubieren intervenido en la comisión del delito que fue objeto del proceso en el que surgió la absolución o la condena; tal el caso, por ejemplo de un procesado que fue absuelto de la acusación dentro de un proceso en el que se estableció la existencia jurídica del delito pero dentro del cual se ratificó la situación jurídica del delito pero dentro del cual se ratificó la situación jurídica de inocencia, no puede volver a ser sujeto pasivo de otro proceso por el mismo delito, no así las personas que no fueron juzgadas en anterior proceso pueden ser juzgadas en el mismo u otro proceso; de igual manera, si alguien fue sobreseído, solo provoca el efecto de cosa juzgada a favor de la persona que fue sobreseída, pero no a favor de las demás personas que intervinieron en el ilícito y que no fueron juzgadas en dicho proceso.

. El principio ne bis in idem tiene efectos muy concretos en el proceso penal. El primero de ellos es la imposibilidad de revisar una sentencia firme en contra del imputado. El imputado que ha sido absuelto no puede ser condenado en un segundo juicio; el que ha sido condenado, no puede ser nuevamente condenado a una sentencia más grave. Por imperio de este principio de ne bis in idem, la única revisión

posible es una revisión a favor del imputado. La Cosa Juzgada es una institución procesal irrevocable e inmutable. Es el valor que el ordenamiento jurídico da al resultado de la actividad jurisdiccional, consistente en la subordinación a los resultados del proceso, por convertirse en irrevocable la decisión del órgano jurisdiccional nivel internacional el artículo 8.4 de la Convención Americana y el artículo 14.7 del PIDP consagran esta garantía.

En resumen, concordamos con nuestro maestro Dr. Jorge Zavala Baquerizo, quién en su obra "El Debido Proceso Penal" expresa que la ***cosa juzgada es una excepción procesal perentoria porque impide o extingue la relación jurídica –que es de la naturaleza del proceso– que se pretende establecer o se ha establecido ya entre el juez y los sujetos activo y pasivo y entre estos entre sí.*** "la cosa juzgada como efecto del proceso, –enseña nuestro profesor Zavala Baquerizo– cubre tanto el aspecto objetivo como el aspecto subjetivo del proceso esto es, se refiere tanto al objeto del mismo: el delito; como al sujeto pasivo del proceso: el acusado. Cuándo en un auto de sobreseimiento definitivo del sindicado que se encuentra ejecutoriado se desestima la pretensión punitiva, el efecto inmediato de dicho auto es el de clausurar definitivamente el proceso penal con relación a la persona sobreseída e impedir la iniciación de otro proceso que tenga por objeto el mismo hecho, así lo establece el Art. 246 CPP. De la misma manera, cuándo se dicta la sentencia penal, sea condenatoria, sea absolutoria, y pasa en autoridad de cosa juzgada, no se puede volver a iniciar otro proceso penal por el mismo hecho y contra la misma persona que fueron considerados en el juzgamiento contenido en la sentencia (Art. 5 CPP) (El Debido proceso penal, p. 238, 239).

Vacca González, por su lado, también reafirma que la institución de la cosa juzgada es procedente, no solo para las sentencias sino también para aquellas providencias interlocutorias que –sin lugar a la reapertura- ponen fin a los procesos, en los que se manifiesta la actuación en concreto de la voluntad de la ley. "Por ejemplo –dice este autor– : en nuestro sistema procesal penal, **el sobreseimiento definitivo ejecutoriado del imputado o del proceso** que precluye definitivamente e impide que la persona sobreseída pueda ser perseguida nuevamente por los mismos hechos, tal como lo establece el art. 2466 del CPP."[15]

[15] Victor Vacca Gonzalez. "Teorías Básicas sobre el Proceso Penal".

EL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM Y EL FAVOR REI.

- **ne bis in idem:** ***"Nadie puede ser enjuiciado por los mismos hechos que hayan sido juzgados por resolución firme de un tribunal penal".***

Bajo la designación romano canónica *bis de eadem res ne sit action* o abreviadamente *ne bis in idem* o entendida como una simple derivación de la máxima *res judicata pro veritate habetur,* significa literalmente dos veces por la mismas causa.

Se define NE BIS IN IDEM como "Nadie puede ser enjuiciado por los mismos hechos que hayan sido juzgados por resolución firme en un tribunal penal" mientras que NO BIS IN DEM "Nadie puede ser juzgado doblemente por un delito." Se entiende que el NE BIS IN IDEM tendría mayor amplitud de concepto pues se habla de los mismos hechos, mientras que el segundo es mas restrictivo pues solo se refiere a delitos, cuando se analizan las ejecutorias supremas nacionales como internacionales se observa que ambos conceptos se usan indistintamente, pues sus efectos tienen la mismas trascendencia *"no dos veces de los mismo"*

Universalmente conocido como ne bis in idem, especialmente en la doctrina alemana e italiana, pero tradicionalmente identificado en la doctrina y jurisprudencia hispanoamericana como non bis in idem, contiene la fórmula según la cual nadie puede ser juzgado ni sancionado dos veces por el mismo hecho.

En definitiva doctrinalmente puede entenderse que el non bis in idem es un principio general del Derecho que, basado en los principios de proporcionalidad y respeto a la cosa juzgada, prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procesos o procedimientos, sea en uno o más órdenes jurídicos sancionadores, cuando se de una identidad de sujetos, hechos y fundamento.

Afirma Fernando de la Rúa[16] que el proceso penal es un instrumento de garantía de la libertad individual, además que el único medio

[16] Fernando de la Rúa. "Non bis in idem" artículo en "Enciclopedia Jurídica Omeba" Tomo XX pgnas. 320 y sgtes.

de actuar la ley penal sustantiva frente al hecho concreto de su violación., siendo del principio nom bis in idem como un complemento que protegen la libertad individual. "Esto –asegura– la eleva a la categoría de principio básico y previo al proceso. Al igual que los principios *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine* indicio, del juez natural, de inocencia y de inviolabilidad de la defensa, el principio *nom bis in idem* es regulador de la estructura procesal y constituye una base constitucional que encuentra en los códigos su reglamentación".

Enseña de la Rúa que este principio no surge del proceso, sino que existe antes que él, y, al igual que las otras reglas, prefija su estructura mínima de instrumento de resguardo de la libertad individual. "Otros principios procesales –indica de la Rúa– como el de oficialidad y el de verdad real, tienen una base diversa, científica, pero no constitucional, ***cuyo objetivo principal es la eficacia del rito como medio de actuación de la ley penal más que la preservación de la libertad personal."*** (las negrillas y cursivas son mías).

Suele señalarse que el non bis in idem tiene manifestaciones sustantivas o materiales y procesales o adjetivas. En cuanto a lo primero, se hace referencia a la sanción en sí; el principio veta la plural imposición de consecuencias jurídicas sobre una misma infracción. En lo adjetivo o procesal, se hace referencia al cauce formal del proceso, determinando la imposibilidad de reiterar un nuevo proceso y juzgamiento del hecho sobre el que ha recaído sentencia ejecutoriada, cesación de procedimiento o resolución de preclusión de la investigación.

Esta distinción muestra una especificación tanto de sus presupuestos como de las consecuencias jurídicas. En el caso del nos bis in idem sustantivo o material, el presupuesto estaría constituido por la identidad de infracción y la consecuencia, por la sanción de contenido punitivo. El non bis in idem adjetivo o procesal tomaría por contra como presupuesto, no el «crimen», sino el «factum», y como consecuencia a evitar, cabalmente, el propio proceso. Tenemos que, entonces, la identidad requerida va más allá de los hechos, para adentrarse tanto en el sujeto como en la fundamentación del procedimiento sancionador o de la sanción en sí.

Su reconocimiento como regla es indiscutiblemente universal, también lo son una serie de excepciones en su aplicación; tantas y de tal

magnitud como para merecer igual atención que la regla misma. Es claro que la posibilidad de sistematizar y, por ende, circunscribir, esas excepciones, es una labor de magnitud que excede los propósitos de este trabajo. La indagación histórica y comparativa que propongo resultará satisfecha en sus objetivos con que sólo sirva para poner de manifiesto la imperiosa necesidad de emprender esa tarea.

La garantía reconocida en la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos tiene una terminología aparentemente original: *...nor shall any person be suject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb* (es decir: ninguna persona podrá ser dos veces puesta en peligro de vida o de [la integridad de] sus miembros, por el mismo delito). La etimología de la voz inglesa *jeopardy* remite al francés del siglo XIV *jeu parti*, es decir: juego dividido. De las dos acepciones que dan los diccionarios de idioma inglés, la segunda indica, específicamente: peligro al que una persona acusada se encuentra sujeta cuando se la juzga por una ofensa de carácter criminal.

Según el autor español Francisco Javier de León Villalba la revolución francesa introdujo el principio en el art. 9 de la Constitución de 1791 asi como en el código de Brumario o de Merlin (*Code des delits et des peines* arts. 67, 255 y 426) y en el código de 1808 (arts. 246, 360 y 359) pero, de todos modos el dato significativo es la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de 1787

Asimismo, en materia del principio *ne bis in idem*, resulta ilustrativo –aunque no directamente aplicable al presente caso–, lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Loayza Tamayo, mediante sentencia contenciosa de fecha 17 de setiembre de 1997, que "(...) *Este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos.*

Los Convenios Internacionales recogen de una u otra forma el concepto de NE BIS IN IDEM así tenemos por ejemplo la cláusula 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica que señala *" El inculpado absuelto, por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos"* De igual manera la cláusula 14 del Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos expresa " *Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya ha sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento de cada país".* La fórmula utilizada por la Convención Americana –mismos Hechos– es un término mas amplio y beneficia a la víctima.

El principio que estudiamos debe entenderse como la prohibición de que el Estado procese a un mismo imputado dos veces, configurándose una identidad de persona perseguida, identidad del objeto de la persecución o del mismo hecho e identidad de la causa de la persecución o en el mismo motivo de la persecución**.** La garantía del Nom Bis In Idem, se encuentra reconocida constitucionalmente, de modo específico en el artículo 24, numeral 16, de nuestra Constitución, el cual expresa: "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa.

Esta garantía, como medio de inadmisión de la persecución penal se asienta sobre tres requisitos concurrentes, tres identidades1: a) En primer lugar, funciona en los casos en que la persecución penal se dirige contra la misma persona en la que ya ha recaído un pronunciamiento final o que viene siendo perseguido (eadem persona); b) En segundo lugar, se necesita que se trate del mismo hecho punible (eadem res). Este requisito se refiere al hecho fáctico por el cual se ha o se viene procesando2; c) Finalmente, se debe de exigir que se trate del mismo motivo de persecución (eadem causa pretendi), esto significa que el non bis in idem sólo funciona en la jurisdicción represiva en los casos en que ambos procesos tengan por norte la aplicación de una sanción. Así, no funcionaría la garantía en concreto en los casos en que el otro proceso careciera de connotaciones sancionadoras.

Jorge Zavala Baquerizo enseña que este principio, por lo general, no ha sido destacado por los estudiosos, pues, cuando dice que "ninguna persona será procesada, o penada, mas de una vez por un mismo hecho", está abarcando no sólo el hecho comprendido en las resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, sino también en el caso que estando en trámite un proceso penal, no es posible que se inicie otro por el mismo hecho y contra la misma persona a quien se refiere el anterior proceso, esto es, que si alguien está sien do "juzgado" en un proceso penal por una conducta delictuosa, no puede ser sujeto pasivo de otro proceso penal para ser "juzgado" por la misma conducta a la que se

refiere el proceso precedente. "Esto es –advierte Zavala– , que entra en acción la excepción de litis pendencia. De lo que se concluye que el precepto de nuestro análisis no sólo enuncia la prohibición de que una persona pueda ser procesada dos veces por un mismo hecho (nom bis in idem), sino que también consagra la prohibición de que se duplique el juzgamiento cuando precedente y colateralmente se está desarrollando un proceso por el mismo hecho contra la misma persona (litis pendencia)."[17]

En opinión de Zavala Baquerizo este principio es un corolario del principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 23, n. 26 de la Constitución Política de 1998. Además considera que este principio "no sólo tiene aplicación en el ámbito penal, sino que es aplicable a cualquier clase de procedimientos judiciales, administrativos, etc. que hubieren pasado en autoridad de cosa juzgad, o que se estuvieren juzgando en un proceso colateral. La reiteración de un juzgamiento es contrario a la seguridad jurídica de los habitantes del país, por lo que su establecimiento no sólo se limita al campo penal sino que, a través de la norma constitucional, se extiende a toda clase de procesos, cualquiera que sea la materia que ellos esté contenida."

El Favor Rei

Según el principio general del "favor rei", se ha de aplicar la ley que sea más benigna a los intereses del acusado, contemplando dentro de su seno la posibilidad de la aplicación extractiva de la ley, al menos, en dos formas de utilización: la de retroactividad, para los que están siendo procesados o hayan sido condenados, por serles mas favorable la ley posterior; y, la de ultractividad, para los que aún no hayan sido condenados y la ley anterior les es más benigna que la posterior.

Los principios más importantes del Derecho Penal , entre los cuales se destaca el principio del *favor rei,* que a su vez comprende todas aquellas previsiones legales que en una u otra forma protegen y garantizan la libertad dentro del proceso penal. Entre ellos, encontramos el principio del *favor libertatis* (aplicación restrictiva de las normas que limiten la libertad), la prohibición de la *reformatio in pejus* (prohibición de

[17] Jorge Zavala Baquerizo. "Tratado de Derecho Procesal penal" Tomo I. p. 219

aumentar el monto de la condena cuando sólo apela el condenado), el *in dubio pro reo* (duda favorable al reo, que exige certeza para condenar, mas no para absolver).

A este sentir responde el viejo aforismo que reza: "Mejor es dejar sin castigar el crimen de un delincuente, que condenar al inocente" ("*statius este impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare"*.

En caso de duda sobre la responsabilidad penal o la ley aplicable, debe estarse a lo más favorable al reo.

El principio de que la duda favorece al reo, está consagrado en nuestra Carta Política, artículo 76, numeral 5 que dice: "En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuándo su promulgación sea posterior a la infracción. *En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora"*. En términos procesales, esta regla significa que el Juez aplicará la sanción menos rigurosa cuando hay conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho. No olvidemos que incluso el numeral 6 del artículo 76 de la Constitución 2008 indica que la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. No olvidemos que además el artículo Art. 304-A.- del Código de Procedimiento penal dice: (Agregado por el Art. 29 de la Ley 2003-101, R.O. 743, 13-I-2003).- Reglas Generales.- La sentencia debe ser motivada y concluirá condenando o absolviendo al procesado. Cuando el Tribunal tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo dictará sentencia condenatoria. Si no estuviere comprobada la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, **o existiere duda sobre tales hechos**, o el procesado hubiere acreditado su inocencia, dictará sentencia absolutoria.

Ahora bien, el principio de favorabilidad *(favor rei)* denominado también principio pro reo, protege al imputado en caso de conflicto de leyes, se materializa a través de la aplicación de lo más favorable al imputado. La ley penal tiene fuerza y efecto retroactivos cuando favorece al reo, en virtud de ello *el favor rei* se manifiesta al señalar que en caso la ley vigente al momento de la comisión del delito y la vigente durante el

juzgamiento y sentencia no sea la misma, es decir cuando exista tránsito de legislación respecto a un tipo penal determinado, se debe aplicar la ley menos grave al imputado. El principio de *In dubio pro reo* tiene como objeto la defensa de la libertad frente a la parcialización que pueda asumir el aparato penal en la persecución de sus fines, explícitos u ocultos. Y en virtud de este principio que la condena sólo puede fundarse en la certeza y verdad de lo establecido durante el proceso, de tal manera que si sobreviene alguna duda necesariamente deberá absolverse al acusado.

En suma, el principio de *In dubio pro reo* debe imperar en todas las situaciones en que lo exijan el derecho de defensa o la tutela de las garantías procesales establecidas por la Constitución y las leyes. De los tres grados de conocimientos que admite el proceso penal en la valoración de la prueba: certeza, probabilidad y duda, el Juez sólo debe basar su fallo en la certeza, pues los otros dos no tienen la fuerza que permite aplicar una condena al imputado, además que se atentaría contra el principio de presunción de inocencia. La vinculación del *In dubio pro reo* con el principio de presunción de inocencia se sustenta en que éste garantiza al procesado a tenérsele como inocente mientras su culpabilidad permanezca en duda o incertidumbre. Así, ante el problema de incertidumbre, que puede derivarse de la inexistencia de pruebas sobre la culpabilidad o de la incertidumbre subjetiva del juzgador, el *In dubio pro reo* presenta una respuesta sólo al segundo de ellos (decisión favorable al inculpado: absolución), mientras que el principio de presunción de inocencia absuelve en ambos casos.

LUIGI FERRAJOLI, en su obra "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal (cuarta edición, 2000), al hacer un análisis del principio favor rei, establece: "...el principio favor rei del que la máxima in dubio pro reo es corolario...sino que es incluso una condición necesaria para integrar el tipo de certeza racional perseguida por el garantismo penal...

En este orden de ideas, siguiendo a FARRAJOLI, es oportuno incluir para este estudio, sobre la base del criterio sustentado, respecto a la duda o incertidumbre en la aplicación de las normas, que:

"... La incertidumbre puede ser de dos tipos: de hecho y de derecho...los dos tipos de certeza o incertidumbre son independientes entre sí, en el sentido que se puede dar certeza de hecho, sin ninguna certeza de

derecho y viceversa...Incertidumbre de hecho y de derecho provienen en realidad de causas distintas,... La incertidumbre de derecho: depende de la igual opinabilidad de las varias calificaciones jurídicas posibles del hecho considerado probado. La incertidumbre de hecho: depende de la igual plausibilidad probatoria de las varias hipótesis explicativas del material probatorio recogido...La primera señala un defecto de estricta legalidad, esto es la debilidad o carencia de las garantías penales que permiten la decibilidad de la verdad jurídica. La segunda, señala un defecto de la estricta jurisdiccionalidad, esto es, la debilidad o carencia de las garantías procesales que permiten la decisión de la verdad fáctica... Ambas soluciones expresan poder de interpretación o de verificación jurídica cuando las incertidumbres resueltas son de derecho, y poder de comprobación probatoria o de verificación fáctica cuando las incertidumbres resueltas son de hecho..."

En otro aspecto conviene señalar las diferencias entre el nom bis in i dem y el aforismo latino *reformatius in peius* (que significa prohibición de empeorar la situación jurídica del recurrente**), *"Reforma para peor". La prohibición de la "Reformatio in peius" es la única limitación del juez que conoce de un recurso.*** Ambos principios son de naturaleza distinta.

El reformatius in peius, también es llamado prohibición de la reforma peyorativa, es una tutela constitucional, establecida en el numeral 14 del artículo 77 de la Constitución 2008 que dice: "Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre". La prohibición de la reforma peyorativa se encuentra comprendida en el derecho a la tutela judicial efectiva, conectándose con las exigencias derivadas de la prohibición constitucional de la indefensión. De manera que, cuando la posición jurídica del recurrente se ve empeorada merced a su propio recurso, en vez de ser consecuencia de la impugnación de la parte contraria, se introduce un elemento disuasorio de la impugnación de las resoluciones judiciales que es incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva. La reforma peyorativa es, además, una forma de incongruencia contraria al indicado derecho fundamental, en la medida en que supone una resolución judicial que excede de los límites en los que se ha planteado el recurso.

Este derecho de reformatio in peius, según la opinión dominante en la doctrina jurídica, incluye la prohibición de que el órgano judicial ad

quem exceda los límites en que esté formulado el recurso, acordando una agravación de la Sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste"; y, por tanto, tiene lugar "cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la resolución que decide el recurso es un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación

Pues bien, en lo que ahora interesa, el rechazo de un doble enjuiciamiento de la misma conducta se ha encuadrado por la Jurisprudencia constitucional en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva, y se ha concretado en la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada.

Transcribiré una parte de una sentencia internacional extraída de Internet:

"5. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en su sentencia de julio 23 de 1993, rechazó la acción de tutela por improcedente, toda vez que "existen medios eficaces para obtener una decisión que pueda serle favorable al interesado". Si bien el Tribunal considera que la nueva Constitución - en lo que atañe a la imposibilidad de que el superior agrave la pena impuesta al condenado cuando sea apelante único (CP art. 31) - consagra un tratamiento más favorable para el procesado, la autoridad judicial llamada a dar aplicación al principio de favorabilidad es el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, de conformidad con el artículo 75 numeral 4º del Código de Procedimiento Penal. Estima, por lo tanto, que mientras los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad inician labores, las atribuciones que la ley les confiere deben ser cumplidas por el juez que dictó la sentencia de primera instancia (C.P.P. art. 15 transitorio), razón suficiente en virtud de la cual concluye que el Juez Promiscuo Municipal de Fuentedeoro es el competente para reducir la pena por el advenimiento de la norma favorable y no el juez de tutela.

6. La sentencia no impugnada fue remitida junto con el expediente respectivo a esta Corporación y correspondió a esta Sala de Revisión su conocimiento.

Principios de reformatio in peius y non bis in idem

4. En el presente caso, el exceso de graduación punitiva, se cuestiona desde dos ángulos distintos aunque complementarios. El primero, se relaciona con el exceso de la condena en sí mismo, en cuanto se ordenó una adición a la pena con base en una causal genérica de agravación establecida en el artículo 372 del Código Penal pese a que previamente se había aumentado la pena básica de conformidad con las causales específicas de agravación contempladas en su artículo 351. El segundo, se refiere a la prohibición que pesa sobre el superior para acrecentar la pena impuesta al apelante que tenga el carácter de apelante único.

El derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (non bis in idem), consagrado como derecho fundamental en la Constitución expedida con posterioridad a la ejecutoria del fallo objeto de la acción de tutela, sanciona negativamente la hipótesis cuestionada por el deprecante. En efecto, si el Juzgador echa mano de las causales de agravación genéricas el plus de pena deberá aplicarse a la sanción básica y no al monto total de la pena ya agravada merced a una causal específica de agravación, pues, de lo contrario, un mismo hecho se estaría castigando doblemente.

La interdicción a la reformatio in peius frente al apelante único fue elevada a rango de derecho fundamental en la actual Constitución (CP art. 31). Su propósito principal es el de permitir el ejercicio libre del derecho de defensa - que no sería así de mantenerse abierta la posibilidad de que el superior pudiese despachar el recurso no sólo desfavorablemente sino incrementando la pena previamente impuesta al apelante único - y evitar que se dicte un fallo cuya materia desborde las pretensiones impetradas y no de lugar a que la parte lo conozca y controvierta. El exceso de pena originada en la sentencia del Juez de segunda instancia que el peticionario purga en la actualidad, si bien pudo tener asidero legal, en la hora presente pugna con la Constitución. Sobre este particular, con el objeto de ilustrar el entendimiento de la prohibición constitucional, cabe reiterar lo sostenido por esta Corte:

"La prohibición de la "***reformatio in peius***" o reforma peyorativa es un principio general del derecho procesal y una garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso (CP art. 29). Ella es consecuencia de la regla ínsita en la máxima latina *"tantum devolutum quantum appelatum"*, en virtud de la cual se ejerce la competencia del juez superior. El ejercicio

de las competencias judiciales radicadas en el juez superior y su límite, ambos, se suscitan y a la vez se limitan por virtud de la impugnación y las pretensiones que ella involucra.

"La interdicción de la reforma en perjuicio del condenado constituye, igualmente, una garantía procesal fundamental del régimen de los recursos, a su vez contenido en el derecho de defensa y en el núcleo esencial del derecho al debido proceso. Al superior no le es dable por expresa prohibición constitucional empeorar la pena impuesta al apelante único, porque al fallar **ex-officio** sorprende al recurrente, quien formalmente por lo menos no ha tenido la posibilidad de conocer y controvertir los motivos de la sanción a él impuesta, operándose por esta vía una situación de indefensión. (...)

"Además de limitar el poder punitivo del Estado, de garantizar la efectividad del derecho fundamental de defensa y de favorecer al condenado con la revisión de la sentencia dentro del único marco de las pretensiones solicitadas, la ***reformatio in peius*** extendida al plano penal, avala y garantiza la operancia del sistema acusatorio. En efecto, bajo la vigencia del sistema inquisitivo el juez desplegaba al mismo tiempo las facultades de investigación y decisión, correspondiéndole al superior amplias facultades de revisión en las instancias de apelación y, con mayor medida, en ejercicio del control de legalidad que supone la casación. El doble desempeño del juez en dicho sistema reunía en una sóla las tareas de la acusación y de juzgamiento, con lo cual la imparcialidad y objetividad del fallador estaban en tela de juicio. La implantación del sistema acusatorio escinde definitivamente ambas funciones y restringe los poderes del juez en materia de investigación y acusación, las cuales corresponden primordialmente a la Fiscalía General de la Nación. La ***reformatio in peius*** refuerza el carácter dispositivo y no "**ex-officio**" del sistema acusatorio e impone a los cuerpos judiciales superiores límites en la esfera de su poder sancionatorio.

"En el proceso penal actual son claramente distinguibles cuatro partes procesales: el acusado, la parte civil, el Ministerio Público y la Fiscalía General de la Nación. Cualquiera de las tres últimas mencionadas puede pretender legítimamente la condena del acusado; sin embargo, cuando las pretensiones de una de las partes se restringen al plano o interés económico y son, por lo tanto, pretensiones de carácter civil, el ejercicio de recursos en contra de la sentencia condenatoria no conduce a inobservar la interdicción peyorativa o ***reformatio in peius***, salvo en lo relacionado con dicha pretensión. No basta que el juez ad-quem se limite a contabilizar el número de partes recurrentes para concluir, *eo ipso*, la

inexistencia de la prohibición constitucional por registrarse una pluralidad de apelantes. Por el contrario, el juzgador debe establecer la naturaleza de las pretensiones esgrimidas y conformar sus facultades decisorias a lo estrictamente permitido por la Constitución. Sería absurdo, y a la vez inconstitucional, acabar agravando la condena de privación de la libertad del procesado, si habiendo apelado la sentencia, el juez decide finalmente aumentar la pena principal por efecto de la pretensión concurrente, pero de naturaleza estrictamente económica, elevada por la parte civil."

Por lo expuesto, antes que una conducta arbitraria constitutiva de una vía de hecho, lo que se alcanza a colegir es que con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia materia de la tutela, la nueva Constitución ha configurado una situación de favorabilidad que puede tener incidencia respecto de actuaciones judiciales cumplidas con anterioridad pero cuyos efectos - privación de la libertad - se siguen produciendo bajo su régimen.

Si las normas legales permisivas o favorables, en materia penal, pese a ser posteriores, se aplican de preferencia a las restrictivas o desfavorables (CP art. 29), a fortiori tendrán idéntico efecto las normas constitucionales que se refieran a esa misma materia. El Constituyente ha considerado en este momento de la evolución humana que es una afrenta a los derechos humanos que la persona sea juzgada dos veces por los mismos hechos y del mismo modo entiende que se reduce injustamente la esfera legítima de defensa del reo si se permite que el superior agrave la pena impuesta cuando sea apelante único. Al lado del efecto derogatorio que el nuevo orden constitucional produce respecto de las normas anteriores que le sean contrarias, cabe predicar un similar alcance revocatorio aplicable a las situaciones que pudieron legítimamente nacer al amparo de las normas entonces vigentes pero cuya prolongación o continuación bajo el actual marco constitucional encuentra una férrea oposición en sus preceptos, más aún cuando ellos se refieren a las condiciones de validez de la privación de la libertad.

El principio non bis in idem es una garantía jurídico penal que impide una doble imputación y un doble juzgamiento o punición por un mismo hecho. Este principio consagrado constitucionalmente ha estado emparentado desde sus orígenes con el principio de la cosa juzgada. El artículo 15 del actual Código de Procedimiento Penal dispone: *"Cosa Juzgada: La persona cuya situación procesal haya sido definida por sentencia ejecutoriada o por providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a nuevo proceso por el mismo hecho, aunque a este se le dé una denominación distinta"*. La anterior norma obedece a razones de seguridad

jurídica, de justicia y de economía procesal, de manera que los jueces no pueden desconocer decisiones anteriores que afectan los derechos del individuo o revisar nuevamente asuntos finiquitados con el costo y esfuerzo que ello significa para el Estado.

El principio que prohíbe someter dos veces a juicio penal a una persona por un mismo hecho, independientemente de sí fue condenada o absuelta, es expresión directa de la justicia material. En virtud de este principio, no le es lícito al juzgador fraccionar el hecho para convertirlo en varios delitos o traducirlo en varias penas. Tampoco le es permitido valorar un mismo factor como elemento integrante del tipo penal y, a la vez, como circunstancia agravante del delito o de la punibilidad. El principio non bis in idem actua así como una protección al acusado o condenado contra una posible doble incriminación total o parcial.

El non bis in idem tiene especial aplicación en el ámbito de la extraterritorialidad de la ley penal. Los tratados y convenios internacionales de derecho penal se erigen sobre los principios de soberanía y reciprocidad, en virtud de los cuales los estados partes deben reconocer y respetar los procedimientos y las sentencias dictadas en un país extranjero, de manera que una persona no pueda ser juzgada o condenada por el mismo hecho, por dos o más jurisdicciones. En el evento de que la legislación interna de un Estado no reconozca el valor de cosa juzgada de las sentencias extranjeras, los tratados internacionales igualmente estipulan, como mínimo, el principio del "abono de penas". Así, pues, a la pena impuesta al término del caso nuevamente juzgado por los jueces nacionales se le deduce como tiempo cumplido la pena purgada en el país extranjero.

El principio non bis in idem no excluye la posibilidad de que la ley contemple penas concurrentes (privación de la libertad, interdicción de derechos, multa) aplicables a la comisión de una determinada conducta. La imposición de penas concurrentes a una misma conducta no es contraria a la unidad de la pena. El legislador al consagrar la sanción jurídica de un supuesto de hecho está en libertad de afectar no sólo la libertad del condenado, sino también su esfera patrimonial y el ejercicio de sus derechos civiles o políticos, todo lo cual constituye "la" pena a imponer por la comisión del delito."

DIFERENCIAS ENTRE LA COSA JUZGADA. EL NE BE BIS IN IDEM Y EL FAVOR REI.

Sobre este tema, nuestro maestro Dr. Jorge Zavala Baquerizo expresa que "es necesario hacer presente que el "nom bis in idem" no es

consecuencia o extensión de la cosa juzgada, como algunos pensadores han creido. La cosa juzgada es una institución independiente de la prohibición del noble juzgamiento. Se comprende la diferencia cuándo se observa el caso de la prohibición de iniciar otro proceso penal cuándo ya se ha iniciado otro anterior por el mismo hecho contra la misma persona. No se necesita, pués, para la aplicación del mandato que prohíbe el doble juzgamiento que exista previamente una providencia de tránsito, o definitiva, que hubiere pasado en autoridad de cosa juzgada. **Lo que las normas constitucional o legal, dictada sobre el non bis in idem prohíben es que existan procesos penales, paralelos o posteriores que se inicien por el mismo hecho contra la misma persona, sin relación alguna con la cosa juzgada.** *Esta – la cosa juzgada- es uno de los casos en que se debe aplicar la norma que prohíbe el doble juzgamiento, sin que eso signifique que no exista, como existe, autonomía entre las dos instituciones.* MIENTRAS LA COSA JUZGADA SURGE SÓLO EN EL CASO QUE LA PROVIDENCIA DE TRÁNSITO, DEFINITIVA, SE HAYA EJECUTORIADO, ES DECIR, QUE NO ADMITA IMPUGNACIÓN ALGUNA, LA PROHIBICIÓN DEL DOBLE JUZGAMIENTO TOMA VIGENCIA JURÍDICA TANTO EN EL CASO DE LAS PROVIDENCIAS EJECUTORIADAS, COMO EN EL CASO QUE EL PROCESO SE ESTÁ SUSTANCIANDO PARA IMPEDIR LA DUPLICACIÓN DE LOS PROCESOS POR EL MISMO HECHO CONTRA LA MISMA PERSONA"[18] (las negrillas, cursivas y mayúsculas son mías)

Es decir, en nuestra opinión, el non bis in idem es un principio general que impide el doble juzgamiento y la cosa juzgada sólo se contrae cuándo la sentencia o el auto de sobreseimiento definitivo se encuentre ejecutoriado, por eso se dice que pasa en "autoridad de cosa juzgada"; al contrario el non bis in idem también se aplica en el evento de que un proceso se encuentre en sustanciación, es decir, en este caso, no hay cosa juzgada todavía, pero si se pretende iniciar un nuevo proceso por el mismo hecho, habiendo identidad objetiva y subjetiva, esto es imposible jurídicamente por el imperio del principio constitucional non bis in idem. Recordemos que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor o servidora público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, así lo

[18] Ibidem . p 220

establece el primer inciso dele numeral 3 del artículo 11 de la Constitución 2008. En otras palabras, el principio del non bis in idem no necesita de una ley auxiliar o secundaria que le permita su procedibilidad sino que es de aplicación directa e inmediata.

El autor ecuatoriano Víctor Vaca González, también concuerda que el principio de inadmisibilidad de persecución múltiple, ne bis in idem, "por ser de naturaleza distinta, no debe asemejárselo o confundírselo con la institución de la cosa juzgada, que opera sólo cuándo existe una sentencia firme o definitiva; mientras que, la prohibición de más de una persecución, imposibilita que simultáneamente se tramiten más de un proceso por el mismo hecho, aunque ninguno haya terminado en sentencia final e irreversible". (Teorías Básicas sobre el Proceso Penal, Edición 2006).

La finalidad principal del principio nom bis in idem es garantizar derechos fundamentales de la persona, tales como el derecho a la vida, la integridad personal, la libertad entre otros; como finalidad secundaria encontramos la seguridad jurídica. Esto a mi parecer lo diferencia claramente de la cosa juzgada, donde la finalidad principal siempre será la seguridad jurídica; además, el principio de cosa juzgada tiene mayor amplitud que el principio *ne bis in ídem,* ***este último se circunscribe al Derecho Penal mientras que el primero es aplicable para todas las ramas del Derecho.***

El favor rei es un principio general, universal e ilimitado a favor del reo, del justiciable, que abarca o subsume al principio ne bis in idem y a la cosa juzgada.

Yo sostengo que cuando se aplica la autoridad de cosa juzgada como institución jurídica, estamos ejercitando esta institución en términos de "favor rei". Igual se dice que opera el favor rei cuando invocamos el principio ne bis in idem cuando se pretende iniciar doble juzgamiento por un mismo hecho. La cosa juzgada y el ne bis in iden son principios singulares y el favor rei constituye un principio general. Los tres con normas del debido proceso y forman parte del sistema de los derechos humanos consagrados en las constituciones de los países democráticos amantes de la paz y en las convenciones y tratados internacionales.

El principio NE BIS IN IDEM no es subsidiario de las demás garantías que protegen la libertad individual, pues no es un principio accesorio, ya que no nace del proceso, sino existe antes que él, es un regulador del proceso judicial o del procedimiento administrativo. La garantía cobijada en este principio es el derecho a la tutela judicial efectiva como el respeto a los derechos fundamentales y el valor superior de la libertad ya que si se inicia otro proceso que ha concluido con resolución de fondo con efecto de cosa juzgada no cabe iniciar (con sus excepciones) otro proceso porque de ser así se menoscaba la tutela judicial efectiva.

Es importante señalar que para los autores Sandra Cristina Penagos Trujillo y Juan Carlos Sánchez Posso en un interesante trabajo titulado "El nom bis in idem y la Cosa Juzgada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", ***el principio de nom bis in idem constituye la aplicación del principio mas general de cosa juzgada en el ámbito del ius puniendi, esto es, al campo de las sanciones tanto penales como administrativas.***" Ciertamente –aseguran los autores aludidos-, la prohibición que se deriva del principio de la cosa juzgada, según la cual los jueces no pueden tramitar y decidir procesos judiciales con objeto y causa idénticos a los de juicios de la misma índole previamente finiquitados por otro funcionario judicial, equivale, en materia sancionatoria, a la prohibición de someter dos veces a juicio penal a una persona por un mismo hecho, independientemente de si fue condenado o absuelto, es decir, la prohibición de juzgar dos veces o mas a un mismo sujeto por unos mismos hechos es la consecuencia lógica del principio de cosa juzgada, así una persona que ha sido enjuiciada y ha obtenido una sentencia que le absuelve o le condena, no puede ser sometida al padecimiento de un nuevo juicio por el mismo hecho."[19] (las negrillas y cursivas son mías).

En definitiva, el principio del nom bis in idem **no surge del proceso, sino que existe antes que el** y no debe ser confundido con el de la autoridad de cosa juzgada. El nom bis in idem es una garantía constitucional; la cosa juzgada existe en el proceso penal en tanto toda resolución contra la que no se haya interpuesto recurso alguno en el término legal queda firme y ejecutoriada. "Pero tratándose de la situación

[19] Sandra Cristina Penagos Trujillo y Juan Carlos Sánchez Posso. "El Nom Bis In Idem y la Cosa Juzgada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional". pgnas. 152 y sgtes.

del imputado –dice Fernando de la Rúa- , la misma no es un principio *asestante,* sino una derivación de la regla superior y previa al proceso que prohíbe la doble persecución penal.".

Como sostiene Fernando de la Rúa, las excepciones de cosa juzgada y *litis pendencia* que el imputado puede deducir por vía de la excepción de falta de acción, son consecuencia del principio del nom bis in idem. En materia procesal civil, la cosa juzgada se basa en la presunción absoluta de exactitud de la sentencia: *res iudicata pro veritate habetur*; los recursos extraordinarios que pueden atacarla están temporalmente limitados, dice de la Rúa. "En materia procesal penal –alega- tiene también ese valor, pero la intangibilidad de la sentencia produce especialmente el efecto negativo de impedir una nueva persecución penal y no funciona cuando –dentro de ciertos presupuestos- se trata de considerar su *revisión a favor del imputado*, precisamente porque no es tanto una garantía procesal como una garantía política con la que se quiere proteger, mas que la estabilidad de la sentencia, la libertad individual de los ciudadanos.

A nuestro entender cuando se pide la revisión de una sentencia, en materia procesal penal, es decir, cuando se cumplen los requisitos de procedibilidad que el Código de Procedimiento penal establece, funciona no la cosa juzgada, que aquí se relativisa o anula, sino el principio de favorabilidad, favor rei, o principio pro reo, que protege al reo en su cometido.

Además es importante señalar, como lo acoge la doctrina, el principio nom bis in idem no tiene efecto extensivo. "Se agota individualmente –dice De la Rúa-. No vale en consecuencia, para el coimputado. Ni el sobreseimiento ni la sentencia absolutoria a favor de un imputado pueden ser invocados por un coimputado ausente contra quien se inicia proceso por la misma causa, sea en igual sumario o en uno diverso…" Consecuentemente enseña Fernando de la Rúa que es conveniente establecer con precisión que cuando después de una sentencia absolutoria en sede penal se abre en sede civil la discusión sobre la autoría del imputado o sobre la existencia del hecho, dictándose una sentencia civil contraria a la penal, *no se viola el principio del nom bis in idem,* sino el *de la cosa juzgada*.

En la concepción del autor que comentamos, y de la que hay opinión dominante al respecto, la sentencia civil, a su vez, no produce en ningún

caso efectos sobre el juicio penal, toda vez que el principio del *nom bis in idem* rige sólo para lo penal y no se pueden extraer de él consecuencias válidas aplicables en materia civil. Pero esto, en el Ecuador, no es aplicable, ya que, como dijimos anteriormente, el principio nom bis in idem, de acuerdo con la normatividad constitucional, rige para todas las materias, ya que el numeral 16 del artículo 24 de la Constitución Política de 1998, dice: "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa". Así piensa el maestro Zavala Baquerizo, en su *Tratado Tomo I* y en *El Debido Proceso Penal.*

Igual opinión anota Luis Abarca Galeas, en su "La Función persecutoria y el Nom Bis in idem en el proceso penal acusatorio del Ecuador", en consideración a que el Nom Bis In ïdem es una garantía del debido proceso tiene aplicación en todos los ámbitos jurisdiccionales ordinarios y especiales, administrativo, civil y penal, en virtud de que la norma constitucional que la contempla, comprende todas las realidades que pueden ser objeto de tutela judicial, cualquiera que fuera la naturaleza de la materia jurídica que la regula y que debe aplicarse al término del respectivo proceso para hacer efectiva dicha tutela. La tutela efectiva es un derecho de protección consignado en el Art. 75 de la Constitución de la República 2008.

Cabe señalar que el principio nom bis in idem en el Pacto internacional de Derechos civiles y políticos (1969) que está consignado en el artículo 14 numeral 7, se refiere únicamente al campo penal, por cuanto el texto dice: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país". En este contexto el asunto es claro: No cabe la operatividad del principio a otros campos del Derecho fuera del ámbito penal. Zavala es de igual criterio: "Se observa que la prohibición sólo se limita al campo penal, dejando fuera de ella el ámbito laboral, civil, etc. Además, se refiere únicamente a las sentencias, absolutoria, o condenatoria; en tanto que, en el No. 16 del art. 24 de nuestra CPR, la prohibición del doble juzgamiento es general, pues se refiere al hecho de ser juzgado y que este juzgamiento se refiera a una misma "causa". Comprende, pues, como antes explicamos, tanto la sentencia, como los autos que, como el de sobreseimiento definitivo, el de inhibición, etc. han pasado en autoridad de cosa juzgada. Así como

comprende el juzgamiento concomitante contra la misma persona por el mismo hecho." (*El debido Proceso Penal,* p. 247).

Cabe señalar que el principio de nom bis in idem en la actualidad se encuentra consignado en el literal i) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República 2008, y dice: "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto".

Zavala Baquerizo hace notar, además que en el pacto de San José de Costa Rica (1969) se observa que se limita la prohibición a la sentencia absolutoria, ya que el texto del artículo 8 numeral 4 dice: "El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos". El gran jurista indica que aceptar tal discriminación sería atacar la seguridad jurídica de los ciudadanos, al no confiar en la inmutabilidad de las sentencias ejecutoriadas, sean de absolución, sean de condena.

En otro orden de cosas, con respecto a ***la preclusión*** y la cosa juzgada, que muchos confunden, y los autores aclaran como institutos completamente diferentes. Parecen iguales pero no lo son.

Preclusión y la cosa juzgada.-

PRECLUSIÓN es la irrevisibilidad de las providencias que estructuran la marcha del proceso judicial. Esta expresión deriva del vocablo *praeclusio* que significa cerrar, impedir o cortar el paso. Según el maestro italiano José Chiovenda la preclusión corresponde a un límite, actuando como un impedimento o una imposibilidad, frente a la facultad procesal, no usada por las partes y cuando se opera, extingue para éstas esa facultad no ejercitada, impidiendo su uso en el futuro. Para Chiovenda la preclusión es la pérdida o extinción, o caducidad de una facultad procesal que se produce por el hecho: a) o de no haberse observado el orden señalado por la ley para su ejercicio, como los términos perentorios o la sucesión legal de las actuaciones o de las excepciones; b) por haberse efectuado un acto incompatible con la intención de impugnar una sentencia, y c) de haberse ejercitado ya una vez válidamente la facultad (consumación propiamente dicha)

Puntualiza Fernando de la Rúa, citando a Alsina, que éste enseña, en cambio, que la relación jurídica procesal se desarrolla por etapas, de modo tal que los actos procesales deban ejecutarse en un orden determinado, toda vez que de lo contrario resultarían ineficaces, suponiendo el pase de un estadio a otro, la clausura del anterior, quedando los actos procesales ya cumplidos firmes y sin posibilidad alguna de volverse sobre ellos, considerando que el impulso procesal carecería de eficacia la preclusión, porque de lo contrario los actos procesales podrían repetirse y el proceso no progresaría.[20]

Por ello, no debe confundirse la *preclusión* con la *cosa juzgada*, ya que ambas tienen una función diferente aunque sus efectos aparentemente son los mismos. "La Preclusión –dice Fernando de la Rúa– es el medio de que se vale el legislador para hacer progresar el procedimiento, impidiendo el retroceso de los actos procesales. Tienen en común que ambas impiden una nueva discusión y, su diferencia fundamental estriba en que la preclusión sólo produce efectos dentro del proceso y la cosa juzgada fuera del mismo, lo que importa admitir que aquélla supone un proceso en marcha y ésta uno ya terminado".

Por nuestra parte anotamos que la preclusión, y la cosa juzgada son aplicables en los casos civiles, penales, laborales, etc, etc. en cambio los principios del nom bis in idem y el favor rei son únicamente operativos en el campo penal y procesal penal.

BIBLIOGRAFÍA

1. Abarca Galeas Luis. "La Función persecutoria y el Nom Bis In ïdem en el proceso penal acusatorio del Ecuador". Casa de la Cultura del Chimborazo. 2005
2. Cabanellas Guillermo. "Diccionario de Derecho Usual". Tomo I Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1977
3. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo IV . Driskill S.A. Buenos Aires, 1978
4. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XX. Driskill S.A. Buenos Aires, 1978

[20] En Enciclopedia jurídica Omeba. Tomo IV p. 973

5. Mir Puig. Santiago. Derecho Penal. Parte General. 7ª. Edición. Editorial IB de F Barcelona 2007.
6. Ossorio Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 26ª edición, Editorial Heliastam, Buenos Aires. 1999
7. Roxin Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto Buenos Aires 2003.
8. Salvador Crespo Iñigo. Derecho Internacional Penal. Estudios en Perspectiva. Editorial Centro de Publicaciones PUCE. Quito, 2006
9. Vaca Andrade Ricardo, Dr. Manual de Derecho Procesal Penal. Vol I. Corporación de Estudios y Publicaciones, III Edición, Quito.
10. Vacca González Víctor, Dr. Teorías Básicas sobre el Proceso Penal. Editorial Prokhansa, Guayaquil, 2006
11. Vergara Acosta Bolívar. "La Autoridad de cosa juzgada en la legislación y jurisprudencia ecuatoriana". Departamento de publicaciones de la Universidad de Guayaquil.1977.
12. Zavala Baquerizo Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I, Editorial Edino, Guayaquil, 2004.
13. Zavala Baquerizo Jorge. El Proceso Penal Ecuatoriano. Tomo III, 2º. Edición. Departamento de Publicaciones de la Universidad de Guayaquil, 1973.
14. Zavala Baquerizo Jorge. El Debido Proceso Penal. Editorial Edino, Guayaquil, 2002
15. Código de Procedimiento Penal
16. Código Penal ecuatoriano
17. Constitución Política de la República de 2008

LOS ATAQUES CONTRA LOS SISTEMAS INFORMÁTICOS: CONDUCTAS DE HACKING. CUESTIONES POLÍTICO-CRIMINALES

María Ángeles Rueda Martín
Profesora Titular de Derecho penal en la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. Delimitación de conceptos. II. CONSIDERACIONES POLÍTICO CRIMINALES EN TORNO A LOS ATAQUES CONTRA LOS SISTEMAS INFORMÁTICOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y DE LA UNIÓN EUROPEA. 1. El Convenio del Consejo de Europa sobre Cibercriminalidad (Budapest, 23 de noviembre de 2001). 2. La Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo de la Unión Europea de 24 de febrero de 2005 relativa a los ataques contra los sistemas de información. 3. La regulación penal de los accesos ilícitos a un sistema informático en Derecho comparado. 4. La regulación penal de los accesos ilícitos a un sistema informático en España. III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ACCESO ILÍCITO A UN SISTEMA INFORMÁTICO. IV. PROPUESTA POLÍTICO CRIMINAL SOBRE LA CONSIDERACIÓN COMO DELITO DEL ACCESO ILÍCITO A UN SISTEMA INFORMÁTICO. 1. Necesidad de la represión penal autónoma de las conductas de accesos ilícitos a sistemas informáticos. 2. Sistema de criminalización.

I. INTRODUCCIÓN. Delimitación de conceptos

Las manifestaciones delictivas relacionadas con las tecnologías de la información y comunicación (TIC´s) son muy variadas y también abundantes. Sin embargo, intentar definir dichas manifestaciones es una tarea compleja tanto por su imprecisión como por su carácter polisémico[1].

---

* Este trabajo tiene su origen en la ponencia que la autora presentó en el *Seminario de Derecho penal, Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica (I)*, dirigido por el Dr. D. Carlos Mª Romeo Casabona, Catedrático de Derecho penal en la UPV, y organizado por la Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano de la Universidad de Deusto y la Universidad del País Vasco.

Por tanto es necesario exponer, previamente, en qué consisten estas conductas que suponen o pueden suponer un ataque a sistemas informáticos. Por una parte, nos encontramos con las denominadas conductas de hacking que consisten en acceder de forma no autorizada o no consentida a bases de datos o a sistemas informáticos ajenos mediante la vulneración de puertas lógicas o passwords. Estas conductas de acceso no autorizado, englobadas bajo el término hacking o más concretamente hacking blanco, se caracterizan porque están impulsadas por la insaciable curiosidad de los hackers en encontrar en los sistemas informáticos la existencia de agujeros (o puertas falsas) y fallos o a qué se deben, pero una vez conseguido este propósito dentro de la máquina, no borran ni destruyen nada[2]. Conviene indicar que en ocasiones se suele utilizar el término hacking para aludir de forma comprensiva a cualquier ataque a un sistema informático, incluidas conductas de cracking o de

---

Además este trabajo desarrolla uno de los objetivos de estudio planteados en el proyecto de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia, titulado "*El Derecho penal de la Unión Europea*" (SEJ 2005-07811), y dirigido por el Dr. D. Luis Gracia Martín.

1 Véanse Morón Lerma, *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, 2ª ed., Aranzadi, 2002, p. 50; Gutiérrez Francés, «El intrusismo informático (Hacking): ¿Represión penal autónoma?», *Informática y Derecho, II Congreso Internacional de Informática y Derecho, Actas, Volumen II, números 12-15, 1996,* p. 1165.

2 Véanse Morón Lerma, *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, pp. 52 y 53; González Rus, «Los ilícitos en la red (I): hackers, crakers cyberpunks, sniffers, denegación del servicio y otros comportamientos semejantes», *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales,* Romeo Casabona coord., Comares, Granada, 2006, p. 243; Sieber, «Documentación para una aproximación al delito informático», *Delincuencia informática,* Mir Puig (coord.), PPU, 1992, pp. 77 y 78; Gutiérrez Francés, «Delincuencia económica e informática en el nuevo Código penal», *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información,* Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 299 y ss.; Hilgendorf, Frank, Valerius, *Computer- und Internetstrafrecht. Ein Grundriss,* Springer, Berlin, 2005, p. 184; Maiwald, *Fundamentos de seguridad de redes,* 2ª ed., McGraw-Hill Interamericana Editores, México, 2003, pp. 36 y 37. En el Manual de Naciones Unidas sobre delincuencia informática también se definen así las conductas de hacking; véase «United Nations Manual on the prevention and control of Computer-Related Crime», *International Review of Criminal Policy,* núm. 43 y 44, 1994, parágrafo 74. Un ejemplo de este tipo de conductas de hacking puede verse en Piqueres Castellote, «Conocimientos básicos en internet y utilización para actividades ilícitas», *Delitos contra y a través de las nuevas tecnologías. ¿Cómo reducir su impunidad?,* Velasco Núñez (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 61 y 62; Mansfield, *Defensa contra hackers. Protección de información privada,* Ediciones Anaya Multimedia, Madrid, 2001, pp. 57 y ss.
Aunque en la actualidad se utilice el término hacker con connotaciones negativas, su origen es más bien de signo contrario puesto que el desarrollo de internet y de determinados sistemas operativos, gratuitos y universales, debe mucho a algunas personas que comparten unos valores positivos que conforman la ética hacker; véase al respecto, Himanen, *La ética del hacker y el espíritu de la era de la información,* Prólogo de Linus Torvalds y Epílogo de Manuel Castells, Ediciones Destino, Madrid, 2002.

ciberpunking, impulsadas por una finalidad dañina de diversa índole[3]. Nosotros optamos por distinguir estos comportamientos porque tienen una diferente trascendencia en el ámbito penal.

Por otra parte, destacan las conductas de cracking caracterizadas por eliminar o neutralizar los sistemas de protección de un sistema informático que impide su copia no autorizada o la de una aplicación shareware que impide su uso, pasada una determinada fecha, con vulneración de los derechos de autor[4]. También hay que mencionar las conductas de ciberpunking que propiamente son conductas de daños informáticos o de vandalismo electrónico, concretadas en asaltos sobre máquinas o sistemas informáticos para ocasionar perturbaciones sobre dichos sistemas o para modificar o destruir datos[5]. Finalmente hay que aludir a una serie de comportamientos lesivos de la denominada privacidad informática que consisten en introducir en los discos duros de los ordenadores programas con la finalidad de buscar cierto tipo de información[6]. Este grupo de conductas tiene en común dos notas: en primer lugar, para su realización es necesario que, previamente, se haya producido un acceso ilícito a un sistema informático; en segundo lugar, dichas conductas recaen sobre los sistemas informáticos o sobre la información que se contiene en los mencionados sistemas, con la finalidad de su perturbación, destrucción o modificación.

---

3 Utilizan el término hacking de esta forma, por ejemplo, Rodríguez Mourullo, Alonso Gallo, Lascuraín Sánchez, «Derecho penal e internet», *Régimen jurídico de internet*, Cremades, Fernández-Ordoñez, Illescas coords., Editorial La Ley, Madrid, 2002, p. 266, nota 36.

4 Véanse Morón Lerma, *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, p. 40; Gómez Martín, «El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos (art. 270, párr. 3º CP). A la vez, un estudio sobre los delitos de emprendimiento o preparación en el CP de 1995», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 04-16 (2002), p. 3, nota 3. Sin embargo, González Rus utiliza el término cracking para referirse específicamente a los daños informáticos que se producen accediendo a sistemas informáticos ajenos a través de internet o redes de transmisión de datos, ya que originariamente tenía este sentido dicho término; véase González Rus, «Daños a través de internet y denegación de servicios», *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo,* Jorge Barreiro y otros coords., Civitas, Madrid, 2005, p. 1470 y nota 3.

5 Véase Morón Lerma, *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, p. 41.

6 Véanse Morón Lerma, *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, pp. 31 y ss.; González Rus, «Los ilícitos en la red (I): hackers, crakers, cyberpunks, sniffers, denegación del servicio y otros comportamientos semejantes», p. 242.

En el presente trabajo no nos vamos a ocupar de la relevancia penal de las conductas de cracking, ciberpunking o lesivas de la privacidad informática, sino que, por el contrario, nos centraremos en los simples accesos ilícitos, con carácter general, a sistemas informáticos. Desde un punto de vista político criminal en relación con estas conductas de hacking, se plantea la duda sobre la necesidad de criminalizarlas de una forma autónoma, si no van acompañadas de un ulterior fin relevante penalmente añadido al mero deseo de curiosidad y/o de demostración de pericia informática en el hacker. El tratamiento de esta cuestión nos obliga a plantearnos cuál es el bien jurídico protegido en un tipo delictivo que tipifique como delito el acceso ilícito, sin autorización, a un sistema informático, puesto que el debate político criminal en torno al objeto de protección en estas conductas de hacking nos condicionará después la respuesta a cuestiones tales como la exigencia de una finalidad jurídico penalmente añadida al simple deseo de curiosidad y/o de demostración de pericia informática en el hacker. Por otra parte, si concluimos que es necesario tipificar las conductas de hacking como un delito autónomo, deberemos preguntarnos por su sistema de incriminación: o bien mediante tipos específicos que contemplen la incriminación del acceso ilícito a sistemas informáticos en aquellas figuras delictivas que lo requieran; o bien mediante un tipo penal genérico que tipifique como delito el acceso ilícito a sistemas informáticos.

Antes de tratar estas cuestiones, a continuación y con carácter previo, conviene realizar unas consideraciones político criminales en el ámbito internacional y de la Unión Europea. El marco actual en el que ha de abordarse un análisis político criminal de la criminalidad informática es el del Derecho penal de la globalización con un marcado carácter sectorial, básicamente económico-empresarial[7], de modo que su objetivo es eminentemente práctico: se trata de proporcionar una respuesta uniforme o, al menos, armónica de la delincuencia transnacional que evite la conformación de "paraísos jurídico-penales"[8]. Por esta razón debemos

[7] Véanse Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 99; Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 89 y ss.

[8] Véase Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 88. No podemos olvidar que los comportamientos englobados bajo la denominación criminalidad informática, son comportamientos que

abordar, brevemente, qué planteamientos político criminales se han realizado en torno a los ataques a los sistemas de información en nuestro entorno más cercano.

II. CONSIDERACIONES POLÍTICO CRIMINALES EN TORNO A LOS ATAQUES CONTRA LOS SISTEMAS INFORMÁTICOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y DE LA UNIÓN EUROPEA

1. El Convenio del Consejo de Europa sobre Cibercriminalidad (Budapest, 23 de noviembre de 2001)

El Convenio del Consejo de Europa sobre Cibercriminalidad (Budapest, 23 de noviembre de 2001)[9] recoge en su Capítulo II un conjunto de medidas que deben ser adoptadas por los Estados Parte para prever como infracción penal una serie de conductas contempladas en dicho Convenio: el acceso ilícito a la totalidad o a una parte de un sistema informático (art. 2), la interceptación ilícita de transmisiones privadas de datos informáticos (art. 3), atentados contra la integridad de datos informáticos (art. 4), atentados contra la integridad del sistema (art. 5), la producción, venta, utilización, importación, distribución o cualquier forma de hacer posible cualquier dispositivo, password electrónico, código de acceso o datos similares con la finalidad de cometer las infracciones de los arts. 2, 3, 4 y 5 (art. 6), falsedades informáticas (art. 7), fraude informático (art. 8), infracciones relacionadas con la pornografía infantil (art. 9) e infracciones relacionadas con la violación de derechos de la propiedad intelectual y derechos afines (art. 10)[10]. En concreto en la Sección I sobre Derecho penal

cada vez se dan con mayor frecuencia y lo que añade un especial grado de peligrosidad al fenómeno de dicha criminalidad, es la conexión internacional o transfronteriza de estos comportamientos, de modo que sus actuaciones pueden ir más allá de un ámbito geográfico concreto.

9 Sobre el proceso de gestación de este Convenio, véanse, Morales García, «Apuntes de política criminal en el contexto tecnológico. Una aproximación a la Convención del Consejo de Europa sobre *Cyber-Crime*», pp. 16-25; Lezertúa, «El proyecto de Convenio sobre el cybercrimen del Consejo de Europa», *Internet y Derecho penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2002, pp. 17 y ss. Asimismo, véanse, Morón Lerma/Rodríguez Puerta, «Traducción y breve comentario del Convenio sobre Cibercriminalidad», *Revista de Derecho y Proceso Penal,* nº. 7, 2002, pp. 167 y ss.; Sánchez Bravo, «El Convenio del Consejo de Europa sobre cibercrimen: control vs. Libertades públicas», *La Ley*, 2002, D-109, pp. 1851 y ss.

10 Véanse, Morales García, «Apuntes de política criminal en el contexto tecnológico. Una aproximación a la Convención del Consejo de Europa sobre *Cyber-Crime*», pp. 26 y ss.;

sustantivo del mencionado Capítulo II, en su Título I acerca de los "*Delitos contra la confidencialidad e integridad de los datos informáticos y los sistemas*" se establece en el artículo 2 que: «*Los Estados Parte deberán adoptar las medidas legislativas y otras que resulten necesarias para establecer como infracción criminal, conforme a su derecho interno, el acceso intencional sin autorización a la totalidad o parte de un sistema informático. Los Estados podrán requerir que el hecho sea cometido infringiendo medidas de seguridad o con la finalidad de obtener datos u otra finalidad deshonesta o, en relación con los sistemas informáticos, que se encuentren conectados a otros sistemas informáticos*»[11].

En cuanto a la definición de "sistema informático", el artículo 1 de dicho Convenio dispone que «*hace referencia a todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o unidos, que aseguran, al ejecutar un programa, el tratamiento automatizado de datos*». Por otro lado, los "datos informáticos" se definen como «*toda representación de hechos, informaciones o conceptos expresados bajo una forma tratable informáticamente, incluido el programa destinado a hacer que un sistema informático ejecute una función*».

A los efectos que nos interesa en este trabajo el Convenio de 2001 plantea las siguientes propuestas político criminales. En primer lugar, se distingue, por un lado, la protección de los sistemas informáticos (artículos 2, 5 y 6 del Convenio) y, por otro lado, la protección de los

---

Rodríguez Bernal, «Los cibercrímenes en el espacio de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho informático*, nº. 103, febrero de 2007, pp. 12 y ss.

[11] Además en el artículo 6 de este Convenio se dispone que «*1. Los Estados Parte deberán adoptar las medidas legislativas o de otro género que fueren necesarias para establecer como infracción criminal la comisión dolosa y antijurídica de:*
a) la producción, venta, el procurarse para el uso, la importación, distribución o cualquier forma de hacer posible: 1. cualquier dispositivo, incluidos los programas informáticos, diseñados o adaptados principalmente con el propósito de cometer alguno de los delitos descritos en los artículos 2 a 5; 2. un password electrónico, código de acceso o datos similares a través del cual un sistema informático o parte de él consigue ser accesible, con la finalidad de ser usado con el propósito de cometer los delitos descritos en los artículos 2 a 5;
b) la posesión de cualquiera de los aparatos descritos en los números 1 y 2 de la letra a) con la finalidad de ser usado para cometer los delitos establecidos en los artículos 2 a 5. Las Partes deberán establecer mediante ley que sea poseído un determinado número de este tipo de dispositivos antes de la atribución de responsabilidad.
2. Este artículo no debe ser interpretado como imposición de responsabilidad criminal donde la producción, venta, procurarse para el uso, importación, distribución o la facilitación o posesión referidas en el párrafo primero de este artículo no lo sea con la finalidad de cometer los hechos descritos en los artículos 2 a 5 de esta Convención, como por ejemplo para el chequeo autorizado o la protección de un sistema informático.
3. Los Estados podrán reservarse el derecho de no aplicar el párrafo primero de este artículo».

datos o de la información que se contiene en dichos sistemas[12]. En segúndo lugar, aunque se propone que se tipifique como delito el simple acceso intencional sin autorización a la totalidad o parte de un sistema informático, con carácter facultativo los Estados podrán establecer algunas exigencias a la hora de configurar esta infracción penal: o bien que el acceso sea cometido infringiendo medidas de seguridad, o bien que el acceso se realice con la finalidad de obtener datos u otra finalidad deshonesta, o por último, en relación con los sistemas informáticos vulnerados, que éstos se encuentren conectados a otros sistemas informáticos[13].

2. La Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo de la Unión Europea de 24 de febrero de 2005 relativa a los ataques contra los sistemas de información

En el ámbito de la Unión Europea destaca la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información, que tiene como objetivo aproximar «la legislación penal en materia de ataques contra los sistemas de información para conseguir la mayor cooperación policial y judicial posible respecto de las infracciones penales vinculadas a ataques contra los sistemas de información y para contribuir a la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada». Por ello se plantea un enfoque común respecto de los elementos constitutivos de las siguientes infracciones penales:

1) En primer lugar, en relación con el acceso ilegal a los sistemas de información el artículo 2 establece que: «1. *Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que el acceso intencionado sin autorización al conjunto o a una parte de un sistema de información sea sancionable como infracción penal, al menos en los casos que no sean de menor gravedad. 2. Cada Estado miembro podrá decidir que las conductas mencionadas en el apartado 1 sean objeto de acciones judiciales únicamente cuando la infracción se cometa transgrediendo medidas de seguridad».*

---

[12] Resalta también esta distinción Quesada Morales, «La protección penal de los sistemas de información: Normativa actual y perspectivas de futuro», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías,* nº. 4, 2004, p. 106.

[13] Véanse las consideraciones críticas en torno a estas exigencias que expone Morón Lerma, *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, pp. 70, 71, 72 y 73.

2) En segundo lugar, respecto de la intromisión ilegal en los sistemas de información el artículo 3 dispone que: «*Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que el acto intencionado, cometido sin autorización, de obstaculizar o interrumpir de manera significativa el funcionamiento de un sistema de información, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos, sea sancionable como infracción penal, al menos en los casos que no sean de menor gravedad*».

3) En tercer lugar, en relación con la intromisión ilegal en los datos en el artículo 4 se contempla que: «*Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que el acto intencionado, cometido sin autorización, de borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos informáticos contenidos en un sistema de información sea sancionable como infracción penal, al menos en los casos que no sean de menor gravedad*».

Asimismo en el artículo 1 se define como "sistema de información" a «*todo aparato o grupo de aparatos interconectados o relacionados entre sí, uno o varios de los cuales realizan, mediante un programa, el tratamiento automático de datos informáticos, así como los datos informáticos almacenados, tratados, recuperados o transmitidos por estos últimos para su funcionamiento, utilización, protección y mantenimiento*»; y como "datos informáticos" se comprende «*toda representación de hechos, informaciones o conceptos de una forma que permite su tratamiento por un sistema de información, incluidos los programas que sirven para hacer que dicho sistema de información realice una función*».

Finalmente debemos indicar que en el artículo 7 se recogen algunas circunstancias agravantes: «*1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las infracciones mencionadas en los artículos 2, apartado 2, 3 y 4 se castiguen con sanciones penales de dos a cinco años de prisión como mínimo en su grado máximo cuando se cometan en el marco de una organización delictiva tal como la define la Acción Común 98/733/JAI, con independencia del nivel de sanción mencionado en dicha Acción Común. 2. Los Estados miembros podrán adoptar asimismo las medidas contempladas en el apartado 1 cuando la infracción de que se trate haya ocasionado graves daños o afectado a intereses esenciales*».

En este texto normativo también se distingue la protección de los sistemas informáticos (artículos 2 y 3) de la protección de los datos o de la información contenidos en dichos sistemas. Y, además, se propone tipificar el simple acceso ilegal no autorizado, intencionado, al conjunto o a una parte del sistema de información sin que se exija de una forma expresa el acompañamiento de una ulterior finalidad delictiva siquiera facultativamente. No obstante queda abierta la posibilidad de añadir tal elemento subjetivo cuando se refiere a la tipificación como delito del acceso intencionado «al menos en los casos que no sean de menor gravedad». Por otro lado y potestativamente los Estados pueden criminalizar aquellos accesos ilegales que se hayan realizado transgrediendo medidas de seguridad[14].

Como conclusión en estos textos normativos internacionales que acabamos de exponer se distingue claramente:

1) Por una parte, la protección de los sistemas informáticos mediante la propuesta de tipificar como delito conductas de simple acceso no autorizado a sistemas informáticos, y también aquéllas que suponen una obstaculización o interrupción del funcionamiento de los mismos.

2) Por otra parte, la protección de los datos o de la información que albergan los sistemas informáticos con la propuesta de considerar como delito las conductas que suponen un atentado o una intromisión lesiva en los datos o la información contenida en los mencionados sistemas (que implica su modificación, inutilización, destrucción, etc.).

[14] No obstante conviene apuntar que la Propuesta originaria de esta Decisión-Marco consideraba que «el acceso intencionado sin autorización al conjunto o a una parte de un sistema de información sea tipificado como delito cuando sea cometido: (I) contra una parte cualquiera de un sistema de información que es objeto de medidas de protección especiales; o (II) con la intención de causar un daño a una persona física o jurídica; o (III) con la intención de obtener un beneficio económico». Véase González Rus, «El cracking y otros supuestos de sabotaje informático», *Delincuencia Informática, Drogas de abuso: aspectos científicos y jurídicos, Experiencias aplicativas de la LORPM, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Madrid, 2003, p. 214.

3. La regulación penal de los accesos ilícitos a un sistema informático en Derecho comparado

Tal y como acabamos de exponer tanto en el Convenio como en la Decisión-Marco se recogen dos opciones político criminales en torno a la incriminación de los accesos ilícitos a sistemas informáticos. En primer lugar, tipificar como delito el simple acceso a la totalidad o a una parte de dichos sistemas informáticos. En segundo lugar, tipificar como delito esta conducta pero añadiendo más exigencias ya sean de carácter subjetivo como de carácter objetivo. A continuación repasaremos diversas regulaciones jurídico penales de algunos países de nuestro entorno, en las que encontramos coincidencias y alguna opción político criminal nueva no contemplada en los citados textos internacionales.

La tipificación como delito del simple acceso a la totalidad o a una parte (datos o programas) de un sistema informático la encontramos en algunos países como, por ejemplo, en Gran Bretaña en cuyo *Computer Misuse Act* de 1990 se dispone en la *Section 1 (1)* que «*una persona es culpable de un delito si: a) hace que un ordenador ejecute una función con la intención de asegurarse un acceso a cualquier programa o a los datos almacenados en cualquier ordenador; b) el acceso que pretende asegurarse no está autorizado; y c) conoce en el momento en que ejecuta dicha función en el ordenador que tal acceso no está autorizado*». También en el Código penal francés de 1994 en los artículos 323-1 hasta 323-7 se tipifican los atentados contra los sistemas de tratamiento automatizado de datos. En concreto el artículo 323-1 dispone que «*el hecho de acceder de manera fraudulenta a la totalidad o a parte de un sistema de tratamiento automatizado de datos, o de mantenerse en él fraudulentamente, será castigado con dos años de prisión y 30.000 euros de multa. Si de ello resultare, bien la supresión o la modificación de datos contenidos en el sistema, o una alteración del funcionamiento del mismo, la pena será de tres años de prisión y de 45.000 euros de multa*».

En otros países, sin embargo, se ha optado por la incriminación del acceso ilícito a sistemas informáticos acompañado de ulteriores exigencias, ya sea una determinada finalidad o una vulneración de las medidas de seguridad. Así en Portugal la Ley nº. 109/91 sobre criminalidad informática recoge en el artículo 7 como delito el acceso ilícito a un sistema o a una red informáticos: «*1. Quien acceda de cualquier modo, no estando autorizado y con la intención de obtener, para sí o para otro, un beneficio*

o ventaja ilegítimos, a un sistema o red informáticos será castigado con la pena de prisión, de hasta un año o con la pena de multa, de hasta 120 días. 2. La pena será de prisión de hasta tres años o multa si el acceso se consigue con la infracción de medidas de seguridad. 3. La pena será de prisión de uno a cinco años cuando: a) a través del acceso, el sujeto haya tenido conocimiento de un secreto comercial o industrial o de datos confidenciales, protegidos por ley; b) el beneficio o ventaja patrimonial obtenidos sean de valor considerablemente elevado. 4. Se castiga la tentativa. 5. En los casos previstos en los números 1, 2 y 4 el procedimiento penal depende de querella». En Italia el artículo 615 ter del Código penal tipifica como delito «*el acceso abusivo a un sistema informático o telemático*»: «*Quien abusivamente se introduzca en un sistema informático o telemático protegido por medidas de seguridad o se mantenga en él contra la voluntad expresa o tácita de quien tiene el derecho de excluirlo, será castigado con prisión de hasta tres años*». Asimismo en el Título II relativo a las "*Infracciones contra el patrimonio*" del Libro II del Código penal suizo se establece en el artículo 143 bis que «*quien se introduzca ilícitamente, sin la intención de enriquecerse, a través de un dispositivo de transmisión de datos, en un sistema informático ajeno y especialmente protegido contra cualquier acceso, será castigado, según la petición, con una pena privativa de libertad de hasta tres años o pena de multa*».

Mención a parte merece la regulación penal alemana que había tipificado como delito el espionaje de datos en el § 202a del Código penal alemán que establecía lo siguiente: «*Quien se procure para sí o para otro datos no autorizados que no le estén destinados y que estén particularmente asegurados contra accesos ilícitos, será castigado con una pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa*». En relación con este precepto se planteaba la polémica de si abarcaba las conductas de hacking al exigir el tipo la adquisición de datos no autorizados[15]. No obstante y como afirmaba Schünemann las conductas de hacking que suponían la apropiación de algunos datos, como un password, sí quedaban abarcadas por el tenor literal del tipo indicado[16]. Las dudas, sin embargo, se han disipado con la nueva redacción otorgada al § 202a, apartado 1, del Código penal alemán donde se aclara que la conducta típica ya no consiste en la

[15] Véanse Schünemann, «§ 202a», *Leipziger Kommentar Großkommentar*, Jähnke, Laufhütte, Odersky, 11ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 2000, núm. marginal 2, pp. 65 y ss.; Schnabl, «Strafbarkeit des Hacking-Begriff und Meinungsstand», *Wistra (Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, nº. 6, 2004, pp. 211 y ss.

[16] Véanse Schünemann, «§ 202a», *p. 65.*

adquisición de datos sino en el acceso ilícito a determinados datos: «*Quien se procure para sí o para otro el acceso a datos que no le estén destinados y que estén particularmente asegurados contra un acceso ilícito, que se consiga con la vulneración de un acceso de seguridad, será castigado con una pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa*».

4. La regulación penal de los accesos ilícitos a un sistema informático en España

En España no se contempla expresamente este comportamiento como un delito autónomo en nuestro Código penal[17]. Estas conductas de acceso ilegal sin autorización en un sistema informático *desprovistas de cualquier intención específica*, no se pueden subsumir en ninguna infracción constitutiva de un ilícito penal en nuestro Código penal actualmente en vigor[18].

Morón Lerma se plantea si en el artículo 256 del Código penal se pueden subsumir ciertos actos de hacking. En dicho precepto se establece que «*el que hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, ocasionando a éste un perjuicio superior a 400 euros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses*». Esta autora concluye, sin embargo, que este precepto es un cauce inapropiado para el castigo de esta clase de conductas de hacking, entre

[17] Véase Morón Lerma, *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, pp. 55 y ss.

[18] Véanse Morón Lerma, *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, p. 70; González Rus, «Los ilícitos en la red (I): hackers, crakers, cyberpunks, sniffers, denegación del servicio y otros comportamientos semejantes», p. 246; el mismo, «El cracking y otros supuestos de sabotaje informático», pp. 246 y ss.
En España se han llevado ante los tribunales algunos casos de accesos ilícitos sin autorización a sistemas informáticos. Así, por ejemplo, el Juzgado de lo Penal de Madrid, de 29 de julio de 2005 [A. 70162/2006], enjuició un acceso al sistema informático de una entidad pública (Ministerio de Economía y Hacienda) y de un periódico de gran tirada, y absolvió al presunto autor de un delito continuado de daños y de un delito continuado de descubrimiento y revelación de secretos al no resultar acreditado la causación de daños ni la apropiación de datos reservados en perjuicio de tercero. Por otro lado, el Juzgado de Instrucción número 2 de Lorca acordó mediante un Auto de 29 de enero de 2002, el sobreseimiento libre y el archivo de la causa en relación con un hacking al Ministerio del Interior, al no ser esta conducta constitutiva de un delito en nuestro Código penal. Finalmente el denominado caso Hispahack (un acceso no autorizado, a través de internet, a los ordenadores ubicados en las dependencias de la Universidad Politécnica de Cataluña desde un ordenador de la Universidad de Oviedo), terminó con la absolución de los procesados en la sentencia del Juzgado de lo penal número 2 de Barcelona, de 28 de mayo de 1999.

otros motivos, porque su ámbito típico se ciñe a perjuicios que consisten en perturbaciones, molestias o alteraciones en el correcto funcionamiento del sistema que, primero, sean aprehensibles y cuantificables y, segundo, perjudiquen directamente al titular del equipo y no a un tercero. Además, a su juicio, supeditar la perfección comisiva a la producción de un perjuicio patrimonial excluye aquellas conductas de mero acceso al sistema, una vez descubierta la puerta falsa, y abandono del mismo[19].

Ahora bien sí que puede constituir un ilícito penal el acceso no autorizado a un sistema informático realizado para cometer otra conducta delictiva, ya sea en grado de consumación o tentativa, como por ejemplo:

a) el acceso a un sistema informático para descubrir un secreto o vulnerar la intimidad de otro será constitutivo de un delito tipificado en el artículo 197.1 del Código penal[20],[21];

---

[19] Véanse Morón Lerma, *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, pp. 55 y ss.

[20] El artículo 197.1 establece que «*el que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses*».

[21] Fernández Palma y Morales García afirman que las conductas de acceso ilícito a sistemas informáticos se pueden subsumir en el artículo 197.1 del Código penal, de modo que «el sujeto que consigue entrar en el sistema central de una Universidad, dejando dolosamente su rastro para que quede constancia de su acceso, no parece que vaya acompañado de un elemento subjetivo enderezado a la vulneración de la intimidad de otro. Ahora bien, puesto que no es necesario que se descubran los datos o se tenga conocimiento de ellos para que el elemento subjetivo se entienda realizado, y los datos de carácter personal serán una constante en dicho sistema, en la práctica no será difícil convenir en que el acceso no autorizado al mismo podrá ser constitutivo de delito independientemente de que la finalidad íntima del intruso sea la de superación de barreras informáticas o la de conocimiento expreso de los datos»; Véanse Fernández Palma/Morales García, «Los delitos de daños informáticos y el caso Hispahack», *La Ley*, 2000, D-2, p. 1525. Sin embargo hay que tener en cuenta que el verbo típico de este precepto, «interceptar comunicaciones» incluidas las comunicaciones a través de redes de información, ya no supone un simple acceso no consentido como las mencionadas conductas de hacking, sino que implica introducirse en dichas comunicaciones con la aludida finalidad de descubrir los secretos o de vulnerar la intimidad de otro. Vulnera el principio *in dubio pro reo* presuponer que en todos los accesos ilícitos a sistemas informáticos existe, además de una finalidad de curiosear la existencia de agujeros (o puertas falsas) y fallos, la de vulnerar la intimidad de las personas.

b) el acceso a un sistema informático que sea un registro o un archivo de datos reservados de carácter personal o familiar de otro y su posterior alteración o utilización en perjuicio del titular de los datos o de un tercero, será constitutivo de un delito tipificado en el artículo 197.2 del Código penal[22];

c) o el acceso a un sistema informático y la posterior destrucción, alteración, inutilización o cualquier otro daño de sus datos, programas o documentos electrónicos, será constitutivo de un delito tipificado en el artículo 264.2 del Código penal[23].

Sin embargo, hay que mencionar el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, presentado en el Congreso de los Diputados el 15 de enero de 2007, en cuya exposición de motivos se indica que «la tutela penal de la intimidad y de los secretos ha sido tradicionalmente fragmentaria, y condicionada a la realización de conductas de apoderamiento de papeles, cartas o mensajes, o de instalación de aparatos de captación de imagen o sonido, pero a la vez que la importancia fundamental de ese bien jurídico exige cada vez mayor atención y medidas legales, como son esencialmente las recogidas en la legislación sobre protección de datos, crecen los riesgos que lo rodean, a causa de las intrincadas vías tecnológicas que permiten violar la privacidad o reserva de datos contenidos en sistemas informáticos. Esa preocupante laguna, que pueden aprovechar los llamados hackers ha aconsejado, cumpliendo con obligaciones específicas sobre la materia plasmadas en la Decisión Marco 2005/222/JAI de 24 de febrero de 2005 relativa a los ataques contra los sistemas de información, incorporar al artículo 197 del Código penal un nuevo apartado que castiga a quien por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, accediera sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático. La realidad de que los actos de invasión en la privacidad en todas sus manifestaciones no son siempre llevadas a cabo por individuos aislados han determinado la incorporación de una cualificación punitiva

[22] Véase sobre este delito Rueda Martín, *Protección penal de la intimidad personal e informática. (Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código penal)*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 67 y ss.

[23] Véase González Rus, «El cracking y otros supuestos de sabotaje informático», pp. 223 y ss.

para todas las acciones descritas en el artículo 197 en el caso de que se cometan en el marco de organizaciones criminales». En el artículo 197 se ha introducido un nuevo apartado 3 con el siguiente tenor: «*El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, accediera sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo, será castigado con penas de prisión de seis meses a dos años*»[24]. De manera similar en el reciente Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, fechado el 14 de noviembre de 2008, se ha introducido otra vez un apartado 3 en el artículo 197 del Código penal con la siguiente redacción[25]: «*El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, accediera sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo, será castigado con penas de prisión de seis meses a dos años.*

---

[24] En el mencionado Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal se prevé también una reforma del artículo 264: «*1. El que sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese, o hiciere inaccesibles datos o programas informáticos ajenos, será castigado, en consideración a la gravedad del hecho, con la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. El que sin estar autorizado y de manera grave obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema de información ajeno, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos, será castigado, atendiendo a la gravedad del hecho, con la pena de prisión de seis meses a tres años. 3. Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en los dos apartados anteriores y, en todo caso, la pena de multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en las conductas descritas concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.º Se hubiese cometido en el marco de una organización criminal. 2.º Haya ocasionado daños de especial gravedad o afectado a los intereses generales. 4. Cuando los delitos comprendidos en este artículo se hubieren cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de multa del tanto al duplo del perjuicio causado en los supuestos previstos en los apartados 1 y 2, y del tanto al décuplo en el supuesto del apartado 3*».

[25] En la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, de 14 de noviembre de 2008, se establece que «*Para cumplimentar la Decisión Marco 2005/222/JAI de 24 de febrero de 2005 relativa a los ataques contra los sistemas de información, se ha resuelto incardinar las conductas punibles en dos apartados diferentes, al tratarse de bienes jurídicos diversos. El primero sería el relativo a los daños donde quedarían incluidas las consistentes en borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos o programas informáticos ajenos, así como obstaculizar o interrumpir el funcionamiento de un sistema de información ajeno; y el segundo, en el apartado del descubrimiento y revelación de secretos, donde estarían comprendidos el acceder sin autorización vulnerando las medidas de seguridad a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo*».

Cuando el delito se hubiere cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de multa del tanto al duplo del perjuicio causado»[26].

Nuestro legislador se ha decidido, en los mencionados proyectos de reforma del Código penal, por la opción de incriminar las conductas de acceso ilícito a datos o programas informáticos de un sistema informático o de parte del mismo dentro del Título X del Código penal, sobre los "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio". Esto significa que el legislador ha vinculado esta clase de comportamientos a la protección penal de la intimidad personal y familiar y ha añadido una exigencia objetiva, la vulneración de medidas de seguridad. Conviene destacar asimismo que no se castiga el acceso ilícito a un sistema informático o a una parte del mismo –como se propone tanto en el Convenio del Consejo de Europa sobre Cibercriminalidad de 2001 y en la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo de la Unión Europea–, sino que se concreta aún más el objeto material en este comportamiento: los datos o programas informáticos contenidos en dichos sistemas informáticos[27].

---

[26] En este Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, de 14 de noviembre de 2008, se prevé asimismo una reforma del artículo 264: «*1. El que sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese, o hiciere inaccesibles datos o programas informáticos ajenos, será castigado, en consideración a la gravedad del hecho, con la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. El que sin estar autorizado y de manera grave obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema de información ajeno, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos, será castigado, atendiendo a la gravedad del hecho, con la pena de prisión de seis meses a tres años. 3. Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en los dos apartados anteriores y, en todo caso, la pena de multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en las conductas descritas concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.º Se hubiese cometido en el marco de una organización criminal. 2.º Haya ocasionado daños de especial gravedad o afectado a los intereses generales. 4. Cuando los delitos comprendidos en este artículo se hubieren cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de multa del tanto al duplo del perjuicio causado en los supuestos previstos en los apartados 1 y 2, y del tanto al décuplo en el supuesto del apartado 3*».

[27] Véase también una exposición de los problemas de interpretación entre los apartados 1, 2 y 3 del artículo 197 y las consideraciones críticas en torno a esta propuesta de regulación penal contenida en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, de 15 de enero de 2007, efectuadas por Morón Lerma, «Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos», *Delito e informática: algunos aspectos,*

La ubicación sistemática en las propuestas de reforma del Código penal de esta conducta de acceso ilícito a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo, obliga a considerar que dichos datos o programas informáticos deben albergar información relevante para la intimidad personal y familiar, de modo que en ellos se manifieste la pretensión de valor de este bien jurídico. Por otra parte, en torno a esta propuesta de regulación Morón Lerma ha estimado que el acceso a los datos castigado en el posible apartado tercero del artículo 197 del Código penal se halla ya previsto en el artículo 197.2, lo que suscitaría, a su juicio, una situación contradictoria: el artículo 197.3 exigirá un plus para su comisión centrado en la vulneración de medidas de seguridad; pero la pena que lleva aparejada (prisión de seis meses a dos años) es notablemente menor que la del artículo 197.2 (prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses)[28]. En mi opinión, sin embargo, no se castigan las mismas conductas porque en el actual artículo 197.2 del Código penal se tipifica el acceso a un sistema informático que sea un registro o un archivo de datos reservados de carácter personal o familiar de otro y su posterior alteración o utilización *en perjuicio del titular de los datos o de un tercero*. Se exige, por tanto, un elemento subjetivo de lo injusto (en perjuicio del titular de los datos o de un tercero) que delimita suficientemente la conducta que se pretende castigar[29], y que no está presente en el posible apartado 197.3 que castiga el simple acceso ilícito a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en una parte del mismo. Además, desde un punto de vista valorativo es más grave el acceso a datos y su posterior alteración o utilización realizado en perjuicio del titular de tales datos o de un tercero, que el simple acceso ilícito a datos contenidos en un sistema informático o en una parte del mismo.

La vinculación de esta clase de comportamientos que consisten en un acceso ilícito a los datos o programas informáticos de un sistema informático con la protección penal de la intimidad personal y familiar plantea algunos interrogantes: ¿Se puede castigar por este tipo delictivo al hacker que accede a un sistema informático que almacena datos

Cuadernos penales José María Lidón, número 42007, Bilbao, Universidad de Deusto, pp. 101 y ss; Morales Prats, «Los delitos informáticos: dudas e incertidumbres en el Proyecto de Reforma del Código penal», *Delito e informática: algunos aspectos,* Cuadernos penales José María Lidón, número 42007, Bilbao, Universidad de Deusto, pp. 227 y ss.

28 Véase Morón Lerma, «Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos», pp. 103 y 104.

29 Véase sobre la exigencia de este elemento subjetivo de lo injusto, Rueda Martín, *Protección penal de la intimidad personal e informática,* pp. 81 y ss.

reservados de personas jurídicas, o al hacker que accede al sistema informático de una empresa que almacena secretos de empresa, o al hacker que accede a un sistema informático militar que almacena información relevante de la seguridad interior y exterior del estado, con el simple deseo de cumplir ese reto? Las respuestas tienen que ser negativas si se realiza una interpretación teleológico sistemática del posible apartado 3º del artículo 197 del Código penal. Al mismo tiempo se plantea otro interrogante: ¿es necesario vincular un tipo penal como el indicado a la protección penal de bienes jurídicos como la intimidad personal y familiar, el patrimonio, etc., para legitimar la intervención del Derecho penal? Para tratar estas cuestiones vamos a abordar el estudio del bien jurídico protegido en un tipo penal que castigue el acceso ilícito a un sistema informático.

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ACCESO ILÍCITO A UN SISTEMA INFORMÁTICO

Como se ha apuntado al comienzo desde un punto de vista político criminal se plantea la duda sobre la necesidad de criminalizar las conductas de hacking, si no van acompañadas de un ulterior fin relevante penalmente añadido al mero deseo de curiosidad y/o de demostración de pericia informática en el hacker. Algunos autores, como Morón Lerma, sí exigen la necesidad de añadir un fin ilícito a estas conductas de hacking para que intervenga el Derecho penal, de modo que estas conductas de simple acceso no deberían encontrar una respuesta jurídica en el ámbito del Derecho penal sino en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, como, por ejemplo, en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos Personales[30]. El tratamiento de esta cuestión nos obliga a plantearnos cuál es el bien jurídico protegido en la tipificación como delito de estos comportamientos de hacking, que nos condicionará después la respuesta a cuestiones tales como la exigencia de una finalidad jurídico penalmente añadida al simple deseo de curiosidad y/o

[30] Véase Morón Lerma, *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, pp. 74 y ss.
Sin embargo, no desconoce esta autora que la tutela ofrecida por la LOPDP y sus Reglamentos de desarrollo se proyecta sólo sobre un sector de la delincuencia informática y, por tanto, y en esa medida, deviene insuficiente. A juicio de dicha autora esta Ley puede ser un cauce idóneo para sancionar buena parte de las conductas de hacking; véase, la misma, ob. cit., pp. 76, 77 y 78.

de demostración de pericia informática en el hacker y si es necesario adelantar la barrera de intervención del Derecho penal para tipificar las conductas de hacking como un delito autónomo.

Antes de comenzar conviene poner de relieve qué propuestas de bien jurídico protegido se han realizado en aquellos países que han adoptado en su legislación penal este comportamiento de accesos ilícitos a sistemas informáticos. Por ejemplo, Fiandanca y Musco en Italia consideran que se protege un interés que se sintetiza en la exigencia de que el uso de un sistema informático se produzca en unas condiciones de libertad y autonomía tales que permitan la integridad y la reserva del sistema mismo y de los datos allí recogidos; el bien jurídico protegido en el artículo 615 ter del Código penal italiano es el denominado "domicilio informático" entendido como la extensión virtual del sujeto titular de un sistema informático[31]. En Alemania el bien jurídico protegido en el § 202a del Código penal es una cuestión discutida. Möhrenschlager apunta que lo que se protege es un interés formal en la conservación del secreto de la persona autorizada a disponer sobre el almacenado y transmisión de los datos, que pone de manifiesto tal interés mediante el aseguramiento. Sin embargo, a su juicio, no es preciso que los datos protegidos constituyan secretos en sentido material, dejando abierta el legislador la cuestión de si se protegen también los intereses del individuo afectado por el contenido de los datos[32]. Por su parte Schünemann señala que el bien jurídico protegido en este tipo delictivo es el poder de disposición sobre la información contenida en los datos. En opinión de este autor el § 202a no presupone en particular una lesión del ámbito secreto o vital personal, sino que protege también intereses económicos o de otra clase[33].

La cuestión en torno a cuál es el bien jurídico protegido en esta clase de comportamientos no es pacífica ni en la doctrina ni en el legislador. Morón Lerma estima que asistimos a «un nuevo valor social, un interés de nuevo cuño, cifrado en la seguridad de los sistemas informáticos, o en la seguridad informática, o en la seguridad en el funcionamiento de dichos sistemas informáticos». A juicio de esta autora «parece emerger un

---

31 Véanse Fiandanca, Musco, *Diritto penale, Parte speciale, Volume II, tomo primo, I delitti contro la persona*, 1ª ed., Zanichelli editore, Bologna, 2006, pp. 244 y 245; Garofoli, *Manuale di diritto penale, Parte speciale II,* Dott. A. Giufrè Editore, Milano, 2005, p. 209.

32 Véase Möhrenschlager, «El nuevo Derecho penal informático en Alemania», *Delincuencia informática,* Mir Puig (Comp.), PPU, Barcelona, 1992, p. 137.

33 Véase Schünemann, «§ 202a», núm. marginal 2, pp. 65 y 66.

interés difuso, inmaterial, digno de tutela, pero que, en ningún caso, puede ser identificado, apriorísticamente, con un bien jurídico merecedor de protección penal»[34]. Otro sector doctrinal considera que la seguridad en los sistemas informáticos es el bien jurídico protegido en estos comportamientos, merecedor de protección penal, de carácter supraindividual y difuso[35]. Ahora bien, con carácter general, estas definiciones de bienes jurídicos que hacen referencia a la seguridad se caracterizan, de una manera explícita o implícita, por la descripción de una situación de ausencia de riesgos o de lesión para determinados bienes jurídicos como en este caso el patrimonio, la capacidad competitiva de la empresa, la propiedad intelectual, la intimidad personal y familiar, etc. Sin embargo, el valor de la seguridad como bien jurídico no le dota de autonomía, es decir, le impide atribuir a este substrato un valor homogéneo, unitario y autónomo porque no hay una seguridad en sí misma si no es puesta en relación con estos otros bienes jurídicos[36],[37].

Un sector doctrinal va más lejos y ha afirmado la existencia de un nuevo bien jurídico protegido, estrictamente informático, que es objeto de lesión o puesta en peligro en todos los delitos informáticos: la confiden-

---

[34] Véase Morón Lerma, *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, p. 85; la misma, «Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos», p. 106.

[35] Véanse Gutiérrez Francés, *Fraude informático y estafa*, Madrid, 1991, pp. 619-620; la misma, «El intrusismo informático (Hacking): ¿Represión penal autónoma?», p. 1183; Mir Puig, «Sobre algunas cuestiones relevantes del derecho penal en internet», *Internet y Derecho penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 303.

[36] Como apunta González Rus «tal como aparece concebida y formulada, la seguridad informática no tiene aún, a mi juicio, un contenido sustancial lo suficientemente elaborado y preciso como para permitir una construcción certera de la tutela penal. Prueba de ello es que unas veces se la relaciona con el honor, el patrimonio y la intimidad, y otras, además, con la libertad de información, el secreto de las comunicaciones, la libertad de expresión, etcétera, lo que dice bastante de la ambigüedad del concepto»; véase González Rus, «Precisiones conceptuales y político-criminales sobre la intervención penal en Internet», *Delito e informática: algunos aspectos,* Cuadernos penales José María Lidón, número 42007, Bilbao, Universidad de Deusto, p. 21.

[37] Asimismo indica Soto Navarro que las propuestas doctrinales que conceptualizan los bienes jurídicos colectivos en torno a la idea de protección de expectativas de seguridad y confianza, renuncian a la búsqueda de criterios objetivos que permitan fijar el daño social y consideran motivo suficiente para incriminar la aparición de actitudes de preocupación generalizada ante cierto tipo de conductas. A su juicio estas concepciones no garantizan la lesividad verificable en el caso concreto del comportamiento verificado; véase Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna,* Comares, Granada, 2003, p. 236.

cialidad, integridad y disponibilidad de los datos y sistemas informáticos, de manera que estaremos ante un delito informático cuando se realice una conducta que lesione o ponga en peligro dicho bien jurídico[38]. Este objeto de protección se encuentra expresado en el preámbulo del Convenio del Consejo de Europa sobre Cibercriminalidad (Budapest, 23 de noviembre de 2001), donde se indica que «*es necesario para prevenir las acciones que suponen un atentado a la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los sistemas informáticos, redes y datos, así como el uso fraudulento de tales sistemas, redes y datos, velando por la incriminación de aquellos comportamientos descritos en el presente convenio*». Asimismo en la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, titulada "Seguridad de las redes y de la información: propuesta para un enfoque político europeo" se define la seguridad de las redes y de la información como «*la capacidad de las redes o de los sistemas de información para resistir, con un determinado nivel de confianza, todos los accidentes o acciones malintencionadas que pongan en peligro la disponibilidad, autenticidad, integridad y confidencialidad de los datos almacenados o transmitidos y de los correspondientes servicios que dichas redes ofrecen o hacen accesibles*». Además estudios técnicos sobre seguridad informática recogen la necesidad de proteger la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y de los sistemas informáticos[39].

Desde mi punto de vista esta es la línea correcta para definir el bien jurídico protegido en la tipificación de las conductas que consisten en un acceso ilícito a sistemas informáticos, si bien es cierto que es necesario distinguir, por un lado, la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos y, por otro lado, de los datos propiamente dichos. En nuestro Código penal ya se protege la obtención, la utilización o modificación de los datos que se almacenen en un sistema

---

[38] Véanse Rodríguez Mourullo, Alonso Gallo, Lascuraín Sánchez, «Derecho penal e internet», p. 260, 261, 262 y 269; Sieber, «Legal Aspects of Computer-Related Crime in the Information Society —Comcrime-Study—, prepared for the European Commission by Frof. Dr. Ulrich Sieber, versión de enero de 1998, p. 42, se refiere también a la integridad del sistema informático que resulta vulnerada con estas conductas de hacking.

[39] Véanse Ribagorna Garnacho, «Seguridad de las tecnologías de la información», *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información,* Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 307 y ss.; Longstaff, Ellis, Hernan, Lipson, McMillan, Pesante, Simmel, «Security of the Internet», *The Froehlich/Kent Encyclopedia of Telecommunications*, Marcel Dekker, New York, 1997, vol. 15, pp. 231-255.

informático mediante diversos tipos delictivos en función de la naturaleza de tales datos (artículos 197, 200, 248, 256, 263.2, 270, 278 ó 598 del Código penal), lo que parece sistemáticamente más correcto. Nos vamos a centrar, exclusivamente en la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos, entendiendo por tales, como se indica en el artículo 1 del Convenio del Consejo de Europa sobre Cibercriminalidad «*a todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o unidos, que aseguran, al ejecutar un programa, el tratamiento automatizado de datos*». A continuación indagaremos tanto en la necesidad de la existencia de este bien jurídico protegido como en su autonomía.

El Derecho Penal es un sector del ordenamiento jurídico que tiene encomendada la misión de proteger los bienes vitales fundamentales del individuo y la comunidad, los cuales son elevados por la protección de las normas del Derecho a la categoría de bienes jurídicos[40]. Los bienes jurídicos no tienen una entidad material o física sino que, por el contrario, son valores ideales que se atribuyen por la comunidad social a determinados objetos, cosas, situaciones o relaciones en virtud de su aptitud e idoneidad instrumental para la satisfacción de necesidades individuales y colectivas[41]. Estas necesidades y los intereses que satisfacen ya sean individuales o colectivos son además plurales, variados y, a menudo, también contrapuestos. Sin embargo, el bien jurídico debe ser una entidad libre de conflictos y antagonismos, pues en cuanto instrumento social y políticamente sancionado y dispuesto para la satisfacción de

[40] Véase Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español, Parte General, I. Introducción*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 13.

[41] A los efectos que aquí nos interesan acogemos la noción de necesidad de Terradillos Basoco para quien «las necesidades son expresión de valores y cuanto más universales sean éstos, más radicales serán aquéllas. De otro modo no tendría ningún sentido acudir a este criterio que llevaría a un burdo utilitarismo afectado por las mismas limitaciones que las inherentes a la idea de interés. Pero parece atractivo tomar a la necesidad como punto de referencia, pues ello nos permite, de entrada, eliminar los riesgos de postergación del individuo… o de utilización ético-ideológica del Derecho penal… El concepto de necesidad contiene además elementos de generalidad y contrastabilidad que le hacen especialmente apto para ser la base de un discurso racional». Véase Terradillos Basoco, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº. 63, 1981, p. 137. Más adelante concluye que «una política criminal alternativa que pretenda no ser autoritaria ha de limitarse, hoy, a la defensa, de las posibilidades reales de participación igualitaria y ha de tender, por ello, a la satisfacción del máximo de necesidades del máximo número de ciudadanos»; véase el mismo, ob. cit., p. 140.

necesidades e intereses plurales[42], el bien jurídico, como afirma *Bustos Ramírez*, surge como una síntesis normativa (fijada por el ordenamiento jurídico) de una relación social determinada y dinámica[43]. Lo que interesa salvaguardar, entonces, son las relaciones sociales mismas, la posición concreta que en ella ocupan los individuos, su intermediación con objetos y entes, y sus transformaciones por la interacción social. Los bienes jurídicos, concluye *Bustos Ramírez*, lo que hacen es plasmar de una forma concreta este complejo real social que interesa proteger[44].

Los bienes jurídicos configuran un espacio social que delimita, a su vez, las condiciones necesarias para que otros bienes jurídicos involucrados en dicho espacio, se desenvuelvan correctamente. Cuando estas condiciones necesarias para el desenvolvimiento correcto de los bienes jurídicos se desarrollan con normalidad, posibilitan a los bienes unas mayores posibilidades de rendimiento y aprovechamiento. La normalidad en el desarrollo de estas condiciones necesarias puede, incluso, acarrear la subordinación absoluta de un bien jurídico al cumplimiento de la función social de otro[45]. En este espacio social se puede constatar la existencia de dos clases de bienes jurídicos.

a) Por un lado, existen unos bienes jurídicos de corte clásico cuyas notas más importantes son su fácil determinación, su directa vinculación a la persona en sus relaciones específicas de modo que afectan a las bases mismas de existencia del sistema social, esto es, a las personas y están referidos a las relaciones de una persona con otra, de ahí que sean de tan fácil y elemental delimitación[46]. Estos

---

42 Véase la noción de necesidad en este contexto desarrollada por Terradillos Basoco, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», pp. 136 y ss., siguiendo a A. Heller.

43 Véanse Bustos Ramírez, «Del estado actual de la teoría del injusto», *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, p. 138; Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, *Lecciones de Derecho penal*, Parte General, Editorial Trotta, Madrid, 2006, pp. 71 y ss.

44 Véase Bustos Ramírez, «Política criminal e injusto. (Política criminal, bien jurídico, desvalor de acto y de resultado)», *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, p.166.

45 Véase sobre estas tesis, más ampliamente, Gracia Martín, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 215 y ss., 216 y ss, 224 y ss.

46 Véase Bustos Ramírez, «Perspectivas actuales del Derecho Penal Económico», *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Profesor Dr. D. Juan del Rosal,* Editorial Revista de Derecho privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, pp. 213 y 214.

bienes jurídicos, con carácter general, no admiten quedar involucrados en el quehacer cotidiano de las relaciones sociales y este es el motivo por el que sus afecciones suelen ser de carácter estrictamente personal y puntual[47]. En efecto, la vida, la intimidad personal y familiar o el patrimonio son bienes jurídicos que responden a tales características y que se denominan bienes jurídicos individuales.

b) No obstante, por el dinamismo que ha adquirido la sociedad moderna se han ido configurando unos bienes jurídicos que presentan múltiples dificultades para su determinación y que han recibido la denominación de "bienes jurídicos colectivos"[48]. Una nota característica de estos bienes jurídicos, entre otras[49], es que éstos están ligados al funcionamiento del sistema ya que no se trata sólo de relaciones sociales básicas dentro del sistema y configuradoras del orden social[50]. Ahora bien, estos bienes jurídicos no constituyen una categoría que está por encima del individuo o que va más allá de él, sino que hay «que definirlos a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad con el funcionamiento del sistema social»[51]. Este grupo de bienes jurídicos aparecen como

---

47 Véase Bustos Ramírez, «Los bienes jurídicos colectivos. (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº. 11, p. 158. Naturalmente determinados bienes jurídicos, ya sean estos individuales o colectivos, pueden resultar afectados al encontrarse involucrados de un modo consustancial en una actividad social valorada positivamente por la utilidad general que reporta. Estas afecciones no constituyen un desvalor penal del resultado porque son socialmente adecuadas. Sobre esta tesis, véanse, Rueda Martín, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, J. Mª. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 247 y ss., 251 y ss., 278 y ss.; Gracia Martín, «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 06-07 (2004)*, pp. 17 y ss.

48 Se ha optado por esta denominación bastante utilizada en la doctrina frente a otras denominaciones porque, como indica Soto Navarro, el adjetivo "colectivo" denota la dualidad de "ser perteneciente o relativo a cualquier agrupación de individuos"; véase Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, pp. 193 y 194.

49 Sobre las características de los bienes jurídicos colectivos, véase el estudio de Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, pp. 193 y ss.

50 Véase Bustos Ramírez, «Los bienes jurídicos colectivos. (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)», p. 158.

51 Véase Bustos Ramírez, «Los bienes jurídicos colectivos. (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)», p. 159.

complementarios, desde una perspectiva material, de otros bienes jurídicos que no tienen que ser, exclusivamente, individuales; es decir, tienen que prestar una serie de utilidades a otros bienes jurídicos[52]. La función de los bienes jurídicos colectivos, de prestar utilidades a otros bienes jurídicos, a juicio de *Gracia Martín*, se bifurca en dos direcciones, de modo que podemos hablar de una doble función según que contemplemos los aspectos de ésta que podemos llamar, respectivamente, negativo y positivo[53]. Por un lado, hay que destacar una función negativa de contención de riesgos para determinados bienes jurídicos reconocida, unánimemente de forma implícita o explícita, en la doctrina lo que explica su relación de complementariedad[54]. Por otro lado, existe asimismo una función positiva de creación y configuración de espacios que delimiten las condiciones en las que los bienes jurídicos a los que complementan pueden cumplir realmente una función social para todos los ciudadanos y que les dota de autonomía[55]. Ambas funciones están estrechamente entrelazadas y sólo por razones expositivas se distinguen. Tampoco debe olvidarse que una vez reconocido por el ordenamiento un bien jurídico colectivo, con carácter general, debe

---

52 Véase Bustos Ramírez, «Los bienes jurídicos colectivos. (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)», p. 159. Este autor, sin embargo, se refiere a la relación de complementariedad entre los bienes jurídicos individuales y los colectivos. A mi juicio dicha relación de complementariedad se establece con carácter general entre los bienes jurídicos colectivos y otros bienes jurídicos ya sean individuales o colectivos.
Una consecuencia de esta nota de los bienes jurídicos colectivos es la vertiente positiva del carácter indisponible de dichos bienes jurídicos, contemplada como la posibilidad de aprovechamiento por todos, sin que nadie pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual obstaculice ni impida el aprovechamiento por otros; véase Hefendehl, *Grund un Grenzen des Schutzes kollektiver Rechtsgüter im Strafrecht,* Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 2002, pp. 21, 126-128.

53 Véase Gracia Martín, «Nuevas perspectivas del Derecho penal tributario. (Las "funciones del tributo" como bien jurídico)», *Actualidad Penal, nº. 10, 1994,* pp. 210 y 211. En la p. 211, nota 103, pone como ejemplo de bien jurídico colectivo la seguridad e higiene en el trabajo, pues no sólo cumple una función negativa de contención de riesgos para los bienes vida, integridad física y salud, sino la positiva de delimitar un espacio social en que dichos bienes más allá de su existencia material alcancen la calidad adecuada a la dignidad humana.

54 Véase Bustos Ramírez, «Los bienes jurídicos colectivos. (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)», pp. 158 y ss.

55 La doctrina mayoritaria se pronuncia a favor de la autonomía de los bienes jurídicos colectivos. Como ha afirmado Soto Navarro la función social de los bienes jurídicos colectivos permite conceptuarlos de forma autónoma; véase Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna,* p. 231.

admitirse su independencia y su posibilidad de lesión sin necesidad de exigir un efecto simultáneo sobre bienes jurídicos individuales.

El bien jurídico aludido y que se refiere a la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos constituye una barrera de contención de riesgos para otros bienes jurídicos que se puedan encontrar involucrados en la función social que desempeñen tales sistemas y redes informáticos: la intimidad personal y familiar, el patrimonio, etc.[56]. Así, por ejemplo, el bien jurídico intimidad personal y familiar puede encontrarse involucrado en la función social que desempeña el bien jurídico relativo a la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos. Con respecto al bien jurídico intimidad personal y familiar, el Código penal organiza un sistema de tipos delictivos recogidos en el artículo 197. En el apartado 2 de este tipo delictivo[57], la protección penal de la intimidad personal y familiar se lleva a cabo a través de unas acciones consistentes, por una parte, en el acceso y la alteración o, por otra parte, en el acceso y la utilización de los datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado por parte de una persona no autorizada, de manera que se realizará la conducta típica del artículo 197.2 del Código penal siempre y cuando se actúe "en perjuicio del titular de los datos o de un tercero". Estas conductas lesionan el bien jurídico intimidad personal y familiar de una típicamente relevante[58], pero también hay que constatar que con tales compor-

[56] En relación con el bien jurídico definido como la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos y sistemas informáticos, Mourullo, Alonso y Lascuraín apuntan que éste «tiene un carácter instrumental con respecto a otros intereses jurídicamente relevantes, sean éstos objeto directo de protección por el derecho penal o no»; véanse Rodríguez Mourullo, Alonso Gallo, Lascuraín Sánchez, «Derecho penal e internet», p. 261. Véase también la exposición realizada en la p. 269.

[57] En el artículo 197.2 se establece que: «*2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán, a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero*».

[58] Véase Rueda Martín, *Protección penal de la intimidad personal e informática,* p. 77. En este ejemplo, en la medida que se encuentra involucrado el bien jurídico intimidad personal y familiar en estos comportamientos a través de la alteración de los datos reservados contenidos en ese sistema informático, el simple acceso al sistema informático constituirá

tamientos se produce la lesión de la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los sistemas informáticos mediante el simple acceso a los mismos, tanto si se realiza en perjuicio del titular de los datos o de un tercero como si se realiza con la finalidad de descubrir fallos o puertas falsas en dichos sistemas informáticos que albergan archivos de datos reservados. Si se registran unos datos reservados de carácter personal o familiar de una persona en un fichero telemático, la protección del bien jurídico intimidad personal y familiar se reforzará y se asegurará si se protege penalmente la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad del sistema que albergue dicho fichero. Lo mismo sucede respecto al bien jurídico relativo a la capacidad competitiva de la empresa, dada la posición ventajosa en las relaciones del tráfico económico que ostenta el titular de la información, entendida como valor económico[59], protegido en el artículo 278.1[60], el patrimonio protegido en el artículo 264.2[61] del Código penal o incluso la seguridad y/o defensa nacional en relación con el artículo 598 del Código penal[62].

---

una tentativa del artículo 197.2 del Código penal, si concurre el elemento subjetivo de lo injusto indicado.

59 Véase Morales Prats/Morón Lerma, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Quintero Olivares (Dir.)/Morales Prats (coord.), Aranzadi, Pamplona, 4ª ed., 2005, p. 1415.

60 El artículo 278.1 del Código penal establece que «*El que, para descubrir un secreto de empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses*». El empleo de alguno de los medios descritos en el artículo 197.1 puede suponer el acceso al sistema informático de una empresa que almacene datos o documentos electrónicos que contengan secretos de la misma. Como sucedía con el tipo comentado anteriormente (artículo 197.2) si en esta acción no concurre el elemento subjetivo de descubrir un secreto de empresa, quedará impune dicho acceso.

61 El artículo 264.2 del Código penal establece que «*La misma pena se impondrá al que por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos*». Respecto del bien jurídico protegido en el citado precepto es necesario indicar que hay una discusión doctrinal, ya que entre otras opiniones un sector estima que es el patrimonio [véanse, por ejemplo, González Rus, «Daños a través de internet y denegación de servicios», p. 1471; Mata y Martín, *Delincuencia informática y Derecho penal*, Edisofer, Madrid, 2001, pp. 77 y ss.], mientras que otro sector considera que se protege la integridad o disponibilidad de los datos y sistemas informáticos [véanse, por ejemplo, Rodríguez Mourullo, Alonso Gallo, Lascuraín Sánchez, «Derecho penal e internet», pp. 282 y ss.].

62 En relación con este bien jurídico, véase, Morales García, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Quintero Olivares (Dir.)/Morales Prats (coord.), Aranzadi, Pamplona, 4ª ed., 2005, p. 2558.
El artículo 598 del Código penal establece que «*El que, sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, se procurare, revelare, falseare o inutilizare información legalmente calificada*

En estos ejemplos y en otros se pone de relieve que los mencionados bienes jurídicos se verán más protegidos en tanto en cuanto se garantice la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos en los que se involucren. Este bien jurídico actúa como una barrera de contención de riesgos para otros bienes jurídicos como los citados. Ahora bien como se ha indicado antes, para que un objeto, situación o relación adquiera la categoría de bien jurídico colectivo es preciso que, además de esa función negativa de contención de riesgos, cumpla una función positiva de creación y configuración de espacios que delimiten las condiciones en que los bienes jurídicos a los que complementan puedan cumplir realmente su función social[63]. Vamos a analizar a continuación si el bien jurídico que estamos estudiando desarrolla esta función positiva.

Si nos detenemos en el funcionamiento del sistema social en la actualidad es innegable la importancia que han adquirido las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC´s), con la utilización de redes y sistemas de tratamiento de la información, como medio de crecimiento económico y desarrollo social[64]. Las TIC´s se han esténdido y se han enraizado en nuestras modernas sociedades de tal manera que han conformado unas estructuras y unas relaciones comerciales, administrativas, laborales, formativas, etc., que trascienden el ámbito estrictamente económico y que son radicalmente nuevas[65]. La generalización de las TIC´s ha permitido la aparición de nuevos escenarios como, por ejemplo, el comercio electrónico (*e-commerce*), el acercamiento de los

como reservada o secreta, relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años».

63 Véase Gracia Martín, «Nuevas perspectivas del Derecho penal tributario. (Las "funciones del tributo" como bien jurídico)», pp. 210-211.

64 Véanse Romeo Casabona, *Poder informático y seguridad jurídica. La función tutelar del derecho penal ante las Nuevas Tecnologías de la Información,* Fundesco, 1987, Madrid, pp. 19 y ss.; Gutiérrez Francés, «Delincuencia económica e informática en el nuevo Código penal», pp. 250 y 274. Al comienzo de la Exposición de Motivos de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (BOE de 23 de junio de 2007), se indica que «las tecnologías de la información y las comunicaciones están afectando también muy profundamente a la forma e incluso al contenido de las relaciones de los seres humanos entre sí y de las sociedades en que se integran».

65 Véase Ribagorna Garnacho, «Seguridad de las tecnologías de la información», p. 310. Estas estructuras y relaciones se pueden mantener mediante el ordenador e internet, pero también mediante SMS o la Televisión Digital. En cualquier caso en un futuro más o menos inmediato pueden aparecer otros canales que aún no están disponibles hoy en día.

bancos a los clientes (*home-banking),* la gestión electrónica de los recursos de las empresas (*e-management*) o la gestión doméstica (*domótica*)[66]. En estos escenarios se involucran bienes jurídicos tales como el patrimonio, la intimidad personal y familiar o la capacidad competitiva de la empresa, de manera que los sistemas de información y comunicación permiten su desarrollo en las modernas sociedades.

Nuestra organización social (la Administración pública, el sistema financiero, el sistema sanitario, las infraestructuras básicas de transporte, las empresas, los particulares, etc.) ha pasado a depender de forma extraordinaria de unos sistemas y redes informáticos, por lo que de los riesgos que se derivan de su vulnerabilidad[67] ha surgido, consecuentemente, un interés en la seguridad de la utilización de las TIC´s, que se encuentra expresado, por ejemplo, en la reciente Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos de la siguiente manera, de modo que con carácter general, el Derecho al proteger las TIC´S reconoce su valor social positivo como necesario y vinculante para un correcto funcionamiento del sistema social. En el artículo 1.2 se establece que «*las Administraciones Públicas utilizarán las tecnologías de la información de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley, asegurando la disponibilidad, el acceso, la integridad, la autenticidad, la confidencialidad y la conservación de los datos, informaciones y servicios que gestionen en el ejercicio de sus competencias*». Asimismo en el artículo 3.3 se dispone como fin de la mencionada Ley, «*crear las condiciones de confianza en el uso de medios electrónicos, estableciendo las medidas necesarias para la preservación de la integridad de los derechos fundamentales, y en especial los relacionados con la intimidad y la protección de datos de carácter personal, por medio de la garantía de la seguridad de los sistemas, los datos, las comunicaciones, y los servicios electrónicos*»[68].

---

[66] Véase Salom Clotet, «Delito informático y su investigación», *Delitos contra y a través de las nuevas tecnologías. ¿Cómo reducir su impunidad?,* Velasco Núñez (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 93 y ss.

[67] Rodríguez Mourullo, Alonso Gallo, Lascuraín Sánchez señalan asimismo que «los estudios doctrinales y los informes de agencias internacionales y de organizaciones públicas y privadas han advertido una y otra vez sobre los riesgos derivados de la vulnerabilidad de unos sistemas y redes informáticos de los que toda la organización social (el sistema financiero, las infraestructuras básicas, las empresas, los organismos públicos, los particulares) ha pasado a depender de forma extraordinaria»; véanse los mismos, «Derecho penal e internet», p. 257.

[68] En la reciente Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos se contempla como uno de sus principios generales en el artículo 4, f)

La utilización de las TIC´s en los ámbitos reseñados ha conducido al surgimiento de unos intereses que tienen unas notas comunes. Por una parte, los particulares tienen interés en que se proteja la integridad o la confidencialidad de los sistemas informáticos al margen de los contenidos de naturaleza personal o patrimonial que se almacenen en los mismos[69], como un instrumento que facilita sus relaciones sociales, económicas, etc. También las empresas tienen en los modernos sistemas informáticos un instrumento que facilita y potencia su actividad económica y que supone una notable ventaja competitiva en el mercado[70], y tienen interés en que se proteja no sólo el contenido de la información que almacenan, sino además la confidencialidad y la integridad de dicho sistema. Del mismo modo, los organismos públicos tienen interés en la protección de los sistemas informáticos que almacenan los datos personales de todo tipo o que regulan las relaciones de las distintas administraciones con los administrados, fundamental para el debido funcionamiento de las mismas. Además de este interés generalizado debemos observar que la realización de diversas operaciones económicas, financieras, empresariales, laborales, administrativas, etc. por parte de los usuarios tiene que llevarse a cabo de una forma práctica pero segura, es decir, garantizando tanto la disponibilidad del sistema informático como la identidad o la autenticación de la persona que accede a dicho sistema. Los usuarios (administrados, empresas, etc.) tienen interés en que cumpliendo unos determinados requisitos se pueda acceder a dichos sistemas informáticos para llevar a cabo aquellas operaciones que sean relevantes, sin que se interpongan demasiados obstáculos. En suma nos encontramos con la convergencia de todos estos intereses que explican, por una parte, la función social de los sistemas de información y comunicación como importantes herramientas de crecimiento y desarrollo económico y social; y, por otra parte, explican la demanda de medidas de seguridad de carácter técnico y de organización en su utilización, que incluyen mecanismos y prácticas profesionales que permiten tanto un uso

el «principio de seguridad en la implantación y utilización de los medios electrónicos por las Administraciones Públicas».

69 Véase Gutiérrez Francés, «Delincuencia económica e informática en el nuevo Código penal», p. 301.

70 Véase Gutiérrez Francés, «Delincuencia económica e informática en el nuevo Código penal», p. 274, quien destaca que la informatización para las empresas implica contabilidades, carteras de clientes, balances, informes y proyectos empresariales, estrategias de mercado, procedimientos económicos o tecnológicos de carácter reservado, o datos de investigación y desarrollo de tecnología.

continuado de las tecnologías como el establecimiento de acciones destinadas a interrumpir o sabotear su funcionamiento o la interpretación de datos elaborados y tratados por otros[71].

Esta seguridad en la utilización de los sistemas informáticos de forma más o menos generalizada se manifiesta en la confidencialidad, integridad y la disponibilidad de los sistemas de comunicación e información[72], y que constituye propiamente el bien jurídico a proteger en la tipificación de conductas de acceso ilícito a sistemas informáticos. La integridad de un sistema informático alude a su utilización con las pertinentes modificaciones del contenido de la información almacenada en el sistema por parte de la/s persona/s autorizada/s. La confidencialidad de dicho sistema se basa en que su utilización corresponde exclusivamente a la/s persona/s autorizada/s. La disponibilidad hace referencia al control sobre la utilización de un determinado sistema por parte de la/s persona/s autorizada/s. De esta manera cuando un hacker penetra ilícitamente en un sistema informático ajeno, tanto si se han infringido medidas de carácter técnico como si no ha sido así, se encuentra en un espacio, el propio sistema, en el que su integridad se ha visto afectada porque la sola entrada y el consiguiente uso del sistema da lugar a modificaciones en los datos del mismo, junto con las alteraciones de tales datos para intentar borrar los rastros que pudieran identificarles. Asimismo la confidencialidad del sistema se ve afectada si se utiliza por parte de una persona que no está autorizada. Finalmente la disponibilidad del sistema se afecta cuando penetra una persona no autorizada. Se puede constatar que en estos supuestos de accesos ilícitos a un sistema informático se vulnera el bien jurídico expuesto con independencia de las ulteriores finalidades que haya perseguido el hacker con tales entradas.

Se suele afirmar, con carácter general, que estas conductas de hacking blanco son más beneficiosas que perjudiciales ya que revelan las deficiencias de los sistemas informáticos a los encargados de la seguridad de los mismos, a quienes también se favorece con la posterior comunicación de tales deficiencias con el fin

---

71 Sobre esta demanda de medidas de seguridad de carácter técnico y de organización, véase Morón Lerma, *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, p. 48. En cuanto a las medidas de seguridad, desde un punto de vista técnico, véase la exposición realizada por Huidobro Moya/Roldán Martínez, *Seguridad en redes y sistemas informáticos*, Thomson Paraninfo, 2005.

72 Véase Ribagorna Garnacho, «Seguridad de las tecnologías de la información», pp. 312 y 313.

de fortalecer la seguridad de los mencionados sistemas. Al respecto cabe señalar, en primer lugar, que este argumento sólo es atendible si el hacker, una vez descubierta la vulnerabilidad de un sistema y producido el acceso, informa directamente a los administradores o a los encargados de la seguridad de los sistemas. El problema se centra más bien en que cuando se descubre una vulnerabilidad en un sistema aparece el denominado "exploit", que en el entorno hacker se refiere al método concreto de explotar una vulnerabilidad. Normalmente un "exploit" se presenta como un programa, que puede estar creado en cualquier lenguaje, y que aprovecha algún error del sistema operativo, por ejemplo, para obtener los privilegios del administrador y así tener un control total del sistema[73]. Estos "exploits" se publican en webs especializadas por lo que se difunden las vulnerabilidades descubiertas a través de diversas vías como los canales IRC (Internet Relay Chat) que los hackers establecen para dar a conocer sus accesos y sus operaciones, pero antes de publicarse se ofrece un tiempo a los administradores de los sistemas para que solucionen las vulnerabilidades descubiertas. La licitud de esta forma de proceder puede aceptarse porque, por una parte, muchas empresas de productos de seguridad disponen de bases de datos actualizadas con las vulnerabilidades, su descripción técnica y su solución. Por otra parte, los fabricantes de programas deben actualizar sus productos constantemente para evitar las vulnerabilidades que se van descubriendo[74] ya sea por sí mismos o por la comunicación de algún hacker. Lo que no puede aceptarse es que se haya descubierto la vulnerabilidad de un sistema y producido el acceso, no se informe de ningún modo a los administradores o a los encargados de la seguridad de los sistemas.

En segundo lugar, este mismo fin de encontrar fallos en los sistemas informáticos y de fortalecer, así, la seguridad de los sistemas informáticos, se consigue con la disposición de las necesarias medidas de seguridad de carácter técnico y de organización por parte de las empresas competentes, por lo que la función que un hacker ajeno al sistema realice se desempeñaría igualmente por personal adecuado y con garantías. En ocasiones se argumenta también que el hacking suele ser una actividad de estudio o de investigación y que por este motivo resulta exagerado criminalizar a aquellos hackers que persiguen únicamente aprender. Si se realizan estas actividades de estudio y de investigación puede solicitarse una autorización al administrador o encargado del sistema

[73] Véase Piqueres Castellote, «Conocimientos básicos en internet y utilización para actividades ilícitas», p. 62.

[74] Véase Piqueres Castellote, «Conocimientos básicos en internet y utilización para actividades ilícitas», p. 62.

informático, por lo que ya no sería un acceso ilícito siempre y cuando se cumplieran todos los requisitos para los que se otorga dicha autorización.

Del desarrollo de la función positiva del bien jurídico relativo a la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los sistemas informáticos se derivan algunas consecuencias que exponemos a continuación. En primer lugar, se justifica que no sea necesario añadir ninguna finalidad ilícita adicional a las conductas de hacking para que intervenga el Derecho penal, porque para constatar una perturbación en la función social del bien jurídico indicado no es necesario que concurra una finalidad específica adicional referida a la involucración de otros bienes jurídicos en el contexto en el que aquél desarrolle su función positiva. La existencia de una finalidad adicional nos ayudará sólo a delimitar los comportamientos ilícitos que se centran en la "información" almacenada, tratada y transmitida mediante un sistema informático[75], pero a mi juicio no es necesaria para delimitar las acciones que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico relativo a la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los sistemas informáticos. Este bien merece la protección del ordenamiento jurídico y dada la importante función social que desempeña, se legitima la intervención del Derecho penal en su protección, así como en la represión de aquellos comportamientos que lo lesionen[76]. En segundo lugar, la incorporación de ulteriores exigencias objetivas para incriminar las conductas de hacking, como la vulneración de las medidas de seguridad del sistema, puede ser admitida desde un punto de vista político criminal como manifestación de una mayor gravedad de tales comportamientos.

---

[75] Véase Gutiérrez Francés, «Delincuencia económica e informática en el nuevo Código penal», pp. 274 y 275.

[76] Con la exposición que ha precedido a estas conclusiones se ha intentado responder a una pregunta central que ha planteado claramente González Rus: «si la informática e internet suponen factores de peligro adicional para los derechos e intereses individuales y sociales que no estén cubiertos (y que no puedan ser cubiertos) con la aplicación (y, eventualmente, con la complementación y ampliación) de las figuras delictivas actualmente disponibles dirigidas a la protección de bienes jurídicos personales, colectivos y generales. Sólo a partir de ahí podrá determinarse si es necesaria para la tutela de los bienes e intereses implicados en las redes de transmisión de datos e internet la creación de "nuevos" bienes jurídicos específicos de naturaleza informática»; véase González Rus, «Precisiones conceptuales y político-criminales sobre la intervención penal en Internet», p. 31.

IV. PROPUESTA POLÍTICO CRIMINAL SOBRE LA CONSIDERACIÓN COMO DELITO DEL ACCESO ILÍCITO A UN SISTEMA INFORMÁTICO

1. Necesidad de la represión penal autónoma de las conductas de accesos ilícitos a sistemas informáticos

Una vez fundamentada la existencia y la autonomía del bien jurídico relativo a la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los sistemas informáticos, debemos apuntar argumentos que justifiquen la necesidad de represión penal autónoma de estas conductas de hacking. En este sentido encontramos los siguientes:

En primer lugar, cabe destacar la importancia de proteger penalmente y no sólo administrativamente la función social que desempeña el bien jurídico relativo a la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los sistemas informáticos. Ya hemos explicado que nuestra organización social (la Administración pública, el sistema financiero, el sistema sanitario, las infraestructuras básicas de transporte, las empresas, los particulares, etc.) ha pasado a depender de forma extraordinaria de la utilización de unos sistemas y redes informáticos, como medio de crecimiento económico y desarrollo social. En los últimos años el Derecho ha desplegado una regulación y protección de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, y ha reconocido su valor social positivo como necesario y vinculante para un correcto funcionamiento del sistema social. Consecuentemente ha surgido también un interés en la seguridad de la utilización de las TIC´s desde diversos ámbitos, que se concreta en la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los sistemas informáticos como bien jurídico protegido dotado de autonomía y que, además, sirve de barrera de contención de riesgos para otros bienes jurídicos que puedan verse implicados en la utilización de sistemas y redes informáticos.

En segundo lugar, elevar a la categoría de delito en nuestro Código penal esta clase comportamientos que consisten en acceder de manera ilícita a sistemas informáticos, supone una obligada armonización penal en este ámbito de nuestra legislación con la dispuesto en otros estados de la Unión Europea, en consonancia con lo establecido en la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo de la Unión Europea de 24 de febrero

de 2005 relativa a los ataques contra los sistemas de información y del Convenio del Consejo de Europa sobre Cibercriminalidad de 23 de noviembre de 2001. Dicha armonización es necesaria además porque en estos comportamientos podemos encontrar una nota que le añade un especial grado de peligrosidad: su conexión internacional o transfronteriza, de modo que sus actuaciones pueden ir más allá de un ámbito geográfico concreto, y resulta sorprendente que en algún territorio un acceso ilegal a sistemas informáticos con independencia de la finalidad que haya tenido quien accede, resulte impune.

En tercer lugar, hay que tener en cuenta que, como afirma Romeo Casabona, el ciberespacio presenta unos perfiles de gran interés para el Derecho penal entre los que destaca la potencialidad multiplicadora de las acciones ilícitas y de sus efectos lesivos para los bienes jurídicos afectados[77]. Esta característica se puede apreciar con especial intensidad en las conductas de hacking, que como ha puesto de relieve un sector doctrinal tienen un efecto criminógeno[78]. Por ello y con carácter general, la informática se presenta en las sociedades modernas como una de las posibles fuentes de riesgos necesitados de control, y dada la gravedad de sus repercusiones sobre diferentes bienes jurídicos se legitima la intervención del Derecho penal.

2. Sistema de criminalización

Si nos planteamos el sistema de criminalización de estas conductas de hacking, el Derecho penal puede operar de dos maneras distintas[79]. En

---

[77] Véase Romeo Casabona, «De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal», *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Romeo Casabona coord., Comares, Granada, 2006, p. 4. También destacan, con carácter general, el factor criminógeno del procesamiento electrónico de datos, Sieber, *Computerkriminalität*, 1ª ed., Heymann, Munich, 1977, pp. 158 y ss.; Mata y Martín, *Delincuencia informática y Derecho penal*, p. 17, 24 y ss.; Morón Lerma, *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, p. 75.

[78] Véase respecto de las conductas de hacking, Gutiérrez Francés, «El intrusismo informático (Hacking): ¿Represión penal autónoma?», pp. 1179 y ss.; la misma, «Notas sobre la delincuencia informática: atentados contra la "información" como valor económico de empresa», *Estudios de Derecho penal económico*, Tiedemann/Arroyo Zapatero editores, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, p. 206.

[79] Véase, con carácter general, sobre la tipificación de conductas relacionadas con agresiones en conexión con sistemas informáticos, Romeo Casabona, «Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías», *Poder Judicial*, 2ª época, número 31, 1993, pp. 180 y 181.

primer lugar, mediante tipos específicos o «tipos de equivalencia» que contemplen la incriminación del mero acceso ilícito a sistemas informáticos en cada figura de delito para suplir las posibles insuficiencias. De esta forma se podría tipificar este comportamiento, por ejemplo, en relación con las conductas de los artículos 197, 200, 248, 256, 263.2, 270, 278 ó 598 del Código penal. Esta opción, sin embargo, plantea inconvenientes como el excesivo casuismo que conllevaría y el no adaptarse a la rapidez de los avances tecnológicos que no se previeran en un determinado momento y que impediría aplicar este delito a determinados ámbitos[80].

En segundo lugar, el sistema de criminalización de estas conductas de hacking se puede llevar a cabo a través del establecimiento de un nuevo tipo penal genérico que tipificara como delito el acceso ilícito a sistemas informáticos. Esta opción es la más idónea al adaptarse a las nuevas formas de criminalidad, si bien es cierto que implica buscar un adecuado lugar sistemático en nuestro Código penal. Desde un punto de vista sistemático decidirse por esta segunda opción supone plantearse la necesidad de formular un nuevo título en el Código penal dedicado a la delincuencia informática. Un capítulo de dicho título puede versar sobre los "Delitos contra los sistemas de información", en el que se contemple la protección penal de los sistemas informáticos y que aglutinaría aquellas conductas que lesionan el bien jurídico relativo a la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los sistemas informáticos[81]. Los comportamientos que se pueden estimar como delito pueden ser:

---

[80] Véanse Romeo Casabona, «Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías», p. 181 y sobre la posible intervención del Derecho penal en la red, con carácter general, Álvarez Vizcaya, «Consideraciones político criminales sobre la delincuencia informática: el papel del Derecho penal en la red», *Internet y Derecho penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2002, pp. 268 y ss.

[81] Véase también en un sentido similar la opinión de Morón Lerma que estima que si se introduce este tipo penal, habría que crear un título autónomo que castigue los atentados a los sistemas informáticos, en el que se ubicara éste y otros incidentes relativos a los mismos, como los daños a los datos y a los sistemas; véase Morón Lerma, «Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos», p. 107. Desde mi punto de vista es discutible que en un Título nuevo del Código penal dedicado a los "Delitos contra los sistemas informáticos" se incorporen conductas como las contempladas en el artículo 264.1 tanto del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, de 15 de enero de 2007, como del Anteproyecto de reforma del Código penal, de 14 de noviembre de 2008: «*1. El que sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese, o hiciere inaccesibles datos o programas informáticos ajenos, será castigado, en*

1) Los accesos ilícitos a sistemas informáticos. Por ello proponemos la siguiente tipificación de las conductas de hacking en nuestro Código penal:
«*El que por cualquier medio o procedimiento accediera sin autorización a un sistema de información ajeno o a una parte del mismo, será castigado con penas de prisión de tres meses a un año*».

2) Las conductas que suponen una obstaculización o interrupción del funcionamiento de los sistemas informáticos. En este sentido se puede recoger la propuesta de tipificación de algunas conductas contempladas en el artículo 264.2, 3 y 4 tanto del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, de 15 de enero de 2007, como del Anteproyecto de reforma del Código penal presentado el 14 de noviembre de 2008:
«*2. El que sin estar autorizado y de manera grave obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema de información ajeno, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos, será castigado, atendiendo a la gravedad del hecho, con la pena de prisión de seis meses a tres años. 3. Se impondrá la pena superior en grado a la respectivamente señalada en el apartado anterior y, en todo caso, la pena de multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en las conductas descritas concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.º Se hubiese cometido en el marco de una organización criminal. 2.º Haya ocasionado daños de especial gravedad o afectado a los intereses generales. 4. Cuando los delitos comprendidos en este artículo se hubieren cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de multa del tanto al duplo del perjuicio causado en los supuestos previstos en el apartados 1 y del tanto al décuplo en el supuesto del apartado 2*».

consideración a la gravedad del hecho, con la pena de prisión de seis meses a dos años». Este tema merece una reflexión más profunda al margen de lo estudiado en este trabajo: el bien jurídico protegido en las conductas de acceso ilícito a sistemas informáticos.

EL DELITO DE ORDENADOR

Daniel Ernesto Peña Labrin *

RESUMEN.

El presente artículo de investigación jurídica, tiene por finalidad examinar la problemática de los delitos informáticos; la técnica legislativa que a su vez se ha visto rebasada por la realidad avasallante del siglo XXI, causando alarma social por la cifra negra que cohabita en esta clase de ilícitos penales, que aun se cubren por la afanada impunidad, en relación a las conductas antisociales y delictivas que pululan en el ciberespacio, resaltando las limitaciones de la descripción típica de los delitos informáticos patrimoniales vigentes y la necesidad ineluctable de su ampliación, existiendo conflictos y reservas legales que no están renovados a los indudables reclamos punibles del enjambre colectivo, exigiendo una respuesta inmediata al Derecho Penal, como mecanismo de control formal de la criminalidad informática.

PALABRAS CLAVE:

Ius Cibernética, Delitos Informáticos, Derecho Informático, Informática Jurídica, Seguridad Informática y Prevención.

SUMARIO:

1. Notas Preliminares **2.** Problemática **3.** Delito de Ordenador **4.** Reservas Legales **5.** Conflicto Jurídico-Sociológico **6**. Conclusiones **7**. Referencias Bibliográficas.

* Abogado & Sociólogo-UIGV, Lima- Perú, Investigador permanente, Premio Excelencia Académica (1995-1999), Magíster en Derecho Penal- UNFV (2009), Diploma de Post Grado en Derecho Informático y Comercio Electrónico-UIGV (2004); Diploma de Honor por la Participación en el Primer Concurso Nacional de Investigación Jurídica 2007, Convocado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima; Catedrático en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega; Sub-Director de la Revista Electrónica: "Ultima Ratio" de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas; Miembro de la Comisión Consultiva de Derecho y Comunicación en Tecnología Informática del Ilustre Colegio de Abogados de Lima - 2007.Catedrático Principal de la EMCH y del Portal Web: enplenitud.com, Bs As-Argentina. Email:oficinacist@yahoo.es

1. NOTAS PRELIMINARES

En el enjambre mundial, todos los ciudadanos de una u otra forma encuentran su accionar cotidiano vinculado a la informática. La ingerencia del ordenador electrónico ha rebasado distintas esferas y relaciones sociales que obligan al profesional del **siglo XXI**, a conocer y dominar esta disciplina que nos trae la modernidad[1]. En tal sentido el uso de las computadoras y su interconexión, ha dado lugar a un fenómeno de nuevas dimensiones: el delito instrumentado mediante el uso del computador, hablándose hoy en día de la **ius cibernética**. Si bien no existe aún una medida exacta de la importancia de estas transgresiones, es probable que su incidencia se acentúe con la expansión del uso de computadoras y redes telemáticas. Los tipos penales tradicionales resultan en nuestros países inadecuados para encuadrar las nuevas formas delictivas, tal como la interferencia en una red bancaria para obtener, mediante una orden electrónica, un libramiento ilegal de fondos o la destrucción de datos. El tema plantea, además, complejos perfiles para el Derecho Internacional cuando el delito afecta a más de una jurisdicción nacional. [2]

En la actualidad, el lado más dinámico de la relación **Informática y Derecho**, es la **Informática Jurídica**. En el cual la información contenida en soportes electromagnéticos y otros complementarios podrá ser compartida y analizada por diferentes juristas nacionales y extranjeros, y el aporte del **Derecho Informático** es la solución legal de problemas jurídicos que traen la aplicación de las nuevas tecnologías de información, constituyendo las dos caras de una misma moneda, unidas irremediablemente.[3]

Los avances tecnológicos, el acceso masivo a **Internet**, el aumento de la pobreza y la relación al cambio bursátil del peso de las monedas extranjeras son identificados como los principales factores que explican la profundización de este delito. Las cámaras digitales y los videos grabadoras son cada vez más accesibles para los cibernautas de clases media y

---

[1] PEÑA LABRIN, Daniel Ernesto, Prólogo de la Obra: Informática Jurídica. En BLOSSIERS HÜME, Juan José, Informática Jurídica, Edit. Portocarrero, Lima, 2003, Pág.13

[2] PEÑA LABRIN, Daniel Ernesto, Informática Jurídica, Revista de Derecho-Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación. APECC, Año I, Nº 2 , Lima 2004, Pág. 83

[3] GUZMÁN COBEÑAS, María del Pilar, Ponencia sobre Pornografía Infantil, ECAI 2008, Lima, Pág. 03

alta. No obstante, a medida de que bajen los costos las conexiones de banda ancha se multiplicaran, lo que propicia aún más el delito de ordenador.[4]

Ante esto, señala **Klaus Tiedemann**[5] que la tarea del Derecho no es la de quedarse atado a viejas categorías teóricas que nada sirven sino más bien de adaptarse y proveerse de nuevas formas de prevención y protección a la sociedad. Es por ello que el Derecho Penal debe revisarse así mismo, y encuadrarse en estas situaciones que protejan a las personas y no esconderse en lagunas legales que no ayudan a nada.

Por lo tanto, el Derecho Penal debe también prevenir la comisión de éste tipo de hechos que de ninguna manera pueden ser entendidos como errores involuntarios, ya que son realizados por personas que generalmente están se encuentran especializadas en el trabajo con computadoras y que pueden conocer como entrar en los archivos de datos de cualquier individuo.[6]

Sin embargo, el catálogo punitivo, debe resguardar los intereses de la sociedad, evitando manipulaciones computarizadas habituales o no, basadas en conocimiento de los objetos, programas, así como de algunas informaciones que extiendan y hagan imposible la detección de estos ilícitos, aprovechándose de la **cifra negra,** en este novísima clase de delitos, que aún se cubren bajo el manto de la afamada impunidad. [7]

2. PROBLEMÁTICA

El incuestionable perfeccionamiento actual y moderno ha traído ventajas substanciales para la humanidad, pero es penoso a su vez que

---

[4] PEÑA LABRIN, Daniel Ernesto, Curso de Filosofía del Derecho, Universidad Privada San Juan Bautista, Lima, 2007, Pág.15

[5] TIEDEMANN, Klaus, Derecho Penal y Nuevas Formas de Criminalidad, Edit. Idemsa, Lima, 2000, Pág. 267

[6] BLOSSIERS HÜME, Juan José, Criminalidad Informática, Editorial Portocarrero, Lima, 2003,Pág.145

[7] PEÑA LABRIN, Daniel Ernesto, La Firma Digital, En Revista "El Diplomado", Editada por la Escuela Universitaria de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Federico Villarreal, Lima,2005,Pág.145

vengan acompañados de hechos delictivos no anhelados siendo imperioso e ineludible estudiar e indagar su accionar delictivo.[8]

La definición genérica de la **Organización para la Cooperativa Económica y el desarrollo, delito informático** («**computer crimen**») es «cualquier conducta ilegal, no ética o no autorizada que involucra el procesamiento automático de datos y/o la transmisión de datos». Estos delitos, conforme a **Sieber**, pueden ser clasificados en las siguientes categorías:[9]

a) Fraude por manipulaciones de un computador contra un sistema de procesamiento de datos;
b) Espionaje informático y Robo de Software;
c) Sabotaje Informático;
d) Robo de Servicios;
e) Acceso no autorizado a Sistemas de Procesamiento de Datos y Ofensas tradicionales en los negocios asistidos por computador.

El fraude por manipulación, incluye el cambio de datos o informaciones para obtener un beneficio económico. Estos delitos pueden afectar datos que representen activos (depósitos monetarios, créditos, etc.) o bien objetos materiales (manejo de inventario). Su perpetración puede acrecentarse en la medida que se difunden los cajeros automáticos, puntos de venta y otras máquinas electrónicas. La acción criminal puede basarse en la introducción de datos falsos en la computadora (diversos casos de este tipo se han dado en entidades bancarias), o bien en la modificación de los resultados.[10]

Del mismo modo, resultan del cambio en los programas de computación, tal como las fórmulas de «**Caballo de Troya**» (introducción de instrucciones para que el programa realice funciones no autorizadas, por ejemplo, acreditar la cuenta bancaria o un salario en la cuenta designada por el delincuente) o el «programa virus» (instrucciones que se infiltran

[8] PEÑA LABRIN, Daniel Ernesto, Curso –Taller de Investigación Jurídica, Edit. Centro de Investigaciones Sociales & Tributarias, Lima,2006,Pág.15

[9] HUGO VIZCARDO, Silfredo, Delitos Informáticos, En Revista Agora. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - U.I.G.V, Edición Nº 1, Lima, 2004, Pág. 95

[10] BLOSSIERS HÜME, Juan José, Criminología & Victimología, Edit. Disartgraf, Lima, 2005, Pág.158

automáticamente en otros programas y archivos). En la «técnica salami» (por ejemplo, redondear cuentas bancarias y acreditar lo montos resultantes en una cuenta) el acto delictivo se repite automáticamente indefinidas veces, sin ulterior intervención del defraudador.

Dado que en algunos países la figura del fraude requiere que una persona sea engañada, ella puede no ser aplicable cuando es la computadora la que ha sido objeto del engaño. Por otro lado, el tipo penal de abuso de confianza y el de falsificación encuentran límites en su aplicabilidad a estos casos. Para salvar los vacíos normativos, se han dictado normas penales especialmente referidas a los fraudes informáticos en Suecia (es punible la persona que ilegalmente obtiene acceso a registros de datos sujetos a procesamiento o altera, destruye o ingresa esos datos en un archivo); numerosos Estados de América, Inglaterra, Australia (criminalizan a cualquier persona que ilegalmente altere, falsifique, borre o destruya cualquier material de procesamiento de datos con una intención fraudulenta); Canadá, Alemania (la Segunda Ley para la Prevención del Crimen Económico, no requiere la presencia de una persona engañada para tipificar el delito de fraude); y Dinamarca, respectivamente.

Empero, los delitos de espionaje se refieren principalmente a la obtención (generalmente por parte de competidores) de resultados de investigaciones, direcciones de clientes, etc. Pueden ser cometidos introduciendo programas copiadores o por otros métodos (la radiación electrónica que emite un terminal informático puede ser captada y registrada sin mayor complicación hasta cerca de un kilómetro del lugar de la instalación).

De otro lado, el sabotaje cibernético puede referirse a los datos y los programas (por ejemplo, una «bomba de tiempo» que destruye el programa o una «**rutina cáncer**» que distorsiona el funcionamiento de aquel mediante instrucciones que se auto reproducen), o bien al equipamiento en sí. Algunas legislaciones, como se ha visto, y otras propuestas de ley en Francia, Suiza, Portugal, etc., se han elaborado para penalizar el daño cometido, aún cuando sólo abarque bienes intangibles (datos y programas).[11]

[11] DAVARA RODRIGUEZ, Miguel Ángel, Derecho Informático, Edit. Aranzandi, Madrid, 1997, Pág. 300

El «**robo de servicios**» (o «hurto de tiempo») se da generalmente cuando los empleados utilizan sin autorización horas de máquina del empleador, para realizar trabajos particulares.

La primordial modalidad del acceso no autorizado a sistemas de procesamiento de datos es el acceso remoto del que puede resultar la obtención ilegal de información, la destrucción de ésta u otras acciones delictuales. La ley Sueca castigó el mero acceso a un sistema de procesamiento de datos. en los Estados Unidos la «**Counterfeit Access Device and Computer Fraud and Abuse**» tipifica penalmente el acceso no autorizado a sistemas informáticos operados por el gobierno y en particular a los asociados a la defensa nacional, las relaciones externas y la energía atómica, así como a los de instituciones financieras.

De otro lado, la **pornografía infantil**, difundida depredadoramente en nuestros días, donde los pedófilos del ciberespacio utilizan ese medio para saciar sus anómalos apetitos y perversiones sexuales, aflorando y poniendo en evidencia las psicopatológicas sexuales que padecen, transmitiendo imágenes donde el ultraje a menores de edad constituye su negocio ante la inusitada demanda de un sinnúmero de personas que adquieren material electromagnético que incluye **Email, Audio, Chat, Messenger y Video**, aflorando una variedad de **psicopatologías sexuales**.

Verbigracia, en la **República de Chile** se prevé que cometerá delito informático la persona que maliciosamente uso o entre a una base de datos, sistema de computadores o red de computadoras o a cualquier parte de la misma con el propósito de diseñar, ejecutar o alterar un esquema o artificio, con el fin de defraudar, obtener dinero, bienes o información. Asimismo, comete este tipo de delito el que maliciosamente y a sabiendas y sin autorización, intercepta, interfiere, recibe, usa, altera, daña o destruye una computadora, un sistema o red de computadoras, un soporte lógico o programa de la computadora o los datos contenidos en la misma, en la base, sistema o red».

La postrera categoría enunciada, según la **clasificación de Sieber**, se refiere al uso de un computador propio para defraudar o enmascarar acciones punibles (en los casos anteriores se trata generalmente del uso o acceso al computador del tercero damnificado). Por ejemplo, la supresión de datos contables, la alteración de informaciones sobre stoks, etc.

Como puede denotarse, la problemática del cyberdelito requiere un estudio especial y conocimientos de causa (dada su tecnicidad), para poder cumplir con la labor de tipificar suficientemente estos delitos con vista a una adecuada protección social, ya que es creciente la expansión de la cultura informática en nuestro medio, tanto en el sector público como en el privado (el comercio, la actividad bancaria, la actividad industrial, el negocio de los particulares y empresas, etc.)[12]. Por tal motivo, es relevante para el ejercicio de la función del jurista, pues las características propias de la informática: memorización, comunicación, cálculo y asociación lógica, son imprescindibles para grabar y archivar las normas, analizar el lenguaje y el discurso lógico contenido en ellas[13]. Es necesario prepararse para prevenir y reprimir este tipo de conductas, ya que de acuerdo al axioma de la «auditoría», todo ilícito que tenga la más mínima posibilidad de ocurrir inexorablemente sino se lo previene (también es preciso tener en cuenta que es importante la influencia de las posibilidades técnicas de nuevas y más avanzadas máquinas, programas, capacidad de archivos de datos, etc.).

Lo descrito ultra supra, nos permite detallar que siendo tan amplio el espectro delictivo informático y para evitar la distorsión y dispersidad de normas, sería conveniente **postular un nuevo Título en el Libro Segundo del Código Penal**, que trate la **tipificación coherente y sistemática**, de todas las conductas criminales que esta actividad involucra y **no sólo los de carácter patrimonial**. Es por ello, sin duda alguna, que ha llegado el momento que la **Ciencia Penal** responda a las **exigencias sociales que la modernidad exige**, y de esta forma, rompa su moldura rígida clásica y evolucione conjuntamente con el desarrollo del conocimiento científico, permitiendo así la real protección de la seguridad y protección de la sociedad, ya que al parecer, se está quedando lisiado en esta materia de los flamantes delitos informáticos.[14]

Si inspeccionamos nuestro sistema penal, podemos apreciar que no tiene adecuadamente ampliado el tema, los delitos informáticos tienen su radio de acción principalmente en los atentados contra los derechos de

[12] PEÑA LABRIN, Daniel Ernesto, Curso de Criminología, Centro Nacional de Estudios Criminológicos y Penitenciarios CENECEP-INPE, Callao,2007, Pág.16

[13] PEÑA LABRIN, Daniel Ernesto, La Sociedad de la Información, Revista de Derecho & Informática-PCLEXPERU, Lima ,2005, Pág. 15

[14] HUGO VIZCARDO, Silfredo, Ob. Cit. Pág. 97

autor, violación de la intimidad personal, falsificación de documentos informáticos, entre otros. Indubitablemente, podemos apreciar que nuestro texto punitivo tipifica ciertas conductas posibles de ser cometidas mediante medios informáticos, tales como el hurto agravado utilizado sistema de transferencia electrónica de fondos de la telemática en general, descrito en el numeral 3 del segundo párrafo del artículo 186; el delito de fraude en la administración de personas jurídicas en la modalidad de uso de bienes informáticos (**Inciso 8 del artículo 198**), e incluso el delito de daños (**Art. 205**), desde la perspectiva del atentado contra el hardware (en su condición de bien material),etc. Por lo tanto, cualquier bien jurídico podrá ser vulnerado por el medio informático.

3. DELITO DE ORDENADOR

Mediante la disposición introducida por **Ley 27309, de fecha 17 de julio del 2000** se **modificó el Título V, del Libro Segundo del C. P**., insertando un nuevo capítulo (**Capítulo X**), denominado «**Delitos Informáticos**», que, como hemos visto, **sólo constituyen un sector parcial de este género delictivo**, orientado específicamente **al ámbito patrimonial**.

Por la **similitud del texto patrio**, consideramos que la fuente directa la encontrarnos en el proyecto de «**Ley de Informática**» del **Ministerio de Justicia de Chile** (**Abril de 1986**), que establece que: «cometerá delito informático la persona que maliciosamente use o entre a una base de datos, sistema de computadores o red de computadoras o a cualquier parte de la misma con el propósito de diseñar, ejecutar o alterar un esquema o artificio, con el fin de defraudar, obtener dinero, bienes o información. También comete este tipo de delito el que maliciosamente y a sabiendas y sin autorización intercepta, interfiere, recibe, usa, altera, daña o destruye una computadora, un sistema o red de computadoras, un soporte lógico o programa de la computadora o los datos contenidos en la misma, en la base, sistema o red».[15]

EI Libro Segundo, Título V del C. P., contiene a través de la **Ley Nº 27309 – Capítulo X: Ley de Delitos Informáticos siguiente clasificación típica:**

[15] BLOSSIERS HÜME, Juan José, Ob. Cit. Pág. 192

- **Acceso indebido a base de datos, sistema o red de computadoras..... Art. 207-A**
- **Sabotaje Informático..... Art.207-B**
- **Circunstancias agravantes... ..... Art. 207-C**

Nos resulta atípico que el legislador haya decidido ubicar la sistemática de los delitos informáticos dentro de los delitos contra el patrimonio, sin tener en cuenta que se incluye la protección de la intimidad en una de sus modalidades. El cimiento, a nuestro entender, debió ser el agrupar en un solo capítulo el empleo de los medios informáticos sin importar la afectación de distintos bienes jurídicos ya sea **individuales**: La vida, la libertad, el honor, el patrimonio, etc., y **colectivos**: El medio ambiente, la administración pública, el orden socioeconómico (concepción mixta o jurídica-económica del patrimonio), entre otros. Al respecto, indica **Javier Momethiano**[16] es un delito multiofensivo, incluyéndose en el ámbito del **Derecho Penal Económico**, pues la conducta del agente constituye una avanzada forma de ataque a bienes jurídicos cuya salvaguarda ya lo había reconocido el **Derecho Penal.**

En la codificación nacional como señalamos, fueron incorporados a través de la **Ley Nº 27309 – Capítulo X: Ley de Delitos Informáticos**, los que suscintamente explicaremos.[17]

- **Acceso indebido a base de datos, sistema o red de computadoras - Art. 207-A:**

«El que utiliza o ingresa indebidamente a una base de datos, sistema o red de computadoras o cualquier parte de la misma, para diseñar, ejecutar o alterar un esquema u otro similar. O para interferir, interceptar, acceder o copiar información en tránsito o contenida en una base de datos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas.»

«Si el agente actúo con el fin de obtener un beneficio económico, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con

[16] MOMETHIANO SANTIAGO, Javier Israel, Código Penal Fundamentado, Edit. San Marcos, Lima,2008,Pág.192

[17] Capítulo incorporado por la Ley Nº 27309, Publicada el 17 de Julio del 2000

prestación de servicios comunitarios no menor de ciento cuatro jornadas».[18]

Este delito es conocido también por la doctrina internacional como «**Hacking**» o «**Hacking lesivo**».

Ahora bien, podríamos señalar que el bien jurídico protegido en este delito es el patrimonio, la intención del legislador pareciera haber sido la configuración de un delito de peligro abstracto. Sin embargo, de la descripción del tipo penal se puede denotar que el bien jurídico protegido en este delito no es el patrimonio, sino más bien, preliminarmente, la intimidad. Ello a consecuencia que en el tipo no se exige que el sujeto tenga la finalidad de obtener un beneficio económico, este requisito sine quanon es constitutivo de la modalidad agravada, más no de la conducta delictiva descrita en el tipo básico, ya que el legislador considera el mero ingreso no autorizado como afectación a la intimidad.

Empero, el bien jurídico protegido en el tipo penal del artículo 207-A, es la **seguridad informática**, ya que la conducta descrita se refiere a la utilización o ingreso indebido a una base de datos, sistema o red de computadoras, lo cual está en relación a la afectación de la seguridad informática y no el patrimonio o la intimidad, en cuanto se lesiona una de sus manifestaciones como es el acceso o su utilización indebido.

En tal sentido, el objeto material de la conducta realizada (no la que tiene eurísticamente el agente) es la base de datos, sistema o redes informáticas. A partir de esta óptica, debemos dejar en claro que el bien jurídico: seguridad informática, no implica que los delitos que se configuran para protegerlo hayan de vincularse en su construcción típica con aquellos bienes jurídicos individuales, sino de aquellas condiciones que permiten garantizar en el caso concreto su indemnidad como objeto diferenciado y anticipado de tutela y única forma posible de prevenir su lesión en la red y en los sistemas informáticos. Con relación a la conducta típica, ésta comprende el hecho de utilizar o ingresar indebidamente a una base de datos, sistema o red de ordenadores.

Ergo, el término «**indebidamente**» debe ser entendido como el ingreso o la utilización de manera indebida o ilícitamente. El vocablo

[18] CÓDIGO PENAL PERUANO, Edit. Jurista Editores, Lima, 2007, Pág. 220. Pág. 256

«**indebido**» se refiere a lo injusto, ilícito y falto de equidad. El carácter indebido adjetiviza las conductas de ingresar o utilizar una base de datos, sistema o red de computadoras, deplorablemente el legislador penal no ha tomado en la promulgación de la ley y el hecho que aún no se ha regulado los ingresos indebidos a la red, por lo que se encuentra un vacío de contenido material en este artículo, ya que no se ha dicho nada al respecto; sin embargo, podemos señalar que una de las características del carácter indebido de la conducta será la falta de autorización para el ingreso o utilización de la red o sistemas informáticos.

Por su parte, **Luís Alberto Bramont-Arias**[19] hace una descripción de los verbos típicos que se encuentran comprendidos en el artículo 207-A. Así, el verbo ingresar esta referido a entrar a una base de datos, sistema o red de computadoras. El verbo utilizar, por su parte, hace referencia al uso de la base de datos, sistema o red de computadoras.

Este caso se aplicará cuando el sujeto activo no ingresa indebidamente a la base de datos o red de las computadoras, ya que en estos casos se aplica el supuesto anterior, sino cuando el sujeto activo se encuentra ya dentro de la base de datos o red y comienza a utilizarla sin autorización, verbigracia, la persona, en un descuido de un trabajador de la empresa que ha dejado encendida su computadora porque se ha ido a refrigerio, se aprovecha para utilizar la base de datos o el sistema. En dichos casos, se requiere que no se tenga la autorización debida, ya que el tipo penal señala «**el que utiliza o ingrese indebidamente**».[20]

Por lo tanto, se trata de un delito de mera actividad, siendo suficiente la realización de las conductas descritas en la norma sin que concurra un resultado externo. Ello no es óbice a que señalemos que con relación al bien jurídico: seguridad informática las conductas descritas en el **artículo 207°-A,** producen su lesión, por que afirmamos que se trata de un tipo penal de lesión y no de puesta en peligro. En suma, para la afectación de la seguridad informática sería suficiente que el agente haya ingresado o utilizado indebidamente una base de datos o sistemas informáticos sin la necesidad de otro tipo de ánimo con que cuente el agente.

---

[19] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, El Delito Informático en el Código Penal Peruano. Edit. Biblioteca de Derecho Contemporáneo, Volumen VI, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000, Pág. 72

[20] Ibidem. Pág. 75

Sin embargo, la descripción típica del **artículo 207°-A**, en cuanto el legislador vincula la norma a la protección de bienes jurídicos individuales como la intimidad y el patrimonio, para lo cual configura el tipo penal como delito de peligro abstracto, lo cual pensamos que no es necesario a partir de reconocer a la seguridad informática como bien jurídico protegido en el delito de acceso indebido a base de datos, sistema o red de computadoras.

Por lo tanto, se trata de un delito doloso, se requiere que el agente actúe con conciencia y voluntad de ingresar o utilizar el elemento informático indebidamente. El sujeto ha de ser conciente del carácter indebido de la conducta, ya que éste es el sustento central de la conducta prohibida.

En el **artículo 207°- A**, si bien es punible la utilización o ingreso indebido a una base de datos o sistema informático, con la finalidad de diseñar, ejecutar, interferir, interceptar, existirán problemas para distinguir el denominado «**Hacking Blanco**», más aún, cuando el propio legislador concibe como finalidad del ingreso el acceso, luego no puede darse una conducta de ingresar para acceder. Sin embargo, debemos aclarar que en cuanto al aspecto subjetivo, el **primer párrafo del numeral 207-A**, exige las finalidades antes descritas como elementos subjetivos de intención trascendente, no siendo necesaria su realización material.

Al considerarse dentro del carácter indebido de la conducta el hecho de no contar con autorización, el consentimiento del titular del sistema, base de datos o red de computadoras constituye causa de atipicidad.

Recordemos que el **segundo párrafo del artículo 207°-A**, contempla una **modalidad agravada** del **acceso indebido de datos**, **sistema o red de computadoras**, en la medida que sanciona el ingreso o utilización indebida de una base de datos o sistema informático con el fin de obtener un beneficio económico.

Con relación a los sujetos activos de esta figura penal, **Luis Alberto Bramont-Arias** opina «que cualquier persona puede cometer este ilícito penal y que no requiere tener grandes conocimientos de informática».[21]

[21] Ibidem, Pág. 76

En efecto, el sujeto activo puede ser cualquier persona mientras que el sujeto pasivo puede ser una persona natural y en el supuesto del último párrafo del **artículo 207°-A**, una persona natural y una persona jurídica.

En el aspecto subjetivo necesariamente en este tipo de delito exige el dolo del sujeto activo, ya que se requiere en el sujeto conciencia y voluntad de utilizar ingresar indebidamente a una base de datos o sistema informático. Para la modalidad agravada se ha de exigir además del dolo, la concurrencia de una finalidad económica en la realización de la conducta.

En el **artículo en exégesis**, el legislador acude a la fórmula de los elementos subjetivos de intención trascendente, los cuales establecen una finalidad específica cuya realización material no es exigida por el tipo penal, bastando sólo que el sujeto la persiga. Lo cual está acorde con la elaboración por parte del legislador nacional de los delitos informáticos como delitos de **peligro abstracto**.

Se parte que las acciones de ejecutar, alterar, interceptar, interferir o copiar la información o la de obtener un beneficio económico, no son exigidas en cuanto a su realización material, basta que constituyan las finalidades queridas por el autor.

Prosigue, **Luis Alberto Bramont-Arias** que la relación existente entre el artículo **207°-A, segundo párrafo y el artículo 186°, inciso 3, en la modalidad agravada** en el caso de una persona que descubre el **password** de otra, e ingresa al sistema, copia información y luego la vende a una empresa de la competencia obteniendo un provecho económico, generaría un concurso de delitos. Este autor considera que en estos casos, el tipo penal sería el delito de hurto agravado en la medida que entre ambos existe un concurso aparente de leyes, el cual se solucionaría a través de las reglas de la consunción dado que, en este caso, el delito es de resultado, vale decir, el hurto agravado, subsume al delito de peligro, y al delito informático.[22]

Desde la óptica de la **seguridad informática** como bien jurídico protegido en el delito informático, se ha de precisar que no se deberá

[22] BLOSSIERS HÜME, Juan José, Ob. Cit. Pág. 162

acudir al empleo de elementos subjetivos de intención trascendente que pretendan vincular la conducta realizada con los **bienes jurídicos intimidad y patrimonio**, ya que los comportamientos objetivamente descritos en el **artículo 207°-A,** son suficientes para su lesión. Somos de la opinión de la eliminación de tales elementos subjetivos y la configuración del delito de acceso a base de datos, sistema o red de computadoras, vinculado a la afectación de la **seguridad informática**, ejerciendo así una protección antelada de los mencionados **bienes jurídicos individuales**. Ello no es óbice para que se pueda configurar **tipos penales específicos** que sancionan la lesión del **patrimonio o la intimidad** a través de medios informáticos.

Por último, siendo un tipo de resultado material, es posible la configuración de la tentativa, con las dificultades ya expresadas para la consumación y prueba del ilícito, por la especialidad del delito en análisis. Asimismo, dada su característica típica, la instigación y la complicidad es perfectamente posible. El que financia, el que induce, el que presta los equipos, el que aporta los datos o claves necesarias, etc.

· **Sabotaje Informático: Art. 207-B**

«El que utiliza, ingresa o interfiere indebidamente una base de datos, sistema, red o programa de computadora o cualquier parte de la misma con el fin de alterarlos, dañarlos o destruirlos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y con setenta a noventa días multa».[23]

El delito de «**sabotaje informático**» es conocido también con el nombre de daño informático. Pensamos que en principio, el **artículo 207-B**, ha sido adecuadamente comprendido en los delitos contra el patrimonio, ya que la conducta es la de ingresar o utilizar un sistema para dañarlo o alterarlo, por lo tanto, el bien jurídico protegido es en este caso el patrimonio, representado por el valor económico que encierra un sistema o programa de computadoras.

Al igual que en el **artículo 207°-A**, El ánimo del legislador ha sido configurar este delito como delito de peligro abstracto, en cuyo caso, para

[23] CÓDIGO PENAL PERUANO, Ob. Cit. Pág. 259

una mejor configuración típica del mismo, deberá sancionarse la lesión efectiva al patrimonio, de esta forma se hallaría una mayor armonía con los principios de lesividad y proporcionalidad.

En la descripción típica literal del **artículo 207°-B**, el bien jurídico protegido resulta ser la seguridad informática, pues las conductas descritas son las mismas que las del artículo 207°- A, salvo el caso de la interferencia, variando únicamente la intención trascendente exigida al autor.

En efecto, el delito de sabotaje informático comprende las conductas de utilizar, ingresar o interferir (una nueva conducta a diferencia del artículo 207°-A) indebidamente una base de datos, sistema, red o programa de computadoras o cualquier parte de la misma con el único ánimo de alterarlos, dañarlos o destruirlos.

El verbo que se adiciona a diferencia del artículo 207°'A, es el «**interferir**», es decir, la persona que no permite la utilización o comunicación adecuada dentro del programa o sistema informático.

En cuanto al empleo del término «**indebidamente**», resulta aquí de aplicación los comentarios expuestos con relación al artículo 207°-A.

El sujeto activo, al igual que el artículo 207°-A, puede ser cualquier persona natural, así como el sujeto pasivo será el titular del bien afectado. Asimismo, en el aspecto subjetivo tenemos al dolo sumado al ánimo de dañar, destruir o alterar la base de datos o sistema informático constituye un elemento subjetivo de intención trascendente, cuya realización material no es exigida por el tipo penal.

Luis Alberto Bramont Arias,[24] aclara que la diferencia entre los artículos 207°-A y 207°- B, versan en torno al aspecto subjetivo, esto es, la finalidad que tienen el sujeto activo al momento de realizar su conducta, ya que si la persona es detenida en el instante que está utilizando sin autorización una base de datos, para poder determinar que tipo penal se aplicaría, habría que preguntarse cuál es su animus en ese momento, vale decir, si el agente quiere destruir se le aplicará el artículo 207°-B, en caso

[24] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Alberto, Ob. Cit. Pág. 79

contrario, habría que demostrar alguna de las finalidades previstas en el artículo 207°-A.

No obstante, respecto de este delito existirá la dificultad acerca de los elementos de prueba para determinar el animus del delincuente informático, ya que sino se puede determinar la intención del sujeto activo, estaremos ante un delito de mero intrusismo informático con una pena no mayor de dos años, de lo contrario, nos encontraríamos en el caso del delito de daño informático, con una pena no mayor de cinco años. Con relación a este tema, pensamos que el legislador ha debido determinar la alteración, daño o destrucción de sistemas informáticos como consumación del delito.

Entendemos que para estos supuestos fácticos es perfectamente de aplicación el **artículo 205° del Código Penal**, en la medida que el objeto material es amplio y no excluye a los sistemas informáticos, redes o programas de computadoras. Desde este orden de ideas, sería suficiente el tipo penal del artículo 207° A que recoge las conductas de utilizar e ingresar, añadiéndose la de interferir, pues todas ellas lesionan la seguridad informática penal del delito de daños, previsto en el **artículo 205 del Código Penal** para una lesión efectiva del patrimonio representado por el valor económico que contienen las redes o sistemas informáticos y los programas de computadoras.

Acabaríamos, advirtiendo que el concurso de delitos que se daría desde esta perspectiva, entre el delito de Acceso indebido a base de datos, sistema o red de computadoras y el delito de daños del **artículo 205 del Código Penal**, en la medida que para la realización de la conducta de daños se haya llevado a cabo un acceso o utilización indebida. Entonces, estaríamos frente a un concurso real de delitos debido a tratarse de hechos independientes y a la afectación de dos bienes jurídicos distintos.

Es ineludible precisar que en cuanto a la pena que se establece en este delito. **Luis Miguel Reyna Alfaro**[25] opina que «en el presente supuesto el legislador ha debido incluir la **inhabilitación como pena**

[25] REYNA ALFARO, Luis Miguel, Los Delitos Informáticos, Aspectos Criminológicos, Dogmáticos y de Política Criminal, Edit. Jurista, Lima, 2002, Pág. 278

principal». No obstante, para el mencionado autor, esta posibilidad queda abierta para que en una sentencia, el Juez Penal fije la inhabilitación como pena accesoria según lo dispuesto por el **artículo 39 del Código Penal**.

· **Circunstancias Agravantes Art. 207-C**

Conforme a lo dispuesto por el **artículo 207- C**, el tipo se agrava cuando:

a) El agente accede a una base de datos, sistema o red de computadora, haciendo uso de información privilegiada, obtenida en función a su cargo.
b) El agente pone en peligro la seguridad nacional.

La pena aplicable, en la **figura simple**, es privativa de libertad **no menor de tres ni mayor de cinco años y con setenta a noventa días multa** y el **tipo agravado no menor de cinco ni mayor de siete años**.[26]

En el **artículo 207 –C**, de nuestro Código Penal se describen dos agravantes; la primera con relación al cargo que posee el sujeto activo, la segunda, en razón a la seguridad nacional.

Asimismo, se señala como agravante si el agente se aprovecha de la información que obtiene por la función que desempeña. Dicha agravación se encuentra en relación a la confianza depositada en la persona del autor y en el manejo de determinada información, como pueden ser claves de acceso, passwords, etc.

Evidentemente, en esta descripción típica resulta de aplicación la exigencia de tipos penales de los **artículos 207-A y 207-B,** acerca del carácter indebido de la conducta, el mismo que no ha de verificarse respecto de la obtención de la información privilegiada, ya que ello no es lo prohibido por el artículo 207°-C, pues se sanciona su abuso o aprovechamiento, sino de las propias conductas descritas en las mencionadas fórmulas penales.

[26] CÓDIGO PENAL PERUANO, Ob. Cit. Pág. 261

Al respecto **Luis Alberto Bramont-Arias**[27], manifiesta que las agravantes descritas en el **artículo 207- C**, parten de la afectación a la seguridad informática. Estamos convencidos que aquí se incurriría en una confusión, creándose un concurso de delitos respecto del delito de abuso de información privilegiada tipificado en el **artículo 251-A**, de nuestro catalogo punitivo.

De ahí encontramos que los puntos de coincidencia entre el tipo penal del artículo **251-A** y los delitos informáticos sólo se tornarían con relación al segundo párrafo del **artículo 207-A**, en cuanto que el agente actúa con el fin de obtener un beneficio económico; considerando el principio de especialidad se debería optar por el tipo penal del **artículo 207-A**, en aquellos casos que se hubiera realizado la conducta mediante la utilización o ingreso indebido a una base de datos, sistema o red de computadoras.

Con relación al aspecto subjetivo, dicha agravante deberá comprender el **dolo** previsto para los **artículos 207-A o 207-B** y, adicionalmente, el ánimo del agente respecto del prevalecimiento de la función que desempeña. Consecutivamente, el **segundo inciso del artículo 207-C**, el tipo penal agravado parte de la realización de las conductas descritas en los **artículos 207-A y 207-B**, estas son, utilizar, ingresar o interferir indebidamente una base de datos, sistema, red o programas de computadoras, tales conductas han de estar vinculadas a la seguridad nacional, ya que lo punible se atribuye a su puesta en peligro.

Frente a este panorama, podríamos considerar que en cuanto a la realización de las conductas materiales previstas por los **artículos 207-A y 207-B**, están todas aquellas normas que regulan y protegen la seguridad nacional, tanto desde la Constitución Política, como leyes especiales y reglamentos Sobre el aspecto subjetivo de la conducta, el dolo del autor deberá circunscribirse a la conciencia y voluntad de poner en peligro la seguridad nacional. De otro lado, dentro de las características ya anotadas en el presente estudio, la tentativa si es posible. Igualmente, la participación es configurable en el tipo precedente.[28]

---

[27] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, Ob. Cit. Pág. 81
[28] BLOSSIERS HÜME, Juan José, Ob. Cit. Pág. 165

4. RESERVAS LEGALES

De lo glosado líneas anteriores, debemos enfatizar que la citada ley, adolece de aspectos fundamentales; verbigracia: la delimitación del bien jurídico protegido. De la **hermenéutica de la Ley Nº 27309**, sobre **Delitos Informáticos**, aparecen diversas críticas en cuanto a la sistemática aplicada al caso submateria y a esto se suma la gran cantidad de inexactitudes que ésta contiene, sobre aspectos: conceptuales, gramaticales y relativos a los principios generales del Derecho Penal.

En esta clase de ilícitos penales, para configurar la competencia de los Estados en la persecución de delitos se atiende al lugar de su comisión. A esta competencia se la denomina **Principio de Territorialidad**, o también conocido por el brocardo: **lex loci denincri comniti**, el mismo que se encuentra inmerso en el **numeral 1° y el de Extraterritorialidad, artículo 2º, contenidos en el Capítulo I de la Parte General** de nuestra clasificación criminal. [29]

En este postulado, no existirá mayor dificultad cuando el delito sea cometido en territorio nacional. De otro lado, cuando la comisión del delito sea en una nación extranjera, será complicado distinguir si la acción y la afectación a la seguridad informática se originaron en el mismo lugar o no a consecuencia del amplio debate entre la **Teoría de la Actividad**, si el delito es cometido en donde se ha realizado la acción y la **Teoría del Resultado** el delito es cometido en donde se ha producido el efecto, los tratadistas, mayoritariamente, se apoyan en la **Teoría de la Ubicuidad**, es decir, se puede considerar cometido el hecho tanto en el lugar donde se ha llevado a cabo la acción como en aquel en el que se ha producido el resultado, esta teoría es la seguida por nuestra legislación tal y como lo prevé el **artículo 5 del Código Penal Peruano**.[30]

Sostenemos que es meritoria la propuesta contra la **delincuencia de alta tecnología** asumida por el **Consejo Europeo** sobre la elaboración de un convenio sobre la delincuencia en la red iniciada desde **febrero del**

[29] PEÑA LABRIN, Daniel Ernesto, Curso de Derecho Informático, Universidad Privada San Juan Bautista, Lima 2006, Pág.12

[30] DURAND VALLADARES, Raúl, Cyber-Delito o Delitos de Ordenadores. Sistema Bancario Nacional, Edit. Grafi. Net, Lima, 2000, Pág. 267

año 1997 y que terminó el 2002. Además, existe la **Posición Común que ha sido adoptada el 27 de mayo de 1999 por el Consejo de Europa relativa al Proyecto de Convenio sobre la Delincuencia en la red.**

Las características resaltantes de ésta posición común, son las del compromiso de los Estados miembros en facilitar una investigación y **persecución enérgica de los ilícitos penales vinculados con sistemas y datos informáticos**, así como **innovar adecuadamente el Derecho Penal y ajustarlo a las exigencias jurídico-sociológicas del siglo XXI.**

Por tal motivo, los Estados miembros intercederán, si es admisible comprender una normatividad que exija la tipificación como delitos relacionados con el contenido de los comportamientos delictivos llevados a cabo mediante un sistema informático.[31]

Debemos urgir que aún es limitado encontrar policías especializados en informática para determinar en un Parte Policial o en un Atestado Policial, la comisión de un delito informático, seguidamente en la instrucción de un proceso penal es necesario, según sea el caso, una pericia emitida por peritos judiciales adscritos a la Corte Superior de Justicia, a fin de determinar de manera científica, si ha existido un perjuicio. Sin embargo, la **Dirección de Investigación Criminal-Patrulla Digital de la PNP**, gesta la proeza de constatar el incremento y tecnificación de los cyberdelitos el año 2006. De las 456 denuncias del rubro, se resolvieron 243 y quedaron pendientes 213.El número queda en segundo lugar después de los 485 casos de homicidio durante el 2006, habiéndose multiplicado dichas conductas ilícitas en los años subsiguientes, lo que grafica la importancia descollante del referido rubro innovador.

El común de la gente piensa que porque somos un país pobre no tenemos esta clase de actividad criminal, prenoción que se ve ensombrecida por la realidad que día a día nos sorprende, siendo la epidemia global, según **The New York Time**, la empresa de seguridad virtual **DEFENSE**, había detectado 200 programas para robar contraseñas durante el año 2000, la cifra había llegado a 100 en el año 2003. Para el año 2007 la cifra estimada por dicha compañía asciende a 6000, más que el 2006 y la proyección para los subsiguientes años es alarmante.

---

[31] MARCHENA GÓMEZ, Juan, Prevención de la Delincuencia Tecnológica, Edit, Lima, Lima, 1992, Pág. 447

Ante este panorama, apremia el aleccionamiento en informática capacitando a los administradores y personas de apoyo, especialmente en provincias. Proceso que deberá desarrollarse paulatinamente, pero que finalmente estamos convencidos que es necesario para poder combatir con eficacia el cyberdelito.

De otro lado, encontramos una diferencia sustancial entre la pena para el delito de daños informáticos y la de daños del **artículo 205° del Código Penal**, en cuanto a que el primero tiene un máximo de cinco años de privación de libertad y el segundo un máximo de dos años. Tal como enfatiza **Durand Valladares**[32], en la actual configuración del delito de daños informáticos, no existe una justificación del por qué una mayor sanción contenido en el **artículo 207°-B**, ya que el delito común de daños puede tener una mayor significación económica dependiendo del bien que se trate. A ello, se ha de agregar que el daño común exige la producción efectiva del resultado (delito de lesión), mientras que el daño informático tal y como lo prevé actualmente el **artículo 207-B**, requiere para su configuración sólo la puesta en peligro del patrimonio, significando un menor desvalor del resultado en comparación con el primero, por lo que se deberá tener una pena inferior o no tan elevada.

5. CONFLICTO JURÍDICO-SOCIOLÓGICO

Para preservar los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho Penal otorga, antes de acudir a éste, como última ratio, lo cual podrá determinarse sólo a través de una regulación previa a la penal que determine que es lo debido y lo indebido en la Red. Asimismo, **fomentar la prevención, trabajando multisectorialmente,** sobre el rol de la sociedad y del Estado, procurando la protección de ésta, frente al **desbordante progreso informático** que vivimos hoy, **ya casi al final de la primera década del siglo XXI.**

Además, tal como sostiene **Santiago Mir Puig**[33] «Sólo cuando ningún mecanismo administrativo o civil sea suficiente, entonces estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad, pues las

[32] DURAND VALLADARES, Raúl, Cyber-Delito o Delitos de Ordenadores. Sistema Bancario Nacional Edit. Grafi.Net, Lima, 2000, Pág. 200.

[33] MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal – Parte General, Edit. PPU, Barcelona, 1996, Pág. 189

funciones del acceso y tránsito de la red y sistemas informáticos resultan ser las pautas sobre las que deberá construirse la regulación acorde a la realidad que el derecho exige», para ubicar, perseguir, enjuiciar y punir a los responsables de estos delitos, hasta ahora premunidos del cálido manto de la impunidad, en vista de legislaciones nacionales que enlacen sus limitados brazos naturales y las persecuciones se programen, ejecuten y consumen en colaboracionista forma supranacionales, que reflejan decisiones efectivas de intervenirlos.

6. CONCLUSIONES

PRIMERA: El acceso al conocimiento de la información es uno de los derechos constitucionales básicos que gozan los ciudadanos y es una forma de control público que es parte del sistema democrático. Si bien es cierto que el Estado se esfuerza para que esta información llegue a quien la solicite, aún es insuficiente, pues cotidianamente somos espectadores y a veces protagonistas disconformes, de cómo se administran estos servicios por lo que su manejo oficial no es satisfactorio para la colectividad, lo que origina el obsequio de una sombra de opacidad al desempeño gubernamental, lo que deja mucho que desear, por el sentimiento generalizado que exige, luego de la secuela dejada por la dictadura en la década anterior, que toda gestión refleje transparencia.

SEGUNDA: El progreso de la informática es una de las características primordiales y destacadas de este milenio, por lo que su utilización comprende un abanico de posibilidades que es indispensable delimitar a fin de combatir los excesos que se vienen apreciando. Por lo que ante esta situación, es natural la aparición de renovadas disposiciones penales en salvaguarda de los bienes jurídicos que urgen de protección. La sociedad debidamente organizada, a través de sus instituciones preclaras y los obligados a legislar, tiene la palabra para establecer propuestas que permitan su control y consecuente sanción.

TERCERA: Como es reconocido, el adelanto informático permite agilizar el conocimiento y las comunicaciones, pero también es verdad que su notable evolución ha permitido que emerjan conductas antisocial y delictivas que atentan contra los méritos del adelanto científico, pensado y fabricado para dotar a la humanidad de lo necesario para su eficaz desarrollo.

CUARTA: Desde la década del treinta Edwin Sutherland, gallardo sociólogo norteamericano, que ha pasado a la galería de los insobornables , advirtió y denunció ante el planeta, que la criminalidad no estaba circunscrita a los sectores menos pudientes de la sociedad, y documentadamente probó las actuaciones de los **"delincuentes de cuello blanco"** en las áreas económicas y financieras, por lo que su incursión en los ilícitos informáticos no debería sorprendernos, que gente de alto nivel socio-económico los perpetren sin miramientos, para favorecerse con alevosía.

QUINTA: El Derecho Informático se ocupa de los problemas jurídicos que se dan en la sociedad, motivados por el uso de las computadoras; sin embargo, la informática jurídica sirve aplicativamente, otorgando la posibilidad maximizar la misión de la administración de justicia; construyendo una base de datos, que permite que se automatice su gestión, como son: Asistentes, Especialistas, Técnicos, Auxiliares, etc., y asimismo, los bufetes de abogados, las oficinas de peritos, etc. Sistematizándose el conocimiento jurídico por medio de la inteligencia artificial.

SEXTA: Es que la **galaxia de Internet**, es una contundente realidad, que tiene que ser aprovechada por las civilizaciones; con ingerencia en las dinámicas políticas, sociales, de producción y comercialización, culturales, deportivas, religiosas, etc. Pero lamentablemente, en la **perniciosa criminalidad informática**, que es ejercitada por individuos y grupos sociales que manejan

programas de esta índole se aprovechan de omisiones legales y atipicidades, por ahora en el campo jurídico, lo cual les facilita mantenerse en el limbo de la impunidad, relajando el aporte de la informática a la humanidad.

SETIMA: Los delincuentes informáticos, saben bien los conceptos de **Red y Web**, dado que el primero es una simple red o varias, configurados por PC´s y cables que remiten paquetes de datos a cualquier parte del mundo. En cambio en la **Web** se encuentran documentos, sonidos, videos, e información variada. Por lo que la **Web** no podría existir sin la **Red** y ambos sirven al modernísimo **Internet.**

OCTAVA: Al Internet lo podemos definir como información, tecnología y una red física de telecomunicación, que lubrica para que cualquier persona se integre a este mundo oneline, necesitando para ello una computadora conectada al ciberespacio.

NOVENA: Sin duda, podemos obtener información al ingresar a un **Portal de Internet**, aunque hay que señalar que no toda la información disponible sirve para trabajos legales o para el desenvolvimiento cultural en sentido positivo, pues también se encuentra por desgracia, rufianismo, proxenetismo, de infanto prostitución, meretricio masculino y femenino, pornografía, promiscuidad, juegos compulsivos, dudoso turismo, propaganda de tóxicos no permitidos que alientan la drogadicción, etc. Todas conductas antisociales o delictivas que se dejan pasar ante la carencia de una regulación jurídica, por su atentatoria moral pública, lo que está desnaturalizando el objetivo para el que fue concebido el Internet, como el de compartir información, cultura, conocimientos alcanzados por la ciencia, deportes, tónicos, estilos de vida saludables, etc., pero no como medio difusivo de agresiones y perversiones contra los usuarios, que se encuentran

frágilmente desprotegidos ante la potencial vulneración de sus derechos fundamentales..

DÉCIMA: Si nos fijamos en el **Derecho Internacional** en lo que concierne a la protección de la información computarizada destacan las **legislaciones europeas de Francia, Portugal, Inglaterra** y en **España**, otorgando preponderancia a la **represión de personas o de empresas que transgreden la ley**, concediéndole un tratamiento importante al **aspecto preventivo** y para tal efecto, existe una pormenorizada normatividad tutelar, control en la administración y protección de la información computarizada. Situación que llamamos la atención al **parlamento nacional,** para que construya un **marco legal moderno y eficaz**, acorde a la **sociedad de la información** que vivimos y regule oportunamente, los **vacíos jurídicos del delito de ordenador, que predominan en la Web**. **Infine**.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. **BLOSSIERS HÜME, Juan José**, Criminalidad Informática, Editorial Portocarrero, Lima, 2003.
2. **BLOSSIERS HÜME, Juan José**, Criminología & Victimología, Editorial Disartgraf, Lima, 2005.
3. **BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto**, El Delito Informático en el Código Penal Peruano. Editorial Biblioteca de Derecho Contemporáneo, Volumen. VI, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000.
4. **GUZMÁN COBEÑAS**, María del Pilar, Ponencia sobre Pornografía Infantil, **ECAI 2008**, Lima.
5. **CÓDIGO PENAL PERUANO**, Editorial Jurista Editores, Lima, 2007.
6. **DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel**, Derecho Informático, Editorial Aranzandi, Madrid, 1997.
7. **DURAND VALLADARES, Raúl**, Cyber-Delito o Delitos de Ordenadores, Sistema Bancario Nacional, Editorial Grafi.Net, Lima, 2000.

8. **HUGO VIZCARDO, Silfredo**, Delitos Informáticos, En Revista Agora. Facultad de Derecho y CIENCIAS Políticas - U.I.G.V, Edición Nº 1, Lima, 2004.
9. **MARCHENA GÓMEZ, Juan**, Prevención de la Delincuencia Tecnológica, Editorial Lima, Lima, 1992.
10. **MIR PUIG, Santiago**, Derecho Penal – Parte General, Editorial PPU, Barcelona, 1996.
11. **MOMETHIANO SANTIAGO**, Javier Israel, Código Penal Fundamentado, Edit. San Marcos, Lima, 2008.
12. **PEÑA LABRIN, Daniel Ernesto**, Prologo del Obra: Informática Jurídica. En **BLOSSIERS HÜME, Juan José**, Informática Jurídica, Editorial Portocarrero, Lima, 2003.
13. **PEÑA LABRIN, Daniel Ernesto,** Informática Jurídica, Revista de Derecho-Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación APECC, Año I, Nº 2, Lima, 2004.
14. **PEÑA LABRIN, Daniel Ernesto**, La Sociedad de la Información, Revista de Derecho & Informática - PCLEXPERU, Lima ,2005.
15. **PEÑA LABRIN, Daniel Ernesto**, La Firma Digital, Revista "El Diplomado", Editada por la Escuela Universitaria de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Federico Villarreal, Lima,2005
16. **PEÑA LABRIN, Daniel Ernesto**, Curso de Derecho Informático, Universidad Privada San Juan Bautista, Lima, 2006.
17. **PEÑA LABRIN, Daniel Ernesto**, Curso-Taller de Investigación Jurídica, Editado por el Centro de Investigaciones Sociales y Tributarias, Lima 2006
18. **PEÑA LABRIN, Daniel Ernesto**, Curso de Criminología, Centro Nacional de Estudios Criminológicos y Penitenciarios CENECP-INPE, Callao, 2007.
19. **PEÑA LABRIN, Daniel Ernesto**, Curso de Filosofía del Derecho, Universidad Privada San Juan Bautista, Lima, 2007.
20. **REYNA ALFARO**, Luis Miguel, Los Delitos Informáticos, Aspectos Criminológicos, Dogmáticos y de Política Criminal, Editorial Jurista, Lima, 2002.
21. **TIEDEMANN, Klaus**, Derecho Penal y Nuevas Formas de Criminalidad, Editorial Idemsa, Lima, 2000.

Lima-Perú, Junio de 2009

INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y DE LA POLÍTICA CRIMINAL: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA *LUCHA* JURÍDICO-PENAL *CONTRA EL TERRORISMO* (*)

Manuel Cancio Meliá

I - INTRODUCCIÓN

1. Cuando se habla de la "globalización" o de la "internacionalización" del Derecho penal, parece que está claro cuáles son los puntos de partida básicos que delimitan y configuran la cuestión: por un lado, el Derecho penal es considerado generalmente la manifestación jurídica por excelencia de la soberanía del Estado. De modo especialmente destacado en la tradición jurídico-política que se suele denominar *europeo-continental,* a la idea de codificación (de las normas penales) –a través del contenido político y jurídico-constitucional del principio de legalidad– le corresponde una relevancia que va mucho más allá de su significación estrictamente técnico-legislativa, al servicio de la seguridad jurídica. El Derecho penal, y determinados elementos de su configuración jurídico-técnica, por tanto, constituyen, en principio, un bloque (especialmente) particularista en un ordenamiento jurídico estatal. Por otro lado, sin embargo –como se subraya en la bibliografía con cada vez mayor insistencia–, la creciente globalización de la economía (y de la sociedad) no puede producirse sin que se genere también una *criminalidad globalizada,* marcando una nueva agenda para el Derecho penal: "frente a internacionalizaçao do crime, urge responder com a internacionalizaçao da política de combate ao crime" ([1]).

(*) El texto es una versión, provista de algunas referencias bibliográficas básicas, de la conferencia presentada por el autor en Coimbra el día 24.11.2006 en las *III Jornadas Jurídicas Luso-Espanholas: Internacionalização do Direito no novo século (ad honorem Jorge de Figueiredo Dias)* (Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito).

[1] MIRANDA RODRÍGUES/LOPES DA MOTA, *Para uma política criminal europeia. Quadro e instrumentos da cooperaçao judiciária em matéria penal no espaço da Uniâo Europeia,* 2002, p. 15; cfr. también, por ejemplo, PRADEL, Revue Juridique Themis (= RJT) 35 (2001), pp. 241 y ss.; SCHÜNEMANN, GA 2003, pp. 299 Y ss.

Este "crimen internacional(izado)", como es lógico, afecta sobre todo a ámbitos que se encuentran directamente relacionados con la interconexión económica del mundo, es decir, determinados delitos económicos en sentido estricto, ciertos supuestos transnacionales de responsabilidad por el producto o algunas modalidades de daños medioambientales internacionales. Sin embargo, en este contexto adquiere también especial relevancia el desarrollo de una especie de internacional islamista-terrorista en forma de una red que intercambia informaciones y se coordina sobre todo a través de internet –se trata de una nueva fase evolutiva del fenómeno que ya ha sido bautizada como el "formato 'tercer milenio' del terrorismo ([2])– y que parece haberse constituido para las sociedades de Occidente en el arquetipo de una organización criminal internacional moderna, y, con ello, también del *crimen internacional* de hoy. Los principales sectores de esta criminalidad transnacional -y, con ello, las puntas de lanza de la política criminal occidental del momento- están probablemente en determinadas infracciones económicas con implicaciones internacionales, los delitos relacionados con el tráfico de drogas que tienen lugar a escala internacional, diversas formas de daños medioambientales de carácter transnacional, los delitos producidos en el contexto de movimientos migratorios y, como antes se decía, en la cada vez mayor interacción internacional de algunas organizaciones terroristas ([3]).

En todos estos sectores, el elemento colectivo –bajo el rótulo de la *lucha* contra la *criminalidad organizada*– resulta decisivo para la definición de esas nuevas formas de criminalidad: siempre se trata de organizaciones, que tienen una influencia esencial en la representación mediática y en la valoración del potencial de riesgo por parte de los agentes políticos y de la población, ejerciendo también, en correspondencia, un

---

[2] WALKER, Crim. L. R. 2004, p. 314.

[3] *Vid*, por ejemplo, las secciones previstas para el XVIII congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal (Estambul, 2009): extensión de las formas punibles de preparación y participación en el delito, financiación del terrorismo, medidas especiales en el proceso penal y derechos humanos, jurisdicción universal *(vid* www.penal.org/new/activites.php?langage=fr&Doc_zone=ACTIVITE&ID_doc=23). Respecto de las amenazas globales o transnacionales cfr. sólo PIETH, ZStW 109 (1997), pp. 756 y ss., 761 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1ª ed., 1999, 2ª ed., 2001, pp. 26 y ss.; SCHÜNEMANN, GA 2003, pp. 302 y ss.; PICOTTI, en: *Criminalitá transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, 2005, pp. 83 y ss., 85 y ss.; BRAUM, en: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt am Main (ed.), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafechts*, 2007, p. 29.

influjo determinante en la concreta configuración de los contenidos de la política criminal práctica en este ambito ([4]).

Sin embargo, esta preeminencia de las organizaciones en la criminalidad internacional no conduce a que ésta se identifique siempre, desde la perspectiva de la extracción social de sus autores, con una pertenencia a estratos dirigentes de la sociedad en cuestión. Por el contrario, la calificación de esta criminalidad en este contexto varía de modo muy notable, entre su entendimiento como "crime of the powerful" ([5]) o como "crime of the powerless" ([6]): en este sentido, se piensa tanto en amenazadoras "organizaciones de tráfico de personas" como en los paupérrimos patronos· de las embarcaciones de madera que –siendo éstos en ocasiones evidentemente autores (materiales) y, a la vez, víctimas– protagonizan la inmigración clandestina en las costas del Sur de Europa; en el tráfico de estupefacientes, aparecen en el imaginario público tanto los temidos "cárteles internacionales de drogas" como la presencia en cárceles occidentales de gran número de pequeños contrabandistas (conocidos en español como "mulas").

Finalmente, en lo que concierne a las repercusiones de esta criminalidad internacional sobre el Derecho penal positivo, hay que subrayar ya ahora que ni siquiera está claro si el Derecho penal *globalizado* supone una ordenación positiva más represiva, o, por el contrario, más laxa: al potencial expansivo de la armonización de ordenamientos penales, subrayada con insistencia en la bibliografía ([7]), se contrapone con frecuencia la evidente desregulación que comporta la globalización económica, repercutiendo ésta necesariamente también en el Derecho penal ([8]).

---

[4] *Vid.* sólo los diversos puntos de partida en los análisis recientes de los delitos de organización hechos en SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada,* 2005, *passim;* HEFENDEHL, StV 2005, pp. 152 y ss.; CANCIO MELIÁ, en: PAWLIK/ZAZCYK *et al.* (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs,* 2007, pp. 27 y ss.

[5] Cfr., por todos, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*[2] (nota 3), p. 83; MIRANDA RODRÍGUEZ/LOPES DA MOTA, *Para una política criminal europeia* (nota 1), p. 14.

[6] Así, respecto del terrorismo, VOGEL, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (= AFDUAM) 9 (2005), p. 116.

[7] Es ésta la tesis principal de SILVA SÀNCHEZ *(La expansión*[2] [nota 3], pp. 80 y ss., 85) en este contexto; *vid.* también, por ejemplo, PIETH ZStW 109 (1997), p. 758; BRAUM, en: *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts* (nota 3), pp. 33 y ss.; respecto del ordenamiento japonés, en la misma línea IDA, en: www.rokyo-jura-kongress2005.de/lda_de.pdf. pp. 2 y ss.

[8] Así, por ejemplo, SCHÜNEMANN, GA 2003, pp. 299 y ss., 302, 303, 306 y ss., quien caracteriza esta ambivalencia como coexistencia de un "imperialismo jurídico defensivo" (con ello hace referencia a los obstáculos creados por los EE.UU. al desarrollo de un

2. La tensión político-criminal que, según una generalizada convicción, genera este "crimen internacional" algo amorfo se descarga, como es sabido, sobre todo en *cuatro vías de internacionalización* del Derecho penal ([9]): en primer lugar, es necesario mencionar una nueva comprensión, y una intensificación generalizada, en el campo de la cooperación judicial, y, en un sentido más amplio, en la colaboración entre servicios de policía. La tendencia marcha hacia un debilitamiento del principio de territorialidad: de la extradición (corporal) al reconocimiento (ideal) de resoluciones ajenas ([10]). En segundo lugar, como es natural, el ímpetu internacionalizador se manifiesta también en la armonización formal ([11]) de los ordenamientos nacionales a través de tratados de Derecho internacional, si bien este proceso –precisamente, en lo que atañe a su carácter internacional– frecuentemente queda "más bien oculto" ([12]), ya que después de la transposición al Derecho nacional con frecuencia ya no existe una conciencia general del origen de las nuevas normas. En tercer lugar, el proceso supranacional que está teniendo lugar en la EU ([13]) –que oscila entre la armonización y la afirmación de una competencia legislativa

Derecho penal internacional efectivo) con un "imperialismo jurídico ofensivo", o incluso de una "colonización jurídica" (la imposición internacional del programa político-criminal, de nuevo, de los EE.UU. en algunos ámbitos, como el de la persecución internacional de la corrupción privada o el del tráfico de estupefacientes); cfe. también BRAUM, en: *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts* (nota 3), pp. 27 y *ss.*

9 Para las presentes reflexiones de carácter preliminar puede quedar fuera de consideración la cuestión de cuál es el grado de incidencia de las normas internacionalizadas sobre la realidad jurídico-aplicativa; si se pretende, en cambio, ofrecer una imagen menos genérica que la que aquí se quiere trazar, es imprescindible llevar a cabo un análisis de conjunto más allá de lo meramento normativo, es decir, teniendo en cuenta *el law in action* en sentido amplio, para poder evaluar la *profundidad* estatal de los distintos factores de internacionalización; cfe. en este sentido, con carácter general respecto de los análisis iuscomparativos, por todos, PERRON, ZStW 109 (1997), pp. 290 y *ss.;* JUNG, JuS 1998, pp. 2 y *s.*, ambos con ulteriores referencias e instructivos ejemplos.

10 Como es sabido, esta evolución ha alcanzado particular densidad en el marco de la Unión Europea; *vid.* sólo MIRANDA RODRÍGUEZ/LOPES DA MOTA, *Para urna política criminal europeia* (nota 1), pp. 13 y ss.; AMBOS, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht. Völkerstrafrecht. Europäisches Strafrecht*, 2006, 12/19 y *ss.*, 56 y ss.

11 PRADEL, RJT 35 (2001), pp. 241 y ss., 248 y ss., denomina a estas tendencias de armonización de los ordenamientos penales nacionales "mondialisation apparente", en contraposición con la "verdadera" internacionalización que se produciría a través del Derecho penal inter- o supranacional.

12 PERRON, Z5tW 109 (1997), p. 281.

13 Según SIEBER (en: SIEBER/ALBRECHT [ed.], *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach,* 2006, pp. 91 y s.), a pesar del fracaso del proyecto de Constitución no se aprecia que el proceso se haya detenido.

autónoma de la Unión ([14])–, evidentemente, es un centro de gravedad esencial de la internacionalización en Europa, y cabe pensar que en el futuro existirán procesos similares en otros contextos geográficos ([15]). Finalmente, ha de constatarse una intensificación también en el campo del Derecho penal internacional en sentido estricto: aunque se discute intensamente acerca de la verdadera densidad de este Derecho penal global, parece claro que también aquí ha comenzado un nuevo ciclo evolutivo ([16]).

3. Con el breve esbozo hecho queda delimitado el campo en el que, conforme a la opinión generalizada en la discusión teórica, tiene lugar la actual globalización del Derecho penal. Sin embargo, desde la perspectiva aquí adoptada, junto con estas primeras manifestaciones jurídico-positivas de la internacionalización también cabe constatar la convergencia –permítase de momento una formulación aproximada– de ciertos discursos sobre el Derecho penal, es decir, en cierto modo, del entorno ideológico del Derecho positivo. En lo que sigue, se intentará llevar a cabo alguna reflexión sobre estos discursos penales internacionalizados. Primero desde una perspectiva general *(infra* II), después específicamente (y a modo de ejemplo) respecto del terrorismo *(infra* III).

II - PROCESOS DE INTERNACIONALIZACIÓN ("IDEOLÓGICA")

A) Ciencia del Derecho penal

En el momento actual, uno de los objetos esenciales de la ciencia del Derecho penal en nuestra tradición, la dogmática jurídico-penal (concre-

---

[14] Sobre el estado de la cuestión *vid.* últimamente, por ejemplo, desde distintas perspectivas, BOSE, GA 2006, pp. 211 y ss.; BRAUM, wistra 2006, pp. 121 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, en: BAJO FERNÁNDEZ (ed.), *Constitución Europea y Derecho penal económico,* 2006, pp. 326 y ss.; NIETO MARTÍN, RGDP 4 (nov. 2005), www.iustel.com

[15] *Vid.,* por ejemplo, la exposición en AMBOS, *Internationales Strafrecht* (nota 10), §§ 9 y *ss.;* TIEDEMANN, ZStW 116 (2004), pp. 945 y *ss,* En el marco de esta discusión, las olas de la polémica suelen alcanzar dimensiones considerables; a quienes se manifiestan críticos respecto de la evolución europea en el ámbito del Derecho penal, con frecuencia se les reprocha de modo bastante genérico una actitud de *europesimismo* (y, con ello, también una perspectiva nacionalista). También en este caso, parece que será de utilidad optar por más descripción y menos polémica. En este sentido, parece que el mejor servicio al europeísmo está en una actitud sosegada: la constatación de que en la construcción de casas resulta más conveniente comenzar con los fundamentos que con el tejado no supone un rechazo del proyecto de construcción de la casa *(vid.* sólo CANCIO MELIÁ, en: *Constitución Europea* [nota 14], pp. 270 y *ss.).*

[16] Cfr. sólo AMBOS, *Internationales Strafrecht* (nota 10), §§ 5 y ss.

tamente: la dogmática de origen alemán, practicada tanto en Portugal como en España), parece estar (de nuevo) en crisis. Sin embargo, si en el pasado más reciente la utilidad del trabajo dogmático se puso en tela de juicio más bien desde la teoría –en una época en la que estaba extendida la esperanza de poder llegar a marginalizar la pena en sentido estricto a través de la resocialización–, ahora predomina la impresión de que la evolución que cuestiona las bases tradicionales de la dogmática es impulsada, ante todo, por el propio legislador, de modo que, una vez convertido el impulso político-criminal en Ley, se estaría minando *desde dentro* la elaboración dogmática. No es ya un programa alternativo al Derecho penal, abolicionista, el que pone en cuestión instituciones básicas de la dogmática jurídico-penal, sino que son ciertas inserciones modernas en el Derecho positivo los generadores de la crisis: en el plano del injusto, diferencias en los marcos penales (piénsese, por ejemplo, en ciertas penas amenazadas para delitos graves contra bienes jurídicos personalísimos en comparación con las penas previstas en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas) que carecen de toda posible explicación racional; en la redacción de los tipos, anticipaciones de la punibilidad que prácticamente dinamitan categorías dogmáticas enteras, como las de autoría y participación, tentativa y consumación u otras instituciones centrales de la teoría de la imputación.

A pesar de que esta evolución, como es sabido, tiene lugar simultáneamente en muchos ordenamientos penales occidentales, la "cuestión de fe" ([17]) de si está teniendo lugar una convergencia científica de entidad comparable probablemente deba ser contestada negativamente ([18]); en lo esencial, parece aún plenamente adecuada la imagen trazada por *Fletcher*, quien ve un mundo jurídico-penal (occidental) fundamentalmente bipolar, fraccionado en el círculo jurídico anglosajón y en el círculo jurídico continental, ubicándose en torno al segundo varios círculos concéntricos alrededor de la ciencia del Derecho penal alemana, especialmente influyente ([19]). Es cierto que en los últimos años cabe constatar dentro de!

[17] Así VOGEL, AFDUAM 9 (2005), p. 124.

[18] HIRSCH, ZStW 116 (2004), pp. 835 y ss., propone distinguir entre ciencia nacional y ciencia internacional del Derecho penal.

[19] En: ESER/HASSEMER/BURHARDT (ed.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick,* 2000, pp. 235 y *ss.;* adopta una posición crítica respecto de un "pensamiento (de separación) demasiado esquemático" y de una perspectiva exclusivamente *occidental,* por ejemplo, JUNG, JuS 1998, pp. 3 y s.

"primer círculo" (en el que habría que mencionar quizás junto a Alemania a Italia, Portugal, América latina y España) un mayor intercambio; en particular, la ciencia del Derecho penal alemana muestra últimamente cierta tendencia a tener en cuenta también trabajos publicados en otros idiomas ([20]), y también puede decirse que en todo el *continente* jurídico-penal hay mayor interés por la teoría jurídico-penal hecha en lengua inglesa; sin embargo, no puede decirse que se haya progresado hacia un verdadero conocimiento mutuo. Si, por ejemplo, se compara la relativa homogeneidad de los sistemas jurídico-penales latinoamericanos –y la relativa facilidad con la que circulan las obras teóricas escritas en español en los países del área– con la situación en la DE, con sus enormes diferencias sistemáticas y la incomunicación generalizada fuera de algunos pocos países, ésta se asemeja a una verdadera Torre de Babel jurídico-penal ([21]). En este sentido, es significativo que a pesar de los rápidos avances en la europeización de los ordenamientos penales estatales y de la aparición de los primeros signos de un futuro Derecho penal europeo, los ordenamientos europeos no han sido aún objeto de un estudio comparado en profundidad ([22]).

B) Pragmatismo e ideología (penal)

Como antes se ha esbozado, uno de los factores desencadenantes de la internacionalización del Derecho penal parece estar en el desarrollo (yen la percepción social) del crimen transnacional. En consecuencia, se constata respecto de los impulsos legislativos en los campos *internacionalizados* del Derechos penal una orientación que sería ante todo

---

[20] Crítico respecto de la actitud contraria TIEDEMANN, GA 1998, pp. 107 y *ss.; vid* sobre la cuestión también HIRSCH, ZStW 116 (2004), pp. 851 y ss.; ROXIN, en: *Die deutsche Strafrechtswissenschaft* (nota 19), pp. 378 y *ss.*, 381.

[21] *Vid* sólo la argumentación de KÜHL, Z5tW 109 (1997), pp. 777 y *ss.*, 792 y ss.; cfr. también las distintas perspectivas sobre el problema recogidas en TIEDEMANN (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht in der europäischen Union. Rechtsdogmatik -Rechtsvergleich Rechtspolitik (Freiburg-Symposium), 2002.*

[22] Parece significativo que en lo que se alcanza a ver, no se ha vuelto a alcanzar el nivel de las "Vergleichenden Darstellungen" alemanas publicadas a principios del s. XX; constatan una especial necesidad de llevar a cabo estudios de Derecho comparado en el momento especial, por ejemplo, JUNG (JuS 1998, pp. 1, 7); ROXIN (en: *Die deutsche Strafrechtswissenschaft* [nota 19], pp. 378 y ss., 381 y ss.) o SIEBER (en: SIEBER/ALBRECHT [nota 14], pp. 80 y ss., 93 y s.)

pragmática ([23]), dirigida a la satisfacción de las necesidades de persecución existentes ([24]). Desde esta perspectiva, parece comprensible que los frentes científicos permanezcan más o menos rígidos a pesar de la internacionalización de facto: no es necesario un acercamiento científico si el encuentro entre los diversos ordenamientos jurídicos se produce en su periferia respectiva, en el campo sectorialmente limitado del combate contra el crimen internacional. De acuerdo con esta imagen, el Derecho penal globalizado tan sólo afecta a los sectores de regulación globalmente relevantes, constituyendo así un segmento jurídico-penal no esencial, agrupado en la periferia de un núcleo que seguiría siendo estatal y estable. En efecto, parece evidente que el factor de la lucha preventiva efectiva y de orientación policial ocupa una posición central en la comunicación pública acerca de los fenómenos de globalización del Derecho penal. Sin embargo, no se hace justicia a la verdadera profundidad del proceso de internacionalización si se concibe como una especie de deformación pragmática en los márgenes del ordenamiento penal. Si el Derecho (penal) es un sistema social, su situación no puede divergir radicalmente del sistema económico globalizado, de carácter dominante, no puede separarse de la "producción material"; por el contrario, también la "producción intelectual" es globalizada: "Los productos intelectuales de las diversas naciones se convierten en bien común. La limitación y unilateralidad nacionales son cada vez más imposibles"([25]). También la internacionalización penal tiene su sustrato ideológico-programático: no todo es mero pragmatismo de los agentes estatales en el plano de la persecución. Por el contrario, lo cierto es que bajo la trepidante actividad interestatal puede constatarse una larvada internacionalización de la política criminal, o, más concretamente, de las perspectivas de teoría de la pena que están en la base de aquella (10 que puede denominarse "ideología penal"); es esta circunstancia la que explica -quizás como la consecuencia de mayores efectos prácticos de toda la evolución -la infiltración de nuevas concepciones penales en la política criminal práctica dentro de los Estados. Esta globalización de la política criminal (y no

---

[23] En particular, bajo el decisivo influjo de la visión estadounidense del sistema penal; así, por ejemplo, VOGEL, AFDUAM 9 (2005), p. 118.

[24] Cfr. sólo SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*[2] (nota 3), pp. 82 y ss.; VOGEL, JZ 1995, pp. 331 y ss., 336; en consecuencia, SIEBER (en: SIEBER/ALBRECHT [nota 14], p. 92) ve una de las ventajas del proceso de internacionalización en una "persecución efectiva de la criminalidad transnacional".

[25] MARX/ENGELS, *Manifest der Kommunistischen Partei* [1848], 54.ª ed., 1987, pp. 49 y s.

política criminal de la globalización [económica]), por lo tanto, se presenta de modo puramente pragmático, pero presenta también un sustrato ideológico (de teoría de la pena).

Esta política criminal internacionalizada parte de una evolución en la que el Derecho penal pasa a primera línea de la política cotidiana, en un clamor que demanda en todas partes una mayor intervención de la pena pública, y puede caracterizarse –muy sintéticamente– a través de dos tesis básicas: en primer lugar, *la percepción social de los sucesos delictivos se reduce progresivamente a la perspectiva de la víctima:* ya el tratamiento jurídico-dogmático de la figura de la víctima concreta –en el plano de la aplicación, por tanto– muestra que se trata de un elemento extraordinariamente ambivalente en términos político-criminales: se plantea un verdadero *dilema victimológico,* en el que la introducción de este factor oscila entre la retirada de la protección del poder público (privatización) que puede significar atribuirle responsabilidad *(blaming the victim)* y la exacerbación de la desvaloración jurídico-penal de la conducta del autor que puede implicar colocar en primera línea de un supuesto el sufrimiento individual de la víctima ([26]). Esta ambivalencia es expresión de la relevancia estructural que para el moderno Derecho penal público tiene la posición de la víctima: *Hassemer* ha llegado a vincular el mismo nacimiento de este Derecho penal a la "neutralización de la víctima", a su disolución en el Estado como una especie de "víctima general" ([27]). Pues bien: cualquier análisis superficial de la comunicación acerca de los fenómenos criminales muestra que ésta se centra, progresivamente, en la perspectiva de la víctima. En el tratamiento de los sucesos acaecidos (víctima concreta) en los medios de comunicación, y en el discurso político-criminal activista en el que se adopta la posición –compartida por casi toda la población– de posible víctima, de víctima potencial ([28]). Parece claro cuál es el sesgo que toma tal reducción unilateral de la perspectiva acerca del delito: la absolutización de la *prevención fáctica;* la

---

[26] *Vid.* sólo CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva,* 2ª. ed., 2001, pp. 221 y ss., 229 y ss.

[27] *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts,* 2.ª ed., 1990, p. 70.

[28] *Vid,* por todos, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*[2] (nota 3), pp. 52 y ss. El ejemplo más acabado de este proceso, con una movilización social (autónoma) más que notable, hay que verlo en el "movimiento de defensa de los derechos de las víctimas" en los EE.UU., que ha tenido una influencia decisiva en la adopción de reglas de *three strikes* en muchos estados; cfr. sólo DUBBER, *Victims in the War on Crime. The Use and Abuse of Victims' Rights,* 2002.

víctima (potencial) –definida sólo como tal– lo que desea es no llegar a serlo ([29]). En segundo lugar, *existe consenso político y social en el discurso político-criminal expansivo... o eso parece.* Aún sin entrar aquí en la concreta génesis de estos procesos de evolución político-criminal ([30]), puede afirmarse que es un verdadero lugar común sostener que existe un amplísimo *consenso social* respecto de segmentos decisivos de la nueva legislación penal. El consenso se convierte en práctica unanimidad, en particular, en lo que se refiere a la regulación de las infracciones en materia de terrorismo ([31]). Parece claro, a grandes rasgos, que la población es favorable a "reacciones firmes"; pero es muy discutible que pueda darse por probada la existencia de ese pretendido consenso social respecto de concretas medidas o instituciones jurídico-penales. En este ámbito, aparte de la utilización política del fenómeno criminal, entra en juego la propia posición y dinámica de los medios de comunicación de masas, en particular, de la televisión.

En todo caso, puede constatarse que la demanda indiscriminada de mayores y "más efectivas" penas ya no es un tabú político para nadie; en todo Occidente, y en agentes políticos de muy diversa orientación, el discurso que fía al Derecho penal un papel decisivo en la prevención fáctica del delito es ubicuo ([32]).

---

[29] *Vid.*, por todos, la exposición de SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*[2] (nota 3), pp. 52 y ss.

[30] *Vid.* CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2.ª ed., 2006, pp. 90 y ss., con referencias. En todo caso, debe subrayarse aquí que en el plano fáctico, cabe constatar que ese consenso político-criminal es a veces un consenso inducido, fabricado: *vid.* sólo los *case studies* respecto del ámbito estadounidense (comenzando por la famosa utilización de la llamada *war on drugs* en la campaña presidencial de Bush I) contenidos en BECKETT, *Making Crime Pay. Law and Order in Contemporary American Politics*, 1997, *passim*.

[31] "Desde luego, el ciudadano se acostumbra ante el trasfondo de determinados escenarios... [de acciones terroristas] a la completa abolición de su libertad sin reconocer el círculo vicioso: los Estados reaccionan frente al injusto con un mega-injusto" (ALBRECHT, ZStW 117 [2005], p. 854); los orígenes de esta evolución son, claro está, muy anteriores a la última década; *vid.* sólo el relato respecto de la evolución en el espectro político español en los años ochenta del siglo pasado contenido en TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho. Comentario a las LL.OO.* 3 *y* 4/1988, *de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 1988, pp. 31 y ss. En todo caso, debe subrayarse que este consenso es difuso –como no podía ser de otro modo–, no técnico, que se agota normalmente en pedir una "respuesta contundente"; *vid.* a continuación en el texto.

[32] Cfr. la sintética caracterización de la situación por HASSEMER, en: *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts* (nota 3), 113; *vid.* también CANCIO MELIÁ, ZStW 117 (2005), pp. 267 y *ss.*, 273 y ss.

III- POLÍTICA CRIMINAL DE LA *LUCHA CONTRA EL TERRORISMO*

Finalmente, se harán algunas reflexiones acerca de la ideología penal de la internacionalización con base en el caso de los delitos de terrorismo: un ámbito en el que lo drástico de la más reciente evolución ha producido una aceleración y una especial densidad en la globalización de los discursos. Estas consideraciones muestran que a pesar de la invocación manifiesta de un solo pilar de apoyo –como antes se ha esbozado: prevención fáctica– cabe constatar también un elemento de ideología penal de características distintas: un mecanismo *normativo* distorsionado, una *construcción* de identidad social. A continuación, se abordará la política criminal práctica en materia de delitos de terrorismo *(infra* A). Después se recordarán algunas de las características empíricas del terrorismo como fenómeno social *(infra* B). Sobre esta base, finalmente, podrá hacerse alguna valoración de las consecuencias de la ideología penal subyacente sobre el ordenamiento jurídico-penal *(infra* C).

A) Eficiencia preventiva y demonización

1. Si algo ha mostrado el debate generado acerca del concepto del "Derecho penal" del enemigo (un sector de regulación en el que se adelanta al máximo la barrera de criminalización, se elevan las penas de modo drástico y se restringe sensiblemente el estatuto procesal del imputado ([33])) para las infracciones en materia de terrorismo, es que la estrella en el arsenal argumentativo a favor de reglas completamente distintas para los *enemigos* (terroristas) está –de modo paralelo a lo que

[33] Sobre la situación político-criminal general, *vid.* por todos la fundamental síntesis elaborada por SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*[2] (nota 3), *passim*, y, muy recientemente, el profundo estudio de BRANDARIZ GARCÍA, *Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempos de declive del Estado social y de crisis del Estado-Nación*, 2007. En este contexto, en la discusión ha adquirido enorme protagonismo la noción de "Derecho penal del enemigo"; sobre el concepto, *vid.* sólo JAKOBS, ZStW 97 (1985), pp. 753 y ss.; IDEM, HRRS 3/2004; IDEM, *Die Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, pp. 40 y ss.; IDEM, en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2006, t. 2, pp. 93 y ss. Subrayando la potencia analítica del concepto, y en contra de su compatibilidad con un Derecho (penal) de un estado de Derecho CANCIO MELIÁ, ZStW 117 (2005), pp. 267 y ss.; IDEM, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*[2] (nota 30), pp. 85 y ss. Desde el punto de vista aquí adoptado, la polémica internacional generada en torno a este concepto está siendo muy fructífera; *vid.* sólo los numerosos trabajos recogidos en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA, *Derecho penal del enemigo*, 2 volúmenes *(vid. supra).*

sucede en otros sectores de regulación implicados en esta evolución político-criminal, pero aquí con mucho mayor intensidad– en la cuestión de la *peligrosidad* de los actos de los terroristas y en la consiguiente necesidad de su prevención instrumental ([34]), al tratarse de una fuente de peligro especialmente significativa ([35]). Dicho en las palabras del actual Ministro federal del interior alemán: "En la lucha contra el terrorismo tenemos que hacer uso efectivo de todos los instrumentos que están a disposición del terrorismo. El Derecho penal es parte de una misión de seguridad del Estado de orientación preventiva. Tenemos que combatir el terrorismo, también con el Derecho penal, allí donde comience a ser peligroso, y no sólo una vez que se hayan producido atentados" ([36]). Dicho en una frase: aquí es especialmente evidente que se produce un "cambio de orientación fundamental, desde la policía reactiva de acontecimientos hacia la policía proactiva y la gestión de riesgos" ([37]).

2. Como es sabido, la internacionalización antes esbozada, tanto del Derecho penal como de los discursos penales, es especialmente intensa en este campo: en lo que se refiere a una internacionalización *del Derecho penal*, sobre todo después de los ataques del 11.9.2001 puede hablarse de una actividad frenética en los esfuerzos internacionales de armonización ([38]) y en las iniciativas de armonización y de cooperación en el marco de la EU ([39]). Sin embargo, la cosecha de internacionalización real, iuspositiva, es más bien escasa: a pesar de que la implosión de la URSS debería haber facilitado el camino, aún no se ha alcanzado el denominador mínimo común que debería suponer una definición internacional del terrorismo; incluso dentro de la UE, en lo que se alcanza a ver, la Decisión Marco

---

[34] *Vid.* en Alemania sólo JAKOBS, en: IDEM/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 1.ª ed., 2003, p. 42; también IDEM, ZStW 117 (2005), p. 847; en el mismo sentido ROELLECKE, JZ 2006, pp. 265 y ss., 269; SCHÄUBLE, ZRP 2006, p. 71; acepta estos términos de discusión, aún partiendo de una posición opuesta, por ejemplo, ALBRECHT, ZStW 117 (2005), p. 855.

[35] Cfr., por ejemplo, en términos más generales, SILVA SÁNCHEZ (en: *La expansión*[2] [nota 3], p. 163): "fenómenos ... que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado"; "reacciones ceñidas a lo estrictamente necesario para hacer frente a fenómenos excepcionalmente graves" (*ibid.*, p. 166).

[36] SCHÄUBLE, ZRP 2006, p. 71.

[37] WALKER, Crim. L. R. 2004, p. 315.

[38] Cfr. por ejemplo CHERIF BASSIOUNI (ed.), *La cooperazione intemazionale per la prevenzione e la repressione della criminalitá organizzata e del terrorismo, 2005.*

[39] *Vid.* ante todo la. Decisión Marco de 13.6.2002; cfr. AMBOS, *Internationales Strafrecht* (nota 10), 12/17.

sobre la cuestión no ha conducido a modificaciones decisivas en los ordenamientos penales (con exclusión de aquellos que carecían de toda regulación) estatales, aunque sí ha generado problemas de coherencia internos de las distintas regulaciones ([40]). Por otro lado, parece claro que los *discursos* penales relativos al terrorismo –y, en la base de éstos, la representación en los medios de comunicación, que garantiza (sobre todo, cuando hay imágenes) a los actos terroristas en todo el mundo una posición preferente en la prensa convencional, en televisión y en internet– son verdaderamente globales. En ellos queda condensada toda la problemática de un modo que puede denominarse *terminal*, por las dimensiones apocalípticas que asume casi siempre en el discurso público la referencia a la peligrosidad de los terroristas: ante los modos completamente irrestrictos que muestra el más reciente terrorismo de inspiración religioso-política de orientación islámica, condensados en los atentados del 11 de septiembre de 2001, del 11 de marzo de 2004 y del 7 de julio de 2005 ([41]), la cuestión que se plantea es, nada más y nada menos, la de si nuestra sociedad está dispuesta a *sucumbir* ante los riesgos emanados del terrorismo, o estará, en cambio, preparada para asumir *recortes en las libertades* ([42]).

3. A pesar del dominio prácticamente incontestado de esta argumentación preventivista, sin embargo, ya en el *plano empírico* hay que constatar que no hay certeza alguna acerca de la eficacia preventiva de determinadas medidas jurídico-penales. Así, por ejemplo, no está claro si en e! proceso de disolución de las organizaciones terroristas surgidas en los años sesenta y setenta del siglo pasado tuvieron algún papel significativo las normas de excepción introducidas en e! ordenamiento penal

[40] Se manifiestan en sentido crítico sobre la relevancia intrínseca de la Decisión Marco (y/o su transposición al Derecho del Estado miembro) respecto de los distintos ordenamientos estatales FIGUEIREDO DIAS/PEDRO CAEIRO, RL] 135 (2005), pp. 70 y ss., 88 y s.; GARCÍA RIVAS, RGDP 4 (2005). pp. 1 y ss., 13 y ss., 19 y ss.; PICOTTI. en: *Criminalitá transnazionale* (nota 3). pp. 115 y ss.; STEIN, GA 2005, pp. 433 y ss., 444 y ss.; WALKER, Crim.L.R. 2004. p. 324.

[41] Si se examinan las páginas que dedica LAQUEUR en una obra general al terrorismo en Europa en el año 1992 *(Europe in Our Time. A History* 1945-1992. pp. 446 y ss.). llama poderosamente la atención la tranquilidad de espíritu con la que se examina el fenómeno en comparación con la impronta de las aproximaciones en estos momentos.

[42] *Vid.* sólo la formulación dramática de JAKOBS (en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*[2] [nota 30], pp. 75 y s.): "... quien defienda la posición de que en el Estado de Derecho siempre *todo* debe convertirse en realidad, debería saber que aquel 'todo' en la realidad concreta se ve acompañado por un 'o nada....

([43]). Aquí e! punto de partida ha de estar, por el contrario, en la constatación de que es muy difícil evaluar cuál ha sido e! papel concreto de la existencia de determinadas reglas jurídico-penales (mientras que sí parece razonable pensar que podrá cuantificarse, en alguna medida, la influencia de la organización de los servicios de policía preventiva ([44])); esta cuestión, como en otros ámbitos de regulación, se sustrae a afirmaciones empíricas de cierta consistencia. Por otra parte, no hay que subrayar especialmente que las cuestiones de prevención negativa y de eficiencia de la persecución penal se presentan de un modo completamente diverso al habitual (es decir: mucho peor ([45])) cuando se trata del nuevo terrorismo al que al principio se ha hecho referencia: de terroristas suicidas ([46]) de orientación religiosa ([47]), organizados en pequeños grupos de acción autónomos, pero con conexiones transnacionales ([48]). En este sentido, respecto de sus formas de organización en la actualidad, en

---

[43] Ese parece ser el caso, en particular, en la República Federal de Alemania, del paso de la "primera generación" de la "Fracción del Ejército Rojo" [RAF, *Rote Armee Fraktion]* a las sucesivas oleadas de miembros de ese grupo terrorista; cfr., por ejemplo, Dencker, StV 1987, pp. 117 y ss.; Düx, ZRP 2003, pp. 191 y *s.;* respecto del caso paralelo de la legislación antimafia por todos MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale,* 2.ª ed., 1997, pp. 53 y ss.

[44] Así, por ejemplo, WALKER, Crim. L.R. 2004, p. 327. *Vid.* sólo los perturbadores datos que ofrece SCHEERER *(Die Zukunft des Terrorismus. Drei Szenarien, 2002,* pp. 67 y ss.) en torno a lo concretas que eran las predicciones de diversos ámbitos expertos respecto de la inminente producción de un atentado como los ocurridos el 11.9.2001; igualmente perturbadores son los fallos en el sistema de inteligencia y judicial que pudieron advertirse en el caso español con posterioridad a los atentados de Madrid de 11.3.2004; *vid.* sólo DE LA CORTE IBAÑEZ, *Athena Paper* 21 (11/2007), pp. 9 y ss., con ulteriores referencias.

[45] SCHÜNEMANN en HEGER, ZStW 117 (2005), p. 882, afirma que en este ámbito el Derecho penal fracasa en todo caso.

[46] Una modalidad de actuación de especial poder propagandístico en el interior del "campo" del terrorista, ya que" ... el rol del mártir integra las mejores virtudes de los otros dos estereotipos ... : el de las víctimas y el de los héroes o guerreros" (DE LA CORTE, en: BLANCO/DEL ÁGUILA/SABUCEDO, *Madrid 11-M. Un análisis del mal y de sus consecuencias,* 2005, p. 204). En todo caso, como subraya AULESTIA URRUTIA, *Historia general del terrorismo,* 2005, pp. 237 y *ss.,* hay que diferenciar orígenes y orientaciones diversas dentro de lo que podría denominarse terrorismo suicida y no perder de vista que no es un fenómeno nuevo *(op. cit.,* pp. 239 y *ss.).*

[47] Cfr. sobre este fenómeno sólo WALDMANN, *Terrorismus. Provokation der Macht,* 1998, pp. 61 y *ss.,* 63; JUERGENSMEYER, *Terror in the Mind of God. The Global Rise of Religious Violence,* 3.ª ed., 2003, *passim;* LUTZ/LUTZ, *Global Terrorism,* 2004, pp. 82 y *ss.;* SAGEMAN, *Understanding Terror Networks,* 2004, *passim;* ALONSO, en: *Madrid 11-M* (nota 46), pp. 113 y *ss.,* 123 y *ss.,* 128 y *ss.*

[48] Subraya este rasgo de las nuevas formas de terrorismo, por ejemplo, REINARES, *Terrorismo y antiterrorismo,* 1998, pp. 211 y ss.

efecto, se ha dicho que su estructura obedece más al modelo de la franquicia orientada en un sistema de nodos sin jerarquía vertical "clásica" ([49]). Parece claro que en el caso de estos grupos, resultaría imposible desarticular –usando sólo medios de persecución criminal y duraderamente– una organización multicéntrica y carente de una verdadera estructura funcional en su conjunto.

4. La fijación político-criminal por la prevención fáctica, por lo tanto, no se halla respaldada por la comprobación de los efectos reales de determinadas medidas penales. Esto es indicativo de que esta fundamentación permanece en la superficie, mientras que otros elementos decisivos de la evolución del discurso jurídico-penal quedan latentes. Dicho en una frase: bajo la apariencia de la toma de medidas (dolorosas, pero) eficaces, del discurso preventivista, en realidad aparece el motor de la *demonización* como multiplicador social del Derecho penal del enemigo ([50]). Este proceso de definición de la identidad social mediante exclusión de determinadas categorías de sujetos, convertido en línea directriz del Derecho penal, explica algunas de las características del proceso de internacionalización que antes se ha esbozado con carácter general. En este sentido, sobre esta base es posible comprender la preeminencia del elemento colectivo en todos los ámbitos de la nueva política criminal: el mecanismo de categorización, de definición de un (amenazante) colectivo como *enemigo* sólo funciona si se refiere a grupos de autores, no a individuos. También queda claro cómo es posible que sólo algunos de los factores de criminalidad transnacional ingresen verdaderamente en la agenda político-criminal, y otros no: sólo aquellos segmentos de criminalidad que puedan identificarse como cometidos por categorías de sujetos amenazantes para la identidad social. En lo que aquí interesa, entonces, basta con constatar que la fundamentación de la especificidad de las

---

[49] De hecho, lo normal es referirse a estas organizaciones, en particular, a Al Quaida. como "red"; *vid.* sólo LUTZ/ LUTZ, *Global Terrorism* (nota 47), pp. 82 y *ss.*; DE LA CORTE/JORDÁN, *La yihad terrorista,* 2007, cap. 6, respectivamente, con ulteriores referencias. Sobre los cambios en los modos de actuación y organización de este *nuevo terrorismo vid.* sólo ALONSO, en: *Madrid 11-M* (nota 46), pp. 113 y ss., 123 y *ss.*, 128 y *ss.*; específicamente en relación con la red asentada en España que organizó en los atentados del día 11.3.2004 en Madrid, JORDÁN, en: *op. cit.,* pp. 79 y *ss.*, 83 y *ss.* (cfr. el cuadro, especialmente significativo por sus diferencias radicales con un *organigrama* clásico, en p.85),89 y *ss.*, 97 y *ss.*, 101 y *ss.*; DE LA CORTE/JORDÁN, *La yihad terrorista,* cap. 7.3, respectivamente, con ulteriores referencias.

[50] *Vid.* con más detalle CANCIO MELIÁ, ZStW 117 (2005), pp. 267 y *ss.*

infracciones de terrorismo no puede descansar exclusivamente en la espiral interminable de la "necesidad" preventivo-fáctica. Para progresar en el análisis, parece conveniente tener en cuenta el funcionamiento del delito terrorista como estrategia de comunicación, como *provocación del poder* ([51]).

B) Acción y reacción

1. Como es sabido, los delitos de terrorismo pretenden provocar *reacciones del Estado,* hasta alcanzar, como punto de llegada de su estrategia, la *rebelión popular.* Esta estrategia no sólo implica la acción hacia los *enemigos,* que deben ser intimidados, sino también frente a los *amigos:* como indica *Scheerer,* la estrategia del terrorismo no estatal consiste desde sus orígenes sobre todo en alcanzar la hegemonía en su "propio campo" a través de la espiral acción-reacción ([52]). Con carácter más general, es constante la referencia al terrorismo, ante todo, como mecanismo de comunicación social ([53]), es decir, como "método" de acción política utilizado por muy diversos grupos ([54]); esta comunicación se dirige tanto hacia el propio "campo" como hacia al ajeno, con diversos mensajes: "en lugar de tratar los actos de terrorismo como 'violencia sin sentido'", deben considerarse más bien "... como una especie de lenguaje violento" ([55]). El fenómeno del terrorismo no puede aprehenderse si no se tiene en cuenta la estrategia de comunicación que se halla después de los actos de violencia: "... ésta es la dialéctica de la estrategia de la lucha antiimperialista: que mediante... la reacción del sistema, la escalada de la contra-revolución, la transformación del estado de excepción político en un estado de excepción militar el enemigo se identifique, ... y así, mediante su propio terror, levante las masas en su contra, intensifique las

[51] Es ésta una tesis extendida a la hora de comprender el terrorismo en el campo de las ciencias sociales; *vid.,* por ejemplo, WALDMANN, *Terrorismus* (nota 47), pp. 27 y ss., con ulteriores referencias.

[52] *Zukunft des Terrorismus* (nota 44), pp. 34 y ss., 50 y ss.

[53] Cfr. últimamente, por ejemplo, la definición propuesta por DE LA CORTE IBÁÑEZ, *La lógica del terrorismo,* 2006, pp. 42 y s.

[54] *Vid,* por ejemplo, DE LA CORTE IBÁÑEZ, *La lógica del terrorismo* (nota 53), p. 32.

[55] SCHMID/DE GRAAF, *Violence als Communication. Insurgent Terrorism and the Western News Media,* 1982, p. 1; *vid.* también, por ejemplo, WALDMANN, *Terrorismus* (nota 47), pp. 49 (recordando la autoidentificación del terrorismo anarquista de finales del siglo XIX como "propaganda a través del hecho"), 29 y ss., 56 y ss. (en cuanto al papel de los medios de comunicación); DE LA CORTE IBÁÑEZ, *La lógica del terrorismo* (nota 53), pp. 42, 48 y s.

contradicciones, haga inevitable la lucha revolucionaria" ([56]). Aún en el argot específico, la cuestión está clara: la intención fundamental en la provocación del poder, en la concreta estrategia política, es ante todo obtener un cambio de *status* simbólico: dicho en una palabra, el reconocimiento de la condición de beligerante, como elemento definitivo para ampliar su influencia social en su "campo". Para ello, son los terroristas los primeros interesados en muy diversas facetas de militarización del lenguaje y de los modos de actuación, también en relación con sus acciones hacia el exterior: los atentados son "acciones" u "operaciones", los presos, "prisioneros", pequeños grupos de sujetos aislados que se ocultan bajo nombre falso pretenden ser "ejércitos" ([57]).

2. Sin embargo, como es obvio, esta estrategia de comunicación· depende del establecimiento de una ficción: las organizaciones terroristas precisamente *no* están en condiciones de hacer uso de instrumentos verdaderamente *militares* en su confrontación con el Estado ([58]). El terrorismo es siempre el recurso de una organización débil en términos de fuerza militar ([59]). Por ello, necesita de un equivalente funcional a esa fuerza militar ([60]). Este equivalente está precisamente en el uso de los medios específicamente *terroristas:* la selección de distintos objetivos a los que

---

[56] Texto de la RAF (1977), recogido en: WALDMANN, *Terrorismus* (nota 47), p. 27.

[57] *Vid.* sólo WALDMANN, *Terrorismus* (nota 47), pp. 171 y ss.

[58] Por ello puede decir WALZER *(Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos* [trad. de la 3.ª ed. en inglés], 2001, p. 269) desde la perspectiva militar que" ... el terrorismo es una manera de evitar el combate con el enemigo. Representa una forma extrema de la estrategia del 'acercamiento indirecto'"; *vid.* en el mismo sentido WALDMANN, *Terrorismus* (nota 47), p. 35.

[59] Cfr., por ejemplo, WALDMANN, *Terrorismus* (nota 47), p. 35; *vid.* los criterios que propone DE LA CORTE IBÁÑEZ *(La lógica del terrorismo* [nota 53], pp. 46 y ss.) para diferenciar la actividad terrorista de otras formas de violencia política (la guerra convencional y la guerra de guerrillas).

[60] Un detalle significativo en este sentido es que uno de los precedentes más lejanos del uso de la intimidación masiva como estrategia política, el de la actuación del grupo sectario de los asesinos en la Edad Media en Oriente próximo, surgió –en cuanto organización dedicada al asesinato político masivo– precisamente una vez constatada la debilidad del grupo en sus inicios de actividad militar "regular" *(vid.* sólo DE LA CORTE IBÁÑEZ, *La lógica del terrorismo* [nota 53], p. 24). En general, el carácter de "equivalente funcional" del método terrorista en el marco de estrategias de subversión violenta viene demostrado por la combinación del uso del terrorismo con métodos militares como la guerra de guerrillas; *vid* sólo DE LA CORTE IBÁÑEZ, *op. cit.,* pp. 33, 44 y s. En este ámbito, parece adecuado distinguir -una vez definido el terrorismo fundamentalmente como un determinado *método* de actuación política violenta- entre el uso táctico-ocasional y el uso estratégico del terrorismo; *vid,* por ejemplo, REINARES, *Terrorismo y antiterrorismo* (nota 48), pp. 20 y ss.

agredir con el objetivo de generar una *intimidación masiva* que equivalga a la amenaza de uso del poder militar ([61]). Con independencia de cuál sea el criterio de selección de los objetivos ([62]) (miembros de un ejército o de las fuerzas de seguridad; representantes políticos o de los poderes económicos; ciudadanos de una determinada nacionalidad o pertenecientes a un determinado grupo social o étnico) en la *última frontera* que a este respecto representa el terrorismo milenarista-islámico: *todos* los *infieles),* este mecanismo depende esencialmente de que los efectos de atemorización se extiendan mucho más allá de las personas efectivamente atacadas. Por ello, es esencial en la estrategia el carácter *aleatorio* ([63]) de la identificación concreta de los individuos dentro de la categoría *neutralizada* y elegida como "objetivo" (término al que, de nuevo en paralelismo al ámbito militar, se le suele añadir el adjetivo "legítimo") ([64]).

C) Consecuencias para el Derecho penal y la ciencia del Derecho penal.

I. Que el Estado no debe acomodarse a esta apuesta de acción-reacción planteada por la organización terrorista es evidente desde una *perspectiva principialista-normativa,* pensando en el *Estado de Derecho* como conjunto de principios estático y asentado, contra el cual precisamente se dirige el programa político de la actividad terrorista. Con toda claridad, este riesgo fue presentado por *Rudolphi* hace ya casi treinta años: "Si se

---

[61] WALZER, *Guerras justas e injustas* (nota 58), pp. 269 y s., 271 y ss., estima que el terrorismo como violencia aleatoria generalizada (por contraposición al asesinato político, que en su opinión habría caracterizado las acciones de militantes anarquistas a finales del siglo XIX y principios del siglo XX) surge sólo una vez que, en la segunda guerra mundial, se incorpora al arsenal de opciones operativas militares.

[62] Puede afirmarse que en la selección de las víctimas de los ataques por parte de las organizaciones terroristas se ha producido un proceso de profundización en la despersonalización en el terrorismo moderno; de criterios de selección más próximos al asesinato político, va pasándose a una selección cada vez más amplia de los "enemigos", hasta incluir e! conjunto de la población; *vid* sólo WALDMANN, *Terrorismus* (nota 47), pp. 49, 49 y ss.; WALZER, *Guerras justas e injustas* (nota 58), pp. 271 y ss.

[63] "Esa aleatoriedad es la característica determinante de la actividad terrorista", WALZER, *Guerras justas e injustas* (nota 58), p. 269.

[64] Precisamente puede pensarse que en este cálculo terrorista *(usar* bienes jurídicos individuales de máxima categoría para hacer ilegítimamente política, convirtiendo la violencia en parte de una representación) está el fundamento de un injusto de especifica gravedad en los delitos terroristas; *vid.* próximamente CANCIO MELIÁ, "Sentido y límites de los delitos de terrorismo", en prensa para: GARCÍA VALDÉS *et al.* (ed.), *Libro homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig (4/2007).*

quiere evitar que el Estado de Derecho sea vaciado y minado desde dentro por la lucha contra el terrorismo, ha de prestarse una estricta atención a que no se renuncie de ningún modo a los principios propios del Estado de Derecho. Hay que evitar que nuestro Estado de Derecho ni siquiera por aproximación se convierta en aquella imagen que los terroristas, desconociendo radicalmente la realidad, presentan ya ahora injuriosamente de él. Pues también esto en última instancia supondría el triunfo de los terroristas sobre el Estado de Derecho" ([65]). Esta consideración también debe ser tenida en cuenta en el plano fáctico-político. En este sentido, un Derecho penal exacerbado puede convertirse en un factor real que potencie la persistencia ([66]) de infracciones terroristas al integrarse en el diseño de acción de las organizaciones: "... como nadie ignora, una práctica común en la estrategia de las organizaciones terroristas consiste en inducir al Estado de derecho a entrar en esa destructiva forma de conflicto consigo mismo que representa el recurso a medidas excepcionales" ([67]). Esta consideración no deriva de una determinada tradición jurídica (continental), sino afecta a las bases comunes del Estado *occidental:* dicho en las (ya famosas, a pesar de recientes) palabras de Lord *Hoffmann,* miembro de la Cámara de los Lores británica, incorporadas a la sentencia referida a la Ley antiterrorista británica del año 2001, según la cual ésta sería incompatible con la Constitución británica en la formulación aprobada por el Parlamento: "Tal facultad [de detención sin plazo y sin existencia de indicios judicialmente verificados], en cualquier forma, no es compatible con nuestra Constitución. La verdadera amenaza a la vida de la nación, en el sentido de un pueblo viviendo de acuerdo con sus leyes y valores políticos tradicionales, *no proviene del terrorismo, sino de leyes como éstas. Ésta es la verdadera medida de lo que el terrorismo puede llegar a Lograr. Es el Parlamento quien debe decidir si otorga a Los terroristas taL victoria ([68]).*

---

[65] ZRP 1979, p. 214.

[66] GIMÉNEZ GARCÍA JpD 30 (1997), p. 20, habla de la posibilidad de que la reacción jurídico-penal se convierta en un "elemento de cohesión del terrorismo".

[67] Voto particular (magistrados MARTÍN PALLÍN, GIMÉNEZ GARCÍA, ANDRÉS IBAÑEZ) a la STS 197/2006, de 20.2.2006, noveno *in fine.*

[68] [2004] UKHL 56, para. 97 *(Lord Hoffinann),* sin cursiva en el original. *On appeal ftom: [2002] EWCA Civ 1502 A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary o/State Jor the Home Department (Respondent) X (FC) and another (FC) (Appellants) v. Secretary o/State Jor the Home Department (Respondent),* de 16.12.2004. Cfr. el texto completo de la resolución en: http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&oth-

2. En todo caso, es difícil que se pueda aislar para un análisis "eficientista" sólo la cuestión de la efectividad preventiva: en efecto, es un auténtico lugar común la idea de que dentro de este balance debería tenerse en cuenta de modo muy especial que las normas de estas características tienden a *contaminar* otros ámbitos de incriminación –como muestran múltiples ejemplos históricos– ([69]), de modo que hay buenas razones para pensar que es ilusoria la imagen de dos sectores del Derecho penal (el Derecho penal de ciudadanos y el Derecho penal de enemigos) que puedan compartir espacio vital en un mismo ordenamiento jurídico: "... lo más grave de la legislación antiterrorista... es que da la imagen distorsionada de que se va a aplicar sólo y exclusivamente a los terroristas" ([70]).

En efecto: el argumento del *control mediante juridificación* que esgrimen quienes se muestran partidarios de sectores de regulación de estas características no puede convencer ([71]). En este contexto, podría pensarse en una especie de tesis de los *vasos comunicantes:* en cuanto menos estricto el Estado de Derecho, menos crimen de Estado *en Las cloacas* –aunque, en lo que se alcanza a ver, tal argumento no es manejado expresamente, parece probable que se tome en consideración implícitamente– debe descartarse de plano: aparte de que tampoco aquí existe evidencia empírica que indique que los Estados que *relajan* determinados criterios de imputación –o precisamente por ello– optan por un menor nivel de actuación ilegal a través de mecanismos jurídicamente más *opacos* (servicios de inteligencia u organismos militares), hay indicios de que puede llegar a ocurrir lo contrario (o al menos, que puede afirmarse esto con la misma justificación o falta de ella que la tesis del control por juridificación). Piénsese sólo, en el momento actual, en la convivencia, dentro de la política de los EE.UU., del abierto reconocimiento de zonas de intervención sobre sujetos sin derechos formales (la doctrina de los *enemy*

1.htm; el pasaje concreto de la argumentación de Lord HOFFMANN, en: *http://www.*publications.parliament.uk/pa/ld200405ldjudgmt/jd0412161/a&oth-6.htm.

[69] *Vid.*, por ejemplo, TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho* (nota 31), pp. 33, 56: "innegable vocación expansiva".

[70] Así BUSTOS RAMÍREZ, en: *LOSANO/MUÑOZ CONDE, El Derecho ante la globalización y el terrorismo. 'cedant arma togae:* 2004, sintetizando el peligro para el valor seguridad jurídica, pp. 403 y ss., 406 y s., 408.

[71] *Vid.* TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho* (nota 31), pp. 33, 56; SANDER, en: *Jenseits des rechtsstaatlichen Straftechts* (nota 3), pp. 260 y ss., 262; BRANDARIZ GARCÍA, *Política criminal de la exclusión* (nota 33), pp. 199 y ss., 249 y ss.

combatants corno *tertium* junto con delincuentes y prisioneros de guerra) ([72]) no ha impedido la existencia de zonas de actuación de hecho sin más, y secretas (un ejemplo actual lo constituyen los traslados especiales a centros de tortura en terceros países investigados en estos momentos por el Parlamento Europeo en lo que se refiere a su tránsito por territorio de la EU ([73]). Y ejemplos paradigmáticos de la convivencia de un Derecho penal (formal) de combate y las vías de hecho de diversos servicios para policiales lo ofrecen numerosas dictaduras históricas ([74]). De hecho, parece que el pronóstico más razonable es el contrario: que no podrán *convivir pacíficamente* porque la presencia de una regulación en términos de Derecho penal del enemigo acaba extendiendo su lógica más allá de! campo de regulación inicial.

3. Si, finalmente, en el ámbito de la ciencia penal, se intenta traducir el paradigma internacionalizado *de combate* de la ideología penal dominante al lenguaje de la teoría, parece evidente que aquí se plantea la cuestión básica de todo Derecho penal moderno acerca de los límites del cometido social de la prevención para el sistema jurídico-penal: se trata de las "devastaciones de la prevención" ([75]). Es ésta una cuestión que, desde luego, no es nueva en la discusión teórica. Si un problema central de la teoría de la pena, sometido a análisis desde muy diversas perspectivas durante toda una larga tradición, es el eje central de una evolución político-criminal actual, y esta venerable discusión prácticamente no aparece de ningún modo en la discusión pública, parece claro que e! déficit es de carácter fundamental. El discurso unilateral de la política criminal practica debe ser contestado por un análisis de los concretos fines de la pena en cada caso. Más aún, en un plano internacional: debe haber menos mera técnica regulatoria y más debate acerca de los fundamentos para generar un debate (científico) internacional.

---

[72] *Vid.* sólo las amplias referencias contenidas en http://web.amnesty.org//pages/guamanamobay-index-eng.

[73] Cfr. el borrador de informe del diputado *Fava* en http://www.statewatch.org/cia//repores/ep-cia~imerim-report-english. pdf.

[74] Sobre la convivencia y mistificación progresiva de sistema jurídico-penal formal y aparato de represión informal en el caso del régimen nazi, *vid.* sólo MARXEN, en: DIESTELKAMP/STOLLEIS, *Justizalltag im Dritten Reich,* 1988, pp. 101 y *ss.;* SAFF, *Justiz im Dritten Reich. Eine Dokumentation,* 1978, pp. 54 y *ss.,* 58, 59 y *ss.*

[75] HASSEMER, en: *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts* (nota 3), p. 103.

Con esto no se ha avanzado mucho, claro está, en el acompañamiento (o en la limitación) de la internacionalización expansiva en los términos que corresponden en un Estado de Derecho; sin embargo, al menos parece constatarse que la fijación (social y política) generalizada del Derecho penal internacionalizado en objetivos que quedan fuera de su alcance (de modo manifiesto, en la prevención fáctica; de manera latente, en una construcción forzada de identidad social mediante exclusión de categorías de autores-enemigos), en imposibles, no debe quedar sin un contradiscurso científico. Que éste no haya tenido demasiado peso hasta el momento no puede explicarse sencillamente con base en el rudo *esprit du temps* ([76]), que callaría cualquier discurso jurídico; también hay que constatar deficiencias de comunicación en el sistema científico: la ciencia del Derecho penal debe aprender a hablar ([77]).

[76] En este sentido, dice acertadamente NAUCKE *(Strafrecht. Eine Einführung*, 9.ª ed., 2000, 4/21) (respecto de la criminalidad organizada): "... las expectativas respecto de los éxitos preventivos de la punición crecen; la tendencia a respetar 'la delimitación y restricción jurídica de la pena desciende."

[77] Así el título del artículo del periodista PRANTL, en: ESER/HASSEMER/BURKHARDT (ed.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft* (nota 19), pp. 339 y ss.

Derecho Tributario

EL DESTINO DE LAS CONTRIBUCIONES AL GASTO PÚBLICO

José Vicente Troya Jaramillo

No taxation without representation vs. spending power.

1. Introducción. 2. Los tributos como ingresos públicos destinados al gasto público y como instrumentos de política económica. 3. Los principios de reserva de ley en el orden tributario y de legalidad en el gasto público. 4. Conclusiones.

1. Los tributos o contribuciones suelen ser los ingresos públicos de mayor importancia para los fiscos nacionales o seccionales. Los ingresos patrimoniales tienen también significación, particularmente para los países en los cuales se sustenta que los recursos naturales como el petróleo, los minerales, el gas, las aguas, la biodiversidad, las tierras baldías, las zonas de playa y otros como las frecuencias de radio, de telecomunicaciones, televisivas y telefónicas son de dominio eminente del Estado. Las regalías, cánones o precios que se aplican por la utilización de estos bienes sirven junto a los tributos para solventar el gasto público, así como, para servir la deuda pública. La doctrina jurídica se ha preocupado ampliamente de los tributos, mas, no lo ha hecho en la misma medida respecto del gasto público.

Particularmente es necesaria una reflexión que afronte los nexos jurídicos entre los tributos y el gasto público. No es suficiente afirmar que los tributos son ingresos que financian el gasto público. Los contribuyentes en su calidad de tales tienen el derecho a que se les cobre las contribuciones en la justa medida establecida por la ley, mas, al propio tiempo, lo tienen para que el gasto se erogue con honestidad, con equidad, con transparencia y en forma fructuosa.

Hemos de partir del supuesto cierto que todos los administrados son contribuyentes, ya porque satisfacen obligaciones tributarias por sus rentas o patrimonios, o porque lo hacen con ocasión de los consumos que

realizan. Pueden también serlo por otros índices de capacidad contributiva, cuales son los acrecimientos gratuitos o por la intervención en actos o contratos.

La consagración constitucional de los postulados de justicia y solidaridad del gasto público abonan a la reflexión de si existe una relación, no únicamente económica y financiera, sino también de contenido jurídico, entre los tributos y el gasto público. El responder esta cuestión es el objeto de este análisis, que además responde a la percepción Emp.-rica que se tiene de que los contribuyentes satisfacen de mejor manera las cargas tributarias cuando consideran que se ha realizado el gasto acorde con los postulados enunciados.

2. Los tributos son ingresos públicos y al propio tiempo instrumentos de política económica. Esta especial proyección es particularmente aplicable a los impuestos; no la tiene, sino atenuadamente, respecto de las tasas o derechos, y de los contribuciones especiales tanto las de mejora cuanto las de gasto.

Los tributos existen para que el Estado, a más de otros, cuente con recursos y pueda cumplir sus fines. Las prestaciones pecuniarias, por tanto, se entregan con ese objeto. Sin embargo, es necesario examinar si ese elemento es o no definitorio del tributo. Montero Traibel[1], sustenta que el elemento obtención de recursos es totalmente irrelevante, pues, tienen el carácter de tributo aquellos que tienen por objeto el ingreso, así como los que buscan fines extrafiscales. Aún más, advierte el autor, ese elemento no es idóneo para distinguir los diferentes tipos de tributos. Autores como Valdés Costa[2] y Villegas[3], incluyen en su definición el que los tributos son prestaciones creadas para cubrir el gasto público. Blumenstein[4] no incluye esa característica en su definición. El asunto debe ser examinado en los planos anterior y posterior a la efectiva aplicación de los tributos. Es evidente que la razón de ser de los tributos

[1] J. P. Montero Traibel, *Derecho Tributario Moderno*, vol. Primero, t. 1, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria 1977, p. 173 y 178.

[2] Ramón Valdés Costa, *Curso de Derecho Tributario*, Montevideo, 1970 p. 2 | 4 y 216.

[3] Héctor B. Villegas, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, T I., Buenos Aires, Ediciones Desalma, 1980, p.72.

[4] Ernst Blumenstein, *Sistema di Diritto delle imposte*, Milano, Dott. Antonio Giuffré, Editores, 1954, p.1

es la de ser recursos públicos y por eso, las prestaciones que se exijan coactivamente y no tengan esa vocación, no deben considerarse tributos. Tales rubros tendrán otra naturaleza. Con todo, al mismo tiempo, puede perseguirse otros propósitos con la aplicación de tributos, singularmente de política fiscal. Así, redistribuir el ingreso, alentar determinadas actividades, restringir otras, es decir, de modo general, procurar fines extrafiscales. Puede ocurrir que en la efectiva aplicación de los tributos, y por eso la importancia de considerar un plano anterior y otro posterior, se consiga únicamente fines extrafiscales y que los recaudatorios sean nulos o casi nulos. En este supuesto, el tributo no deja de ser tal. Un caso peculiar es el de las salvaguardias y derechos en contra del *dumping* previstos en las reglas de la Organización Mundial de Comercio, a virtud de los cuales, en su orden, se incrementan los impuestos arancelarios a la importación de bienes con la finalidad de evitar el menoscabo de las fuentes de producción de los países receptores de los mismos y de enervar la baja artificiosa de precios por parte de los exportadores. En estos impuestos arancelarios predomina el fin extrafiscal sobre el recaudatorio.

Otra consideración a proponerse es que, establecido un tributo, al mismo tiempo pueden incluirse criterios para su atenuación, cuales son exenciones, reducción de la prestación, deducciones especiales, etc. En tal caso, igualmente, lo general y de principio es la creación del tributo como instrumento idóneo para generar recursos públicos; lo adicional, pero también importante, los variados instrumentos para conseguir finalidades extrafiscales.

La proyección extrafiscal de los tributos tiene rango constitucional en el Ecuador. Desde que se expidió la Constitución de 1967, hasta la vigente de 1998, se ha incluido en sus textos los fines extrafiscales. La Constitución de 1998, en su art. 256 inciso segundo prevé que *las leyes tributarias estimularán la inversión, la reinversión, el ahorro para el desarrollo nacional y que procurarán una justa distribución de las rentas,* lo propio en la Constitución de 2008, que en su art. 300 inciso segundo, señala, *la política tributaria promoverá la redistribución y estimulará el empleo, la producción de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables*. No se puede inferir del texto de esta disposición que puedan existir tributos con fines exclusivamente extra-fiscales. Yebra Martul-Ortega asegura que no existen impuestos fiscales químicamente puros, lo que

significa que todo tributo, de alguna manera, proyecta fines extrafiscales. Se refiere este autor a la distinción entre fines extrafiscales y efectos extrafiscales, así como a la doctrina y legislación alemana que conciben la existencia de impuestos en los cuales la obtención de recursos puede constituir un fin secundario de carácter esencial[5].

Los fines extrafiscales de los tributos no han sido siempre de fácil recibo. Las constituciones de once estados de los Estados Unidos de América no admiten tributos regulatorios. Así, sostienen que *all taxes shall be levied and collected for public purpose only* (todos los tributos deben ser aplicados y recaudados para propósitos exclusivamente públicos). Existe una famosa expresión sobre la potestad tributaria que fuera acuñada en 1819 en el caso McCullochc vs. Maryland que dice: *the power to tax involves the power to destroy* (el poder para gravar supone el poder para destruir)[6].

En conclusión hay que afirmar que la principal razón de ser de los tributos es fiscal, a más de la cual, pueden diseñarse designios de política fiscal. En un plano posterior, de efectivo conseguimiento o no de las finalidades recaudatorias, el resultado puede ser diferente, y mal puede influir en la naturaleza de la prestación. De la Garza[7] sostiene que un tributo no destinado a cubrir el gasto público, sería inconstitucional. Apoya su aserto en la jurisprudencia. En similar sentido, Eusebio González[8] afirma que el tributo, antes de todo y por sobre todo, es un instrumento jurídico ideado para cubrir los gastos públicos y que una prestación que no tenga esa finalidad puede tener mucho interés, mas, no se la puede considerar tributo.

Respecto de los derechos, aranceles, gravámenes o impuestos aduaneros a la exportación o importación de mercaderías, hace falta una reflexión particular. En primer lugar destaca la variedad, y también la

---

[5] Yebra Martul-Ortega, *I fini extra fiscali dell'imposta*, en Trattato di Diritto Tributario, ANUARIO CEDAM, 2001 p. 657 y siguientes.

[6] Víctor Uckmar, *Principii Comuni di Diritto Costituzionale Tributario*, en Corso di Diritto Tributario Internazionale, Padova, CEDAM, 199, p.54.

[7] Sergio F. De la Garza, *Derecho Financiero Mexicano*, México D. F. , Editorial Porrúa 1985 p. 286.

[8] Eusebio González García, *Il cocetto di tributo*, en Trattato di Diritto Tributario, ANUARIO, CEDAM, 2001 p. 257 y siguientes

imprecisión de las designaciones de estas prestaciones. Ha terminado por prevalecer su naturaleza tributaria y dentro de ella, impositiva. De allí que la mejor manera de denominarlos es impuestos arancelarios que recaen sobre la importación de mercaderías destinadas al consumo interno, y, eventualmente sobre la exportación, supuesto extraño que se da principalmente por razones monetarias, con la finalidad de restringir el circulante y desalentar procesos inflacionarios. En ese supuesto, se suele consultar la devolución del impuesto pagado dentro de determinados lapsos.

Aurelio Camacho Rueda, citado por el experto doctor Germán Alfonso Pardo Carrero en su tesina *Los derechos de Aduana- Aproximación a una definición, sustenta que los tributos aduaneros no pueden verse como tal sino en cuanto persiguen finalidades fiscales, puesto que, cuando se buscan finalidades económicas no estamos frente a un impuesto propiamente dicho.* Esta afirmación es rotunda y amerita matizarla. Así, que el producido de un impuesto sirva para el gasto, es un efecto jurídico, mas, al propio tiempo económico. Los efectos económicos, por lo tanto, pueden ser de doble índole: atinentes al gasto y a la política fiscal. Reconoce Camacho Rueda que existen impuestos aduaneros para no ser recaudados, que se explican dentro la política proteccionista de la producción nacional. Esa visión fue muy propia de los postulados de Raúl Prebisch y otros expertos de la CEPAL, quienes sostuvieron el postulado del crecimiento hacia adentro y el de la sustitución de importaciones. Estos comportamientos proteccionistas no han desaparecido y en los tiempos que corren, sobre todo, respecto de la agricultura, los practican con rigor los países desarrollados en América y en Europa.

3. Es necesario contrastar los principios de reserva de ley y legalidad en el orden tributario con el de equidad del gasto público. El primero es de vieja data. Por él, se han de crear tributos mediante ley o instrumento equivalente, y además, igualmente, en ley, han de obrar sus elementos esenciales. Sin perjuicio de reconocer, así mismo, que es de vieja data que la legalidad ha de dominar el actuar de la administración, inclusive en el campo tributario, lo nuevo es la constitucionalización de principios concernientes a la equidad del gasto público.

La consagración constitucional de un principio de justicia en el gasto crea un nuevo horizonte. Inclusive al gasto público son aplicables los

principios generales de orden público; así, el respeto a la propiedad privada y a la libertad económica[9]. El mencionado principio consta en el art. 31.2 de la Constitución Política Española de 1978 que dice: *El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos*. Violeta Ruiz Almendral considera que *el Estado Social, -asumido por el constitucionalismo moderno- tiene importantes consecuencias para la configuración de la Hacienda pública en sus dos vertientes, la del ingreso y la del gasto*[10].

En la Constitución de Ecuador existe un hilo conductor entre el sistema económico, las finanzas públicas y el sistema tributario que demuestra las relaciones entre esos ámbitos dispuestos, de tal modo, que se va de lo general a lo particular; así, el Título XII de la Constitución de 1998 concierne al Sistema Económico, y dentro de él, constan los capítulos atinentes a la política económica, a las finanzas públicas, al endeudamiento, al presupuesto, al régimen tributario, y a otros referentes del sistema. Tal concepción y orden de materias es loable y resulta consecuente con la definición del art. 1 de la Constitución de 1998, de que *el Ecuador es un estado social de derecho*. En su lugar, la Constitución de la República del 2008 en su Título VI, dentro del Capítulo Cuarto desarrolla lo concerniente a la llamada "Soberanía económica" y sus secciones respecto del sistema económico y política económica, política fiscal, endeudamiento público, presupuesto general del Estado, régimen tributario, política monetaria, cambiaria, crediticia y financiera, enmarcadas dentro de la nueva concepción del paradigma constitucional de la Carta Magna del 2008, donde se proclama al Ecuador en su art. 1 como *un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano…* Respecto del gasto y de lo que podría denominarse el derecho del gasto público, existen de la Constitución normas generales referentes al orden presupuestario, mandatos que podrían considerarse macros, mas, no disposiciones concernientes a los administrados que a tiempo que son contribuyentes son sujetos del gasto público. El gasto público ha de responder a la organización y funcionamiento de la economía, que ha de articularse acorde a los principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y

[9] Juan José Bayona de Perogordo, *Notas para la construcción de un derecho de los gastos públicos*, en Presupuesto y Gasto Público, N° 2 , 1979, p. 65-80

[10] Violeta Ruiz Almendral, *Impuesto y Estado Social*, en Finanzas Públicas y Constitución, Corporación Editora Nacional, Coordinador: Juan Zornoza Pérez, Quito, 2004, p. 9 y siguientes.

calidad. El gasto público debe efectuarse observando un orden prioritario y atendiendo normas constitucionales y legales. El privilegiar un tipo de gasto antes que otro suele obedecer a consideraciones ideo-lógicas.

La Constitución del Ecuador contiene disposiciones que regulan el gasto público, algunas de ellas de tenor general, que permiten a los gobernantes cierta amplitud y discrecionalidad en su aplicación; otras que constituyen mandatos de observancia imperativa. Así se prevé que deberá destinarse no menos del 30% de los ingresos corrientes del gobierno central para la educación y la erradicación del analfabetismo[11]. En conclusión, se debe reconocer que en la Constitución Ecuatoriana no se ha consignado un principio sobre la equidad del gasto que como contrapartida atribuya derechos a los administrados frente al Estado. Por ello, tampoco es posible efectuar el respectivo contraste con la obligación de contribuir al gasto público.

No se encuentra en las Constituciones de la Comunidad Andina integrada por Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia, y hasta hace poco tiempo por Venezuela, disposición que consagre exprofesamente el principio de equidad en el gasto público como ocurre en la norma aludida de la Constitución Española.

De aceptarse francamente el principio de equidad en el gasto público como una contrapartida a la obligación de contribuir a su financiamiento, se derivarían de ello consecuencias de singular trascendencia. Podría entonces sustentarse que existe el derecho subjetivo del administrado a que se efectúe el gasto con equidad. Tal derecho, cabe requerir, ¿condicionaría la obligación de contribuir?; ¿daría pie a que se proponga acciones y recursos por haberse violado garantías y derecho fundamentales al realizar el gasto?; ¿sería exculpatorio de la infracción consistente en la resistencia al pago de contribuciones?

Violeta Ruiz Almendral en el trabajo citado afirma que *la exigencia de equidad en el reparto de cargas públicas no es solo un elemento para justificar el impuesto en concreto sino también un requisito para su funcionamiento*. Continúa la autora y sustenta que *la adecuada relación entre ingresos –habría*

[11] José Vicente Troya Jaramillo, Finanzas Públicas y Constitución el Ecuador, en Finanzas Públicas y Constitución, Ibidem, p. 61 y siguientes.

de incluirse principalmente a los impuestos- y gastos públicos, ***la aplicación efectiva de la justicia en ambas vertientes*** *y su percepción por los ciudadanos, es seguramente la única vía segura hacia una mayor aceptación del sistema tributario*. El énfasis es añadido[12].

Otro ángulo mira al contraste entre el principio de capacidad contributiva propio de los tributos y el principio de justicia inherente al gasto público. Ambos atañen en último término a la obtención de la justicia.

La capacidad contributiva se expresa de diferentes maneras en los tributos. En los impuestos, la relación con el gasto publico es mediata, pues, con estos gravámenes se financian los gastos necesarios para brindar servicios públicos de carácter general e indivisible, en tanto que con las tasas o derechos y con las contribuciones especiales, se financian los gastos necesarios para financiar servicios públicos generales y divisibles y para realizar obras o servicios públicos que redundan en particular beneficio de determinados administrados. Según las hipotizaciones de Ataliba los impuestos son tributos no vinculados *cuya hipótesis de incidencia tributaria consiste en un hecho cualquiera que no sea una actuación estatal*. Las tasas y contribuciones especiales son tributos vinculados y su hipótesis de incidencia tributaria consiste en una actuación estatal; en las tasas es una actuación directa, inmediatamente referida al obligado; en las contribuciones una actuación estatal indirecta, mediatamente referida al obligado[13]. Otro enfoque que incide en las relaciones entre tributos y gastos públicos, diferencia los tributos cuyo producto no se encuentra directamente afectado a la financiación de obras y servicios públicos, entre los cuales cabe distinguir aquéllos no vinculados a la actividad de la administración, los impuestos, y aquellos otros vinculados a la actividad de la administración, las tasas y las contribuciones especiales; y los tributos cuyo producto se encuentra directamente afectado a la financiación de obras y servicios públicos, las denominadas contribuciones parafiscales[14].

---

[12] Violeta Ruiz Almendral, Ibid. p. 31.

[13] Geraldo Ataliba, *Hipótesis de incidencia tributaria*, fundación de cultura universitaria, Montevideo, 1977, p. 151 y siguientes.

[14] José Vicente Troya Jaramillo, *Los tributos y sus clases*, material inédito, Quito, 2002.

Violeta Ruiz Almendral, bajo el supuesto que existen tributos causales con relación al gasto público y otros que no tienen esa condición, citando a Barquero Estevan admite que no debe renunciarse totalmente a la financiación causal de los gastos públicos, mas, reconoce que ello no ocurre de modo general. Sin embargo anota que algunos servicios o prestaciones públicas son fácilmente individualizables, caso en el cual debería propiciarse una más adecuada utilización de los recursos públicos[15].

De lo expuesto podría inferirse, siempre en relación a la capacidad económica o contributiva, que al tratarse de los impuestos es más difícil relacionar su producido con el gasto público, en tanto, que al tratarse de tasas y contribuciones, ello presta menores dificultades.

Al reparto de los gastos públicos es aplicable el principio de equidad, sin embargo de lo cual, se dificulta el mismo en razón de que varios de ellos son indivisibles[16]

Para una adecuada relación entre tributos y gastos públicos se debe considerar que éstos últimos pueden financiarse también con otros ingresos, los de carácter patrimonial y los provenientes del endeudamiento. La deuda pública, a la postre, se ha de solucionar con tributos o con ingresos patrimoniales.

Al decir de Ruiz Almendral y Zornoza Pérez se debe preferir una financiación tributaria y dentro de ella, impositiva, para hacer efectivos los principios de justicia tributaria[17] A fin de definir la verdadera relación entre tributos y gastos públicos, a menester determinar qué porcentaje de los ingresos son tributarios. De lo contrario, se podría llegar a afirmaciones y conclusiones inexactas.

Si la creación de tributos riñe con los principios que sobre los mismos consta en la Constitución, los cuales conforman la disciplina del Derecho Constitucional Tributario, procede, de acuerdo al sistema de

---

[15] Violeta Ruiz Almendral, obra citada, p. 33.

[16] Juan Zornoza Pérez, *Hacienda pública, gasto público y derechos económicos y sociales*, en Finanzas Públicas y Constitución, Coordinador Juan Zornoza Pérez, Corporación Editora Nacional, Quito, p. 95.

[17] Violeta Ruiz Almendral, Juan Zornoza Pérez, *Sistema Tributario y Constitución*, en Finanzas Públicas y Constitución, Ibidem, p. 107 y 108.

cada país, la proposición de acciones y recursos de inconstitucionalidad. En Ecuador cabía la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en contra de leyes y en general normas, que en el orden tributario, sean contrarias a la Constitución Política de 1998; actualmente se puede interponer ante la Corte Constitucional la correspondiente acción de inconstitucionalidad en contra de leyes y actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado que sean contrarias a la Constitución de Montecristi. Cabe también la acción de protección en contra de actos de gestión tributaria violatorios de normas constitucionales. Aún más, es posible proponer una acción de protección en contra de actos administrativos. Esta acción es similar a la de tutela vigente en Colombia. Conforme a la Constitución vigente en 1998, los jueces podían inaplicar, con valor particular respecto de los casos sujetos a su conocimiento, normas tributarias contrarias a la Constitución, mas, en concordancia con la actual Constitución, corresponde que los jueces, al resolver un caso concreto, suspendan la tramitación de la causa y remitan en consulta a la Corte Constitucional, aquellos casos sujetos a su conocimiento que contengan normas tributarias, a su parecer, contrarias a la Constitución.

Debería preverse la posibilidad de impugnar las decisiones legislativas sobre el gasto contrarias a los preceptos constitucionales[18]. Ello no debería referirse únicamente a aspectos presupuestarios que suelen encontrarse regulados en la constitución, sino a los que corresponden al gasto público, como el que sobre la equidad consta en la Constitución Española.

Corti llama la atención sobre la asimetría conceptual entre gastos e ingresos, pues, estima que de un lado se encuentran erogaciones calificadas al margen de lo jurídico; y de otro, hay ingresos calificados como eminentemente jurídicos[19]. El propio autor sustenta que el gasto público es una actividad erogatoria con el propósito de hacer efectivos los derechos e instituciones constitucionales, supuesto dentro del cual se deben analizar los aspectos económicos, sociológicos y administrativos.

---

[18] Gabriel Casado Ollero, *Aspectos constitucionales del derecho financiero: elementos axiológicos y valorativos del derecho financiero*, Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, Editoriales de Derecho Reunidas, N° 203, Madrid 1989 p. 1143-1175.

[19] Horacio Guillermo Corti, *Derecho Financiero*, Capítulo VI sobre el gasto público, Abeledo-Perrot, Buenos aires 1997, p. 238.

Enfatiza que erogar es una simple actividad registrable de carácter contable, en tanto que gastar es erogar algo y con algún sentido[20]. Diría que el gasto público y el modelo de estado social de derecho tienen o deben tener íntima conexión, a cuyo efecto se debe constitucionalizar y juridificar el gasto público y definir dentro del mismo plano su necesario ligamen con los ingresos públicos dentro de los cuales destacan los tributarios.

Refiriéndose al principio de equidad del gasto público consagrado en la Constitución de España, Pascual García reconoce que el mismo no sirve de fundamento para sostener un derecho particular de los ciudadanos. Sin embargo reconoce que es vinculante para los poderes públicos y permite la protección jurisdiccional a través del recurso de inconstitucionalidad[21]. Literalmente sustenta que, *podría considerarse gastos injusto aquél que es arbitrario, al que contradice las aspiraciones sociales y económicas plasmadas en la Constitución, el que favorece las desigualdades entre ciudadanos y territorio. Añade que una asignación de recursos públicos que no responda a las exigencias de esos valores superiores de justicia e igualdad podría ser tachado de inconstitucional*[22]. Correlaciona los servicios públicos y los tributos y afirma que la asignación equitativa de los primeros son el reverso de la capacidad contributiva, generalidad, igualdad, progresividad propia de los segundos[23].

4. Frente al gasto público, aún no se ha podido configurar la posibilidad de que los particulares ejerciten, en contra de actos administrativos que sirven de sustento para su aplicación, acciones subjetivas o de plena jurisdicción basadas en que se ha contrariado el principio de equidad.

Conclusiones

- Hoy en día cabe afirmar que existe una relación jurídica entre los tributos y el gasto público, plasmada en algunos ordenamientos, como el español, en disposiciones de rango constitucional que proclaman la equidad, justicia y solidaridad necesarias que deben observar las erogaciones que realice el poder público.

[20] Horacio Guillermo Corti, Ibidem, p. 220-221.
[21] L. Pascual García, *Régimen Jurídico del Gasto Público*, Ministerio de la Presidencia, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2002, p. 370.
[22] L. Pascual García, Ibidem, p. 367.
[23] L. Pascual García, Ibidem, p.369.

- Ya no cabe afirmar únicamente que los tributos son ingresos que financian el gasto público, pues hoy en día cumplen un importante papel como instrumentos de política económica.

- Es pertinente señalar, además, que los tributos en la actualidad cumplen fines extrafiscales además de recaudatorios, afirmación que sobre todo es aplicable a los impuestos, que son tributos no vinculados, no afectados o no causales, a diferencias de las tasas y contribuciones especiales, que tienen una relación directa e inmediata con los servicios u obras que financian.

- En la actualidad los tradicionales principios de reserva de ley y legalidad en el orden tributario han ido cediendo espacio a principios propios del constitucionalismo moderno como el de equidad del gasto público, capacidad contributiva y justicia tributaria.

- No se encuentra en las Constituciones del Ecuador ni del resto de la Comunidad Andina disposiciones que consagren expresamente el principio de equidad en el gasto público. Sin embargo, es de esperarse que ello ocurra con el tiempo.

- Si se llega a aceptar este principio con carácter constitucional, eventualmente se llegaría a la posibilidad de que los contribuyentes hagan uso de los remedios constitucionales, y más específicamente, de las acciones y recursos de inconstitucionalidad, para atacar los gastos inequitativos erogados por el erario público, sin observar los fines extrafiscales y de justicia y solidaridad aquí comentados.

- Como colofón, es de anotar que constituiría un importante avance dentro de la ciencia del gasto público, el prever o al menos, discutir acerca de la posibilidad de impugnar las decisiones legislativas sobre el gasto contrarias a los preceptos constitucionales. Si frente a la falta de aporte por parte de los contribuyentes el Estado puede hacer uso de la maquinaria jurisdiccional para conseguir el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, sería justo, o al menos, consecuente, que los ciudadanos puedan atacar aquellas acciones del Estado que contraríen el principio de equidad que debe observarse al hacer uso de estas contribuciones.

Quito, junio de 2009

DECLARACIÓN DE PATRIMONIO EN ECUADOR ¿OBLIGACIÓN FORMAL O ANTICIPO DE UN NUEVO IMPUESTO?

Ab. César García Novoa [*]

I. Introducción.

El Gobierno de Ecuador y el Servicio de Rentas Internas (SRI) han anunciado recientemente el establecimiento en Ecuador de la obligación formal de presentar, por parte de los contribuyentes, una declaración patrimonial.

La Cuestión ha adquirido inusitada actualidad desde el momento en que el Juzgado Noveno de lo Civil de Guayaquil, frente a la demanda presentada por un grupo de ciudadanos, concedió una acción de protección. La misma sugería, entre otras cosas, que el SRI deje en suspenso la obligación y el formulario aprobados para la declaración patrimonial. El 15 de junio, la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Guayas, dejó sin efecto la acción de protección.

La Administración fiscal ecuatoriana sostiene que no estamos ante una exigencia fiscal novedosa, sino que se trata de una disposición que se incorporó al artículo 40 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno en 2007. En efecto, el artículo 40, agregado por el art. 95 de la Ley s/n, R.O. 242-3S, 29-XII-2007), bajo el epígrafe *información sobre patrimonio*, dispone: *las personas naturales presentarán una declaración de su patrimonio. En el Reglamento se establecerán las condiciones para la presentación de esta declaración.*

El desarrollo reglamentario de este deber se incluye en el artículo 65 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario

[*] Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Santiago de Compostela (España)

Interno. Según el Reglamento, a la hora de imputar los bienes a declarar por cada contribuyente, tendrá trascendencia su régimen civil, de manera que habrá que atender a la titularidad de los bienes de acuerdo con su régimen económico-matrimonial. En tal sentido, que determina que dicha declaración debe contener, además de los bienes propios de la persona, el porcentaje que le corresponde al contribuyente en la sociedad conyugal.

La concreción de este deber figura en la resolución N. NAC DGER 2008 1510, que contiene las disposiciones de aplicación de la obligación de presentar declaración patrimonial anual. Se concreta la obligación de presentación telemática y su ámbito de aplicación subjetiva incluye las personas naturales o extranjeras residentes en el Ecuador, cuyo patrimonio ascienda a 100.000 dólares, así como los no residentes cuando los bienes que declaran generen pare ellos ingresos de fuente ecuatoriana.

La disposición en cuestión plantea diversos problemas, en especial los que hacen referencia a los criterios de valoración aplicables a los distintos bienes y derechos que tienen que ser objeto de declaración. Con carácter general se pueden entender aplicables los criterios recogidos en el art. 54 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, aprobado por Decreto Nº 1051, que establece la valoración de bienes a efectos del Impuesto a la Renta sobre Ingresos provenientes de Herencias, Legados y Donaciones.

Según esta disposición, a los bienes muebles en general, se asignará el valor *comercial* (lo que supone acudir a un concepto jurídico indeterminado) y en el caso de bienes inmuebles *la declaración no podrá considerar un valor inferior al que haya sido asignado por peritos dentro del juicio de inventarios ni al avalúo comercial con el que conste en el respectivo catastro municipal*, dando, en este caso, prioridad al valor comprobado. No obstante, para el caso concreto de acciones y títulos cotizados, las normas de desarrollo de la declaración patrimonial se incluyen en la declaración por su valor de apertura a 1 de enero del año correspondiente a la declaración. Cuando los títulos no sean cotizados, se atenderá a su *valor comercial*.

Al margen de las dudas que pueda suscitar el contenido de este deber, el mismo debe valorarse desde una perspectiva jurídica. A dicha valoración dedicaremos las líneas siguientes.

II. El patrimonio a efectos tributarios. El deber de declarar el patrimonio. Críticas a la declaración patrimonial en Ecuador.

El patrimonio es una de las categorías clave en la formación del Derecho Civil y del orden público económico. Ha sido tratado como instituto jurídico por los más autorizados autores. Del patrimonio se suele hablar haciendo referencia a las teorías "personalistas o subjetivas" sobre el mismo, a las realistas, a las objetivas o finalistas o a las teorías intermedias que, como señalaba Federico DE CASTRO, lo conciben con una "doble faz": la activa que representa el ámbito de poder del titular y la pasiva o de garantía de los acreedores. Como muestra de su tratamiento doctrinal, baste la definición que del mismo da DIEZ-PICAZO-GULLON BALLESTEROS, al señalar que "por patrimonio se entiende el complejo o conjunto de relaciones jurídicas valuables en dinero que pertenecen a la esfera jurídica de una persona, activa o pasivamente"[1]. Al patrimonio se le suelen otorgar, desde la teoría del orden público económico, ciertas funciones, entre las que destaca la de garantía general frente a los acreedores del sujeto titular – artículo 1911 del Código Civil -.

Evidentemente, el patrimonio tiene varias dimensiones como manifestación de riqueza. La titularidad de un patrimonio es, en sí misma, una manifestación de riqueza (junto con la obtención de renta y con el consumo o gasto de renta), y mismo tiempo el patrimonio productivo es fuente de rendimientos. Y los rendimientos se gravan en el Impuesto sobre la Renta de las personas físicas y jurídicas.

Por tanto es evidente que el conocimiento de la situación patrimonial de los contribuyentes por parte de la Administración Tributaria es relevante a efectos de aplicación del sistema tributario, tanto si en el sistema fiscal existe un Impuesto sobre el Patrimonio como si no existe[2].

Pero hay que diferenciar el interés de la Administración tributaria en conocer el patrimonio del sujeto, de la implantación de un específico deber de comunicación. Cuando el legislador establece un específico deber

---

[1] DIEZ-PICAZO, L., - GULLON BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1993, pag. 381.

[2] El Tribunal Supremo ya reconoció, en sentencia de 27 de enero de 1982 – *Aranzadi*, 362 – que la información a la Administración Tributaria no es legítima si implica violación del secreto profesional.

de declarar, está fijando una prestación tributaria de la obligación principal consistente en pagar el tributo, que suelen denominarse "deberes tributarios formales", de información o colaboración, y que deben ser deslindados de las "prestaciones personales" por RODRÍGUEZ BEREIJO[3].

Estos deberes tributarios formales se incardinan dentro de los llamados deberes de información. En general, la ley puede establecer un deber de información a requerimiento de la Administración (*información fiscal obtenida por captación*) atribuyendo a la Administración Fiscal una específica potestad de obtención de información. Se trata de una de las muchas potestades administrativas, cuyo ejercicio puede generar deberes específicos a cargo de los particulares carentes de contenido patrimonial[4]. Como dicen BAYONA - SOLER ROCH, estas potestades tienen en común todas ellas el ser instrumentos para la aplicación del tributo[5], y están destinadas a verificar el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias, algo a lo que la Administración fiscal está plenamente legitimada. Así lo ha reconocido FJ Tercero de la sentencia de 76/1990, de 26 de abril del Tribunal Constitucional español, que reconoce las facultades administrativas de requerimiento de información, argumentando que de no existir estos instrumentos a favor de la Administración, "se produciría una distribución injusta de la carga fiscal", pues "lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar". La información requerida debe ser relevante fiscalmente, no podrá sobrepasar los límites del contenido esencial del derecho constitucional a la intimidad[6] y deberá aplicarse respetando las exigencias del principio de proporcionalidad[7].

---

[3] RODRÍGUEZ BEREIJO, A., "Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española", op. cit., pag. 599.

[4] BAYONA DE PEROGORDO, J.J. - SOLER ROCH, M.T., *Materiales de Derecho Financiero*, Librería Compás, Alicante, 1997, pag.219.

[5] BAYONA DE PEROGORDO, J.J. - SOLER ROCH, M.T., *Materiales de Derecho Financiero*, op. cit., pag. 219.

[6] Para el Tribunal Constitucional español, en el Fundamento 8 de su sentencia 110/1984, de 26 de noviembre, ha señalado que "no existen, pues, esas facultades ilimitadas de la Administración en materia fiscal que denuncia el recurrente ni puede decirse que el contenido esencial del derecho a la intimidad quede anulado o afectado por la LRF. Es posible que la actuación inspectora pueda en alguna ocasión, a través de la investigación de documentos o antecedentes relativos a los movimientos de las cuentas bancarias, interferirse en aspectos concretos del derecho a la intimidad. Pero, como ya se ha advertido, este derecho, al igual que los demás, tiene sus límites que, en este caso, vienen marcados por el deber de todos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas de

En concordancia con esta posibilidad de que la ley atribuye facultades aplicativas del tributo a la Administración Tributaria, el artículo 2, 9 de la Ley ecuatoriana de creación de Servicio de Rentas Internas, señala que la SRI tendrá la facultad de "solicitar a los contribuyentes o a quien los represente cualquier tipo de documentación o información vinculada con la determinación de sus obligaciones tributarias o de terceros, así como para la verificación de actos de determinación tributaria, conforme con la Ley".

En segundo lugar, la ley puede fijar un específico deber de colaboración, de cumplimiento periódico, de suministrar cierta información a la Hacienda Pública a través de un deber de declaración. En este categoría se inserta el deber de declaración patrimonial previsto en el ordenamiento ecuatoriano. Dicha información ha de ser relevante y la obligación de facilitarla estará sujeta al principio de reserva de ley. Así, para RODRÍGUEZ BEREIJO[8]., estos deberes formales o "de información", "más bien encuentran su encaje natural en el principio general de legalidad administrativa (art. 9, 3 de la Constitución), o de *vinculación positiva* de la

acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo, como dispone el ya citado artículo 31.1. de la Constitución, deber para cuyo efectivo cumplimiento es evidentemente necesaria la inspección fiscal. La injerencia que para exigir el cumplimiento de ese deber pudiera producirse en el derecho a la intimidad no podría calificarse de "arbitraria". Y el artículo 18.1. de la Constitución hay que entender que impide las injerencias en la intimidad *arbitrarias o ilegales*, como dice claramente el artículo 17.1 del Pacto de Derecho Civiles y Políticos (Pacto de Nueva York) ratificado por España, y con arreglo al cual, de acuerdo con el artículo 10.3 de la Constitución, hay que interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce y entre ellos el derecho a la intimidad personal y familiar. Es de señalar que con arreglo a estos criterios de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que no se refiere expresamente a las cuestiones planteadas en el presente recurso, establece que no se considerarán con carácter general intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley (artículo 8.1). Entiéndase que la ley sólo puede autorizar esas intromisiones por *imperativas de interés público*, circunstancia que se da en los supuestos aquí contemplados".

[7] El principio de proporcionalidad supone, como ha dicho el Tribunal Constitucional, una relación ponderada de medios a fines (sentencias 66/1985 – FJ Primero- y 50/1995, de 23 de febrero –FJ 7º-.). Esta doctrina jurisprudencial ha articulado el principio de proporcionalidad en tres elementos íntimamente unidos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad; la idoneidad supone que los medios elegidos no sean inútiles para alcanzar el fin al que sirve la norma. La necesidad implica, la obligación de intervenir de la forma más moderada posible sobre el patrimonio jurídico del ciudadano. Mientras que "proporcionalidad" en sentido estricto, supone ponderar los beneficios derivados de la medida y el sacrificio que implica para los derechos del ciudadano.

[8] RODRÍGUEZ BEREIJO, A., "Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española", op. cit., pag. 599.

Administración a la Ley en el ejercicio de las potestades tributarias que el ordenamiento le atribuye, de tal manera que la actuación administrativa ha de contar, en principio con una cobertura legal previa".

Si configuramos el tributo en torno a la categoría de la obligación tributaria, estos deberes de declaración tendrían las condiciones de obligaciones formales o accesorias. Las normas tributarias establecerían, junto a la obligación principal (pagar una cantidad de dinero en concepto de tributo), una serie de obligaciones accesorias (presentar declaraciones y autoliquidaciones, llevar contabilidad...), que, precisamente por ser accesorias, su razón de ser están ontológicamente condicionada a la existencia de una obligación principal.

Y en este sentido, muchas son las críticas que podemos formular a la declaración patrimonial ecuatoriana que se viene exigiendo con apoyo en la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno en 2007. En efecto, el artículo 40, agregado por el art. 95 de la Ley s/n, R.O. 242-3S, 29-XII-2007), bajo el epígrafe *información sobre patrimonio*, dispone: *las personas naturales presentarán una declaración de su patrimonio. En el Reglamento se establecerán las condiciones para la presentación de esta declaración.*

La finalidad de la norma es suministrar a la Administración información sobre los bienes y derechos integrantes del patrimonio. Pero la Administración fiscal ecuatoriana viene insistiendo en que la creación de esta obligación de declarar el patrimonio no constituye la antesala de la implantación del Impuesto sobre el Patrimonio en Ecuador. Posteriormente trataremos la cuestión de establecer en Ecuador un impuesto sobre el patrimonio, pero, por ahora, diremos simplemente que si esto es así, la declaración sería una obligación fiscal de naturaleza *accesoria* que se crearía sin referencia a ninguna obligación principal. Ello consistiría un auténtico contrasentido, porque no es posible una obligación accesoria que no tenga referencia a una obligación principal.

Si realmente se va a exigir la declaración patrimonial y no se va a establecer la obligación principal de pagar un impuesto que tenga en el patrimonio su hecho imponible[9], estaríamos ante un deber fiscal creado con una exclusiva finalidad de control.

[9] Así lo ha afirmado de forma reiterada el Director del Servicio de Rentas Internas de Ecuador, D. Carlos Marx Carrasco. Véase, por ejemplo, http://www.ecuadorinmediato.com/noticias/104039.

Ese es el primer punto de objeción; conviene recordar que la obligación, cuyo objeto es el deber de declarar el patrimonio constituye un deber singular de suministro de información establecido por la ley, y no puede fundarse en una facultad genérica de requerimiento de información como la establecida por el artículo 2, 9 de la Ley ecuatoriana de creación de Servicio de Rentas Internas. Se trata de una obligación que ha de establecerse como accesoria de una obligación principal. La Administración fiscal ecuatoriana defiende que se trata de una declaración accesoria de la obligación principal del impuesto a la renta, pero aquí no se suministra información sobre rentas sino sobre bienes. Y no existe obligación *principal* que grave los bienes a través de un impuesto global, que sólo podría ser el impuesto sobre el patrimonio.

Al no existir en Ecuador impuesto sobre el patrimonio (y al margen de que la intención de la puesta en marcha de la declaración patrimonial sea una antesala de la creación del impuesto, a lo que nos referiremos más adelante), del deber de declaración patrimonial se configura como una obligación tributaria creada con una exclusiva finalidad de control. Y este tipo de obligaciones tributarias no se ajusta plenamente a las exigencias constitucionales. Es verdad que el control del cumplimiento de las obligaciones tributarias integra la función del legislador de desarrollar un sistema tributario justo. Como ha dicho en España el Tribunal Constitucional, perseguir el fraude y la evasión es también un fundamento constitucional de la actuación de la Administración Tributaria (sentencia 50/1995, de 23 de febrero, según la cual "la elevación del deber de contribuir a un nivel constitucional...lleva consigo la necesidad de impedir una distribución injusta de la carga fiscal" (FJ 6º).

Por ello, no cabe negar que el control de las fuentes patrimoniales sea un fin constitucional, amparado en las prerrogativas de la Administración para la lucha contra la ocultación y el fraude. Lo que sí hay que poner en tela de juicio es que ese fin deba lograrse a través de una obligación tributaria, como es una declaración y que esa declaración, por definición, obligación accesoria de una obligación principal, tenga como fundamento exclusivo el control, al no estar al servicio de una obligación recaudatoria.

Es más, introducir una declaración que se reconoce exclusivamente como un mecanismo de control, desligada de un tributo del que debería constituir una obligación accesoria, puede afectar a la exigencia de pro-

porcionalidad. El principio de proporcionalidad es en Europea un auténtico principio del derecho comunitario, y ha sido mencionado por el Tribunal español diciendo que el mismo consiste en una *relación ponderada de medios a fines* (sentencias 66/1985 – FJ Primero- y 50/1995, de 23 de febrero –FJ 7º-.). Y se ha acuñado en el Derecho Comunitario europeo, que vincula tanto a los órganos de la Unión Europea como a los Estados miembros. En especial, en la jurisprudencia del TJCE, entre otras, las sentencias *Molenheide*, de 18 de diciembre de 1997 (Asuntos acumulados C-286/94, C-340/95, C-401/95 y C-47/96), *Proceso Penal contra S. Heinonen*, de 15 de junio de 1999 (As. C-394/97) y *Vestergaard*, de 28 de octubre de 1999 (As. C-55/98). Esta doctrina jurisprudencial ha articulado el principio de proporcionalidad en tres elementos íntimamente unidos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad; la idoneidad supone que los medios elegidos no sean inútiles para alcanzar el fin al que sirve la norma. La necesidad implica, "la obligación de intervenir de la forma más moderada posible sobre el patrimonio jurídico del ciudadano. Mientras que "proporcionalidad" en sentido estricto, supone ponderar los beneficios derivados de la medida y el sacrificio que implica para los derechos del ciudadano.

Esta retención no parece útil, sencillamente porque si es una medida para controlar rentas, el mero conocimiento de los bienes patrimoniales podrá indicar las fuentes de renta, pero no sirve para formar la convicción de la Administración acerca de si esas rentas existen. A no ser que se pretenda implantar una inadmisible inversión de la carga de la prueba, según la cual tendría que ser el particular el que tenga que acreditar que sus bienes no producen renta, en lugar de recaer esta carga en la Administración. Al no ser *útil* no será *idónea,* pero tampoco *necesaria,* porque no es la forma más moderada de intervenir en el ámbito de los particulares. Y al no ser ni útil ni idónea, la declaración patrimonial no será respetuosa con el principio de proporcionalidad.

Al margen de esta crítica de carácter general sobre la falta de idoneidad de la declaración patrimonial y de su vulneración de las exigencias de proporcionalidad, la previsión de esta obligación adolece de otros defectos.

En primer lugar, carece de auténtico contenido normativo. Hemos visto que se trata de una obligación o deber de los contribuyentes, que

integra una prestación personal pública y que debe respetar las exigencias de legalidad. La Constitución ecuatoriana de 1998 exigía ley para el establecimiento de tributos en su artículo 141,2, y la nueva Constitución de 2008, en su artículo 120,7 reitera la misma regla de legalidad. Pero esta exigencia de legalidad ha de extenderse a todas las obligaciones tributarios: tanto a la obligación principal como a las accesorias. Es cierto que la exigencia de presentar declaración patrimonial ha sido creada por el artículo 40 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno en 2007, pero este precepto se limita a decir: *las personas naturales presentarán una declaración de su patrimonio*, para añadir que *en el Reglamento se establecerán las condiciones para la presentación de esta declaración.*

Es evidente que la norma provoca un claro vaciamiento legal, pues la ley de creación de la declaración no respeta el principio de reserva de ley. Es cierto que se puede aceptar (así lo ha hecho el TC ha señalado en sus sentencias 185/1995 de 14 de diciembre (RTC 1995, 185) y 233/1999 de 16 de diciembre (RTC 1999, 233), que el hecho de que la ley permita que normas reglamentarias completen su contenido no vulnera por sí mismo el principio de reserva de ley (véase, en el caso español, la sentencia del Tribunal Constitucional,185/1995, FJ 6º c)[10]. Pero otra cosa es la previsión de una obligación tributaria como la declaración sin que la ley incluya ninguna otra referencia a su contenido, mientras se difiere el desarrollo de esta obligación a una norma reglamentaria. Esta ausencia absoluta de definición de los términos y contenidos de la declaración y su plena remisión al reglamento constituye un vaciamiento legal, incompatible con la reserva de ley. Como ha señalado en España el Tribunal Constitucional en sentencia 83/1994, de 24 de julio, "este principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado" y "el principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que

[10] En concreto, en la sentencia 185/1995 reconocía que la cuantía "constituye un elemento esencial de toda prestación patrimonial con lo que su fijación y modificación debe ser regulada por Ley", pero "ello no significa, sin embargo, que siempre y en todo caso la Ley deba precisar de forma directa e inmediata todos los elementos determinantes de la cuantía; la reserva establecida en el art. 31.3 CE no excluye la posibilidad de que la Ley pueda contener remisiones a normas infraordenadas, siempre que tales remisiones no provoquen, por su indeterminación, una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador (F. 6 c)".

supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador".

En suma, la ley puede remitir la regulación de aspectos legales al reglamento, "restringiendo efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley" (FJ 4º). Pero el orden constitucional no permite deslegalizaciones como la que se observa en la creación de la declaración patrimonial.

III. La declaración patrimonial como antesala de la creación de un impuesto sobre el Patrimonio en Ecuador.

La puesta en marcha de la obligación de declarar el patrimonio en Ecuador consiste en una obligación accesoria respecto a la cual no existe obligación principal, que sería la obligación de pago del impuesto sobre el patrimonio. Esta incongruencia sólo se solucionaría si la declaración de patrimonio fuese la antesala de la implantación en Ecuador de un impuesto sobre el patrimonio. Si así fuese, se establecería un tributo cuya presencia en los modernos sistemas fiscales es más que discutible.

Son muchos los argumentos en contra de la existencia en un moderno sistema impositivo de un impuesto sobre el patrimonio. Vamos a glosar los más destacables:

Se destaca, en primer lugar, la llamada "función redistributiva" del impuesto sobre el patrimonio, ya que gravando el patrimonio no sólo se responde a una exigencia de *equidad vertical*, en tanto se introduce una "discriminación positiva" a favor de las rentas del trabajo, sino que se fomenta la redistribución; teniendo en cuenta que la mayoría de los contribuyentes tienen patrimonios bajos o medios el impuesto recaerá, sobre todo en los grandes patrimonios. El impuesto consigue así una función redistributiva que la imposición sobre la renta no es capaz de lograr por sí misma. Además, al gravarse tanto los patrimonios productivos como improductivos, se consigue una finalidad extrafiscal adicional; que se lleven a cabo las inversiones sobre bienes productivos que permitan, al menos, hacer frente al pago del impuesto.

En segundo lugar, se le atribuye una función recaudatoria, que es propia de toda figura impositiva y que, obviamente, dependerá de los tipos de gravamen que se apliquen. Por último, la llamada "función de control"; se argumenta que un impuesto sobre el patrimonio es el mejor elemento de control de otras manifestaciones de riqueza que tienen su origen o referencia en la posesión de un patrimonio, como la renta o el control de las herencias o donaciones.

Ninguna de esas argumentaciones resulta determinante para defender la presencia en un sistema tributario de un impuesto sobre el patrimonio. Frente a la necesidad de "discriminar" positivamente las rentas de trabajo se puede aducir que esa discriminación debe hacerse en sede de imposición sobre la renta, sin que sea necesario para lograr la misma la creación de un impuesto patrimonial. Que el vigente impuesto ecuatoriano sobre la renta no sea sensible a la necesidad de un mejor tratamiento fiscal de las rentas del trabajo no es argumento para entender que tal tratamiento debe llevarse a cabo con un Impuesto sobre el Patrimonio. No obstante, también es frecuente encontrarse con el argumento de que la discriminación positiva de las rentas de trabajo en el Impuesto sobre la Renta puede favorecer la elusión. Así, se dice que diseñar un tratamiento comparativamente mejor para las rentas de trabajo frente a las rentas de capital estimularía que el contribuyente intentase transfigurar rentas de capital en rentas de trabajo; pero es evidente que para ello existe todo el arsenal frente al fraude y la elusión de que puede disponer el legislador y la Administración; desde presunciones legales hasta cláusulas antiabuso, sin que el peligro puramente potencial e indirecto de "fraude" justifique por sí solo la existencia de una figura impositiva.

En cuanto a la función recaudatoria, ello exigiría unos tipos altos o que el impuesto respondiese al modelo de *impuesto sobre las grandes fortunas*, en claro retroceso, incluso en Francia, donde ha surgido este modelo de imposición.

Por último, tampoco esa función "censal" o de control justifica la implementación de una categoría fiscal. Para controlar la composición y valor de los patrimonios hay muchas técnicas e instrumentos, y la creación de un impuesto *ad hoc* es sólo una de ellas y la menos recomendable. La alternativa puede ser convertir la autoliquidación del Impuesto sobre el Patrimonio en una declaración de bienes y derechos con valor económico.

Pero además podemos esgrimir otros muchos argumentos en contra de la implantación de este impuesto.

III. 1. Escasa presencia en los sistemas fiscales de Derecho Comparado.

A diferencia de lo que sucede con otros impuestos, el Impuesto del Patrimonio no goza del mismo grado de aceptación en todo los países de nuestro entorno. Podemos decir que se trata de un impuesto que se exige en muy pocos países –teniendo en cuenta sobre todo el ámbito de la OCDE– y que, además, ha sido suprimido en los últimos años en bastantes de ellos.

España es el último ejemplo, ya que el Impuesto sobre el Patrimonio ha sido eliminado por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre. Además, el Impuesto sobre el Patrimonio se abolió en los últimos años en Holanda y Dinamarca, siendo uno de lo últimos ejemplos el caso de Austria, donde ha desaparecido como consecuencia de la reforma fiscal de 1994. Si a ello unimos que otros Estados desarrollados los han suprimido hace tiempo –Estados Unidos en el siglo XIX, Italia no tiene Impuesto sobre el Patrimonio desde 1948 y Japón carece de él desde 1953– y que el impuesto tampoco se exige en, Portugal, Bélgica o Reino Unido, resultará que sólo se puede hablar de Impuesto sobre el Patrimonio en Finlandia, Irlanda, Noruega, Suecia, Luxemburgo y Suiza.

Cuestión distinta es el mencionado modelo francés de imposición sobre "las grandes fortunas". Es una figura tributaria que ha sido defendida, por ejemplo, por la Conferencia de la ONU sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) que lo ha propuesto en 1995. En Francia es una figura impositiva controvertida, que ha sido abanderada por ciertos movimientos antiglobalización, aunque en el plano científico también es objeto de críticas[11].

Un caso diferente lo representa el Impuesto alemán sobre el Patrimonio –*Vermögensteuer*– cuya Ley reguladora de 14 de noviembre de 1990, reformada por la Ley de Valoración de 1 de febrero de 1991, y posteriormente, por Ley de 14 de septiembre de 1994, fue declarada

[11] Véase GROSCLAUDE, J.- MARCHESSOU, P., *Droit Fiscal General*, Dalloz, 2ª ed., Paris, 1999, pag. 360.

incompatible con la Constitución alemana por el *Bundesverfassungsgericht* en sentencia de 22 de junio de 1995, en lo que HERRERA MOLINA califica de "decisión audaz"[12]. Esta sentencia, aplicando las posibilidades que el ordenamiento alemán atribuye a su Tribunal Constitucional, declaró la "incompatibilidad con la Constitución" (*Unvereinbarkeit*), de la regulación del Impuesto sobre el Patrimonio.

Las razones de esta incompatibilidad son claras para el Tribunal alemán: aunque la sentencia reconoce que el legislador puede elegir libremente el objeto de los tributos que establece y que la mera tenencia de un patrimonio puede considerarse objeto de un impuesto, la adquisición de ese patrimonio privado ya se ha gravado a través de la imposición sobre la renta y la utilización para fines privados de ese patrimonio tributa en la imposición sobre el consumo y el tráfico de bienes. Por eso, aunque sea constitucional escoger el patrimonio como objeto de imposición, su regulación debe llevarse a cabo con pleno sometimiento al principio de igualdad en la imposición, y teniendo en cuenta la cuestión de la presión fiscal del conjunto del sistema tributario. La igualdad en el resultado final, en las cuotas tributarias correspondientes a cada contribuyente, debe proporcionarla la fijación de tipos de gravamen diferenciados en función de los distintos tipos de bienes. Si, por el contrario, el tipo es único la igualdad debe presidir la valoración de los distintos bienes que integran el patrimonio.

La sentencia señala, en este sentido, que cuando se establece el gravamen del patrimonio, lo que realmente se está queriendo gravar no es la mera titularidad de bienes y derechos, sino los rendimientos potenciales que produce ese patrimonio[13]. Si el tipo de gravamen no aparece diferenciado en función del distinto tipo de bienes, el procedimiento de valoración de cada uno de los bienes y derechos tiene que partir de esos rendimientos potenciales para que la carga tributaria no incida en el patrimonio en sí mismo, sino en su productividad[14]. Por eso,

---

[12] HERRERA MOLINA, P.M., "Una decisión audaz del Tribunal constitucional alemán: el conjunto de la carga tributaria del contribuyente no puede superar el 50 por 100 de sus ingresos, *Impuestos,* nº 14, 1996, pag. 78.

[13] Véase KIRCHHOF, P., "La influencia de la Constitución Alemana en su legislación tributaria", en *Garantías Constitucionales del Contribuyente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pag. 28.

[14] MESA GONZÁLEZ, M.J., "La supresión del Impuesto sobre el Patrimonio: el caso alemán", *Quincena Fiscal*, 1997, nº 20, pag. 47.

lo valoración de los bienes integrantes del patrimonio debe tener en cuenta esos rendimientos potenciales y su importe sólo puede añadirse a otros impuestos que recaen sobre la renta. Si se produce este "añadido", la imposición global sobre la renta potencial ha de corresponderse aproximadamente a un reparto de las cargas públicas al 50 % entre la Administración y los contribuyentes.

El Tribunal Constitucional alemán entendía que en la ley alemana los criterios de valoración no tenían una referencia unívoca al objeto del tributo; la "potencialidad" de los bienes integrantes del patrimonio para generar renta. Por eso declaró la incompatibilidad de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio con la Constitución, ya que la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio aplicaba diversos criterios de valoración, incoherentes con la manifestación de capacidad económica que se pretendía gravar, los rendimientos "medios" del patrimonio determinados a partir de su valor productivo. El Tribunal dio un plazo al Parlamento para adaptarlo antes del 1 de enero de 1997, que fue incumplido.

En resumen, a pesar de que el Informe *Neumark* del Comité Fiscal y Financiero de la CEE recomendaba su implantación, resaltando además la necesidad de proceder a una armonización en los países que lo aplicasen, por unas u otras razones, el Impuesto sobre el Patrimonio carece de suficiente reflejo en los más modernos sistemas tributarios. Ello supone, a nuestro modo de ver un argumento de peso para proponer su supresión, teniendo en cuenta que la tendencia actual a la "coordinación fiscal" de los sistemas tributarios es una respuesta y alternativa a los cambios causados en el poder tributario por la globalización económica[15].

Pero el rechazo a este impuesto será también consecuencia de la evidente vulneración de varios principios constitucionales, que vamos a exponer a continuación.

III.2. Vulneración de principios constitucionales.

La primera cuestión a tratar, a la hora de proponer la supresión del Impuesto sobre el Patrimonio, es la de su posible contradicción con

[15] Véase CAAMAÑO ANIDO, M.A.- CALDERÓN CARRERO, J. M., "Globalización económica y poder tributario ¿hacia un nuevo derecho tributario?", *Civitas, REDF*, nº 114, 2002, pag. 266.

principios de ordenación del sistema tributario contenidos en la Constitución, los cuales como ha señalado el Tribunal Constitucional español de forma reiterada, tienen pleno "valor normativo" (sentencia 16/1982, de 28 de abril, FJ 1º). El primero de ellos debe ser, la exigencia de capacidad económica.

III.2.1. Capacidad económica.

La capacidad económica es el elemento cardinal de la justicia tributaria. La Constitución Ecuatoriana de 2008, hace mención a la misma cuando menciona, en su artículo 300, el principio de equidad, en relación con los de progresividad y generalidad, como elementos rectores del sistema tributario.

Recordemos brevemente que el Tribunal Constitucional español ha definido el principio de capacidad económica como fundamental principio de justicia contributiva, señalando que "capacidad económica, a efectos de contribuir a los gastos públicos, significa tanto como la incorporación de una exigencia lógica que obliga a buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentre" (sentencia 27/1981, de 20 de julio, FJ 4º), destacando la trascendencia incuestionable de este principio, pero sin que el mismo llegue a agotar la justifica tributaria (sentencia 221/1992, de 11 de diciembre, FJ 4º), y que se hará efectivo a través de una diversidad de manifestaciones (sentencia 233/1999, de 16 de diciembre – FJ 23º -). La capacidad económica se configura de esta manera como un límite al poder legislativo en materia tributaria, que vincula al legislador y a su libertad de configuración, "que quebraría en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea no ya potencial sino inexistente o ficticia" (sentencia 221/1992, de 11 de diciembre, FJ 4º). Por tanto, el principio de capacidad económica excluye el gravamen de la riqueza ficticia (sentencia 194/2000, de19 de julio, FJ 8º), pero no potencial (sentencia 37/1987, de 26 de marzo, FJ 13º) .

Y en este sentido, no parece que, *a priori*, sea contrario al principio de capacidad económica la elección del patrimonio como materia imponible; la sentencia del Tribunal Constitucional 233/1999, de 16 de diciembre, ha declarado que "es palmario que no existe precepto constitucional alguno que impida el gravamen de otra fuente o manifestación de riqueza que no sea la renta" (FJ 23º), de modo que la justicia tributaria a través del

principio de capacidad económica puede hacerse factible a través de diversas manifestaciones entre las que se incluye el patrimonio. Por tanto, no parece que se ponga en duda que el Poder del Estado para crear impuestos pueda alcanzar los impuestos sobre el patrimonio de las personas físicas. Y si seguimos el criterio marcado por la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 22 de junio de 1995, de que el objeto gravado en el Impuesto sobre el Patrimonio es la "potencialidad de los bienes para obtener rendimientos", la riqueza potencial como índice de capacidad económica gravable ha sido admitida por el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, ahondando un poco más en el verdadero objeto de tributación comienzan las dudas sobre la corrección de un impuesto sobre el patrimonio; en efecto, resulta innegable que el patrimonio de los sujetos entraña cierta capacidad de pago, y que comparativamente ésta es mayor en el sujeto que obteniendo un determinado volumen de renta tiene un patrimonio que en quien, percibiendo la misma renta, carece de bienes patrimoniales. Pero a partir de aquí surgen las dudas. Primero, por la esencial *evanescencia* del concepto "patrimonio". El patrimonio es, como se dijo, el conjunto de relaciones jurídicas valuables en dinero que pertenecen a la esfera jurídica de una persona, activa o pasivamente, integrado por bienes y derechos. Al circunscribir los bienes patrimoniales a los que pueden ser evaluados en dinero, quedarían fuera, no sólo las cosas fuera de comercio (con las tradicionales dificultades para su delimitación legislativa) sino los llamados "bienes y derechos de la personalidad", a los que tradicionalmente no se les concede valor económico inmediato, salvo el derecho a la restitución derivado de su invasión o lesión, aunque es evidente que no en todo los casos esos bienes de la personalidad carecen de "valor de cambio" –por ejemplo, el derecho a la imagen de artistas o deportistas o el derecho a la intimidad en algunos casos de personajes "populares"–. Ello genera una indefinición en el verdadero contenido del objeto gravado y situaciones de manifiesta desigualdad, pues el concepto tradicional de "patrimonio" no abarcaría estos derechos.

Además, para que el patrimonio pueda ser considerado un verdadero índice de capacidad económica, susceptible de ser objeto de tributación debe gravarse como "patrimonio neto"; esto es un patrimonio en el que se tengan en cuenta a efectos de su deducibilidad las deudas y cargas del mismo que disminuyen su valor, aunque sólo se tendrán en cuenta

las que estén debidamente justificadas. Como consecuencia de ello se ha acusado a esta figura tributaria de ser "injusta por no permitir la compensación adecuada de las pérdidas"[16]. A pesar de la posibilidad de que los desmerecimientos patrimoniales no resulten perfectamente trasladables a la base imponible del impuesto vigente en nuestro país, está claro que un impuesto sobre el patrimonio neto no podrá exigirse nunca en los supuestos en las deudas del sujeto fuesen superiores al valor del patrimonio. El cumplimiento de esta premisa generaría dificultades de gestión –la Administración deberá comprobar el valor de bienes y deudas– y ese coste de gestión no se vería compensado con la potencialidad recaudatoria del tributo.

Pero además a la hora de determinar lo que se debe gravar o no en el patrimonio se suele plantear el problema de si el mismo abarca el llamado "capital humano"; así para GARCÍA VILLAREJO - SALINAS SÁNCHEZ, "...a pesar de que parece evidente que si lo que se persigue con el gravamen de este impuesto desde el punto de vista de la equidad fiscal es un trato homogéneo para los individuos de acuerdo a la capacidad de pago que se deriva de su patrimonio deberían tenerse en cuenta, a la hora del gravamen, ambas formas de capital, toda vez que parece claro que, en igualdad de condiciones, se encuentra en situación ventajosa aquel que posee un mayor nivel de formación cultural o técnica"[17].

La cuestión que puede parecer baladí no lo es tanto si tenemos en cuenta que el impuesto, al gravar todos los bienes con valor económico produzcan o no renta, se paga en realidad con la renta que genera el patrimonio. El objeto-fin del tributo no es otra cosa que esa renta, por lo que en realidad, como señaló en Alemania el Tribunal Constitucional respecto al *Vermögensteuer*, no se está gravando el conjunto de bienes y derechos patrimoniales de que es titular un sujeto, "sino los rendimientos potenciales que produce ese patrimonio", lo que debería abarcar el capital humano, como "potencialidad". Sobre esta cuestión ha discutido mucho la doctrina alemana; así KIRCHHOF, P., para quien "todo impuesto debe graduarse atendiendo a la capacidad individual de pago, no sólo porque el obligado es un ser capaz de obtener rendimientos, sino porque la capacidad jurídica, representada por el Estado, tiene una parte esencial

[16] Véase Editorial de *Escritura Pública* del Consejo General del Notariado de julio de 2002.

[17] GARCÍA VILLAREJO, A.- SALINAS SÁNCHEZ, J., *Manual de Hacienda Pública*, Tercera edición, Tecnos, Madrid, 1994, pag. 484.

en el surgimiento y conservación de esa capacidad de enriquecimiento individual", a pesar de lo cual, para este autor, en relación con el Impuesto alemán sobre el Patrimonio, "llama la atención que sólo se grave la rentabilidad del patrimonio, no la fuerza de trabajo"[18]. Por eso, en tanto el sustrato económico al que hay que atender en un Impuesto sobre el Patrimonio es la "potencialidad" para obtener rentas, y que la potencialidad tiene amparo constitucional como índice de capacidad económica ("basta que dicha capacidad económica como riqueza o renta real o potencial..." dice el FJ 13º de la sentencia 37/1987, de 26 de marzo). Precisamente por eso, para el Tribunal Constitucional alemán "hay que armonizar la imposición global sobre la adquisición, la tenencia y la utilización el patrimonio para garantizar la observancia del principio de igualdad y evitar una imposición excesivamente elevada". Eso significa la necesidad de tener en cuenta, a la hora de valorar el Impuesto sobre el Patrimonio, las demás figuras que inciden en su materia imponible. El gravamen del patrimonio plantea problemas en relación con el hecho de que el Estado grave la adquisición del patrimonio a través de la imposición sobre la renta y la utilización del patrimonio a través de los gravámenes del consumo y el tráfico de bienes.

Si el Impuesto sobre el patrimonio grava la tenencia de bienes y derechos con contenido económico pero excluye el "capital humano", está queriendo gravar los bienes y derechos con contenido económico susceptibles de generar renta, la produzcan o no. Aunque el impuesto se "calcula" sobre el patrimonio, se paga con la renta, de modo que la renta es la verdadera fuente del impuesto, por lo que el impuesto carece de un verdadero hecho imponible propio, lo cual cuestiona su validez a la luz del principio constitucional de capacidad económica.

Así, por un lado, cabe afirmar que, como se apuntó, el Impuesto sobre el Patrimonio grava la renta ahorrada, que ya tributó en el momento de adquirirla y se paga con la renta, por lo que se sobrepone con la imposición sobre la renta. Y vuelve a sobreponerse con la disposición patrimonial, a través de los impuestos indirectos. Por lo que, en el plano de la materia imponible, provoca una evidente sobreimposición que puede vulnerar el principio de capacidad contributiva.

[18] KIRCHHOF, P., "La influencia de la Constitución Alemana en su legislación tributaria", en *Garantías Constitucionales del Contribuyente*, op. cit., págs. 28 a 32.

Por otro lado, se gravan los bienes susceptibles de producir renta, la produzcan o no, por lo tanto también los patrimonios "improductivos", lo que sólo puede justificarse por motivos extrafiscales. Tales motivos, como ha señalado el Tribunal Constitucional, deben responder "principalmente a criterios económicos y sociales orientados al cumplimiento de fines o a la satisfacción de intereses públicos que la Constitución preconiza o garantiza" (sentencia 37/1987, de 26 de marzo, FJ 13º).

Son estas objeciones las que, contrastadas con la afirmación de que, *a priori*, es posible configurar el patrimonio como objeto de un tributo, obligan a buscar para este impuesto alguna justificación adicional que refuerce su admisibilidad en nuestro sistema tributario. Vamos a exponer las más comunes, para a continuación, rechazar que las mismas sirvan para sustentar la supervivencia de la imposición patrimonial en nuestro sistema fiscal.

III.2.2. Acerca de si el Impuesto grava la "especial" capacidad económica que constituye la titularidad de un patrimonio.

Recordemos que, cuando se dice que se grava el patrimonio no conviene olvidar que si el contribuyente pagase el impuesto con el patrimonio éste se reduciría cada vez, hasta desaparecer. Por tanto, el impuesto se ordena en función del patrimonio, pero se paga con la renta. Si partimos, pues, de que gravar el patrimonio es gravar la renta ahorrada que ya tributó en el momento de su percepción, la admisibilidad del patrimonio como objeto de un tributo, aceptada por el Tribunal Constitucional español en la sentencia 233/1999, de 16 de diciembre, sólo será posible si el patrimonio puede considerarse una "capacidad económica a mayores".

En efecto, ese ha venido siendo un argumento recurrente para defender la existencia de un impuesto sobre el patrimonio; debe gravarse el patrimonio porque la titularidad de un patrimonio supone disfrutar de una capacidad económica adicional, que justifica la existencia del impuesto como "impuesto complementario de la tributación sobre la renta"[19].

[19] BREÑA CRUZ, F., "El Impuesto sobre el Patrimonio de las Personas Físicas: antecedentes, naturaleza, funciones", en *Medidas Urgentes de Reforma Fiscal*, Vol. I, IEF, Madrid, 1977, pags. 84 a 86.

Esta argumentación se basaría en que la titularidad de un patrimonio atribuye una especial seguridad económica, además de capacidad de crédito, prestigio social, poder e influencia, a lo que hay que unir una mejor disposición para eludir otros tributos[20]. En este sentido, suele ser habitual utilizar como ejemplo significativo el de dos individuos, "...en el que ninguno de los dos perciba renta, pero uno dispone de cierto patrimonio y el otro no. El primero siempre se encontrará en una posición ventajosa, para hacer frente a sus necesidades económicas, cosa que no podrá hacer frente el segundo; de no haber más que un impuesto que gravara la renta ambos tendrían el mismo trato"[21].

La defensa de la especial capacidad de los titulares de patrimonios con ejemplos como el expuesto, constituye una buena imagen gráfica pero encierra un sofisma. En relación con el citado ejemplo, conviene puntualizar que si ninguno de los dos sujetos percibe renta, no tributarán, especialmente si el sistema tributario recoge un impuesto sobre la renta que conciba como capacidad a tener en cuenta, la *renta disponible*. Si se tiene patrimonio y éste se rentabiliza a efectos de sufragar los gastos necesarios, tampoco se tributará si los rendimientos no superan el *mínimo vital*. Por tanto, gravar el patrimonio, en el ejemplo expuesto, sólo podría fundarse o en la idea del carácter consolidado de las rentas integradas en un patrimonio, que ofrecen a su titular una "especial seguridad" –pero que también son susceptibles de pérdidas repentinas de valor, piénsese en un patrimonio integrado por una cartera de renta variable– o sobre la base del gravamen de las "retribuciones en especie" que ofrece la titularidad de los bienes patrimoniales, afectos al disfrute de su titular.

Si la razón del gravamen fuera la especial ventaja derivada del disfrute de bienes patrimoniales, ello, como acertadamente señala HERRERA MOLINA, "exigiría gravar tan sólo el patrimonio no productivo afecto al disfrute privado, es decir, el *ajuar doméstico* entendido en sentido amplio"[22]. Y resuelta inapropiado prever un impuesto sólo a efectos de gravar estos bienes, sobre todo si tenemos en cuenta la tendencia en Europa, y en especial en Alemania, de rechazar la imposición sobre

[20] HERRERA MOLINA, P.M., *Capacidad económica y sistema fiscal*, op. cit., pág. 328.
[21] GARCÍA VILLAREJO, A.- SALINAS SÁNCHEZ, J.; *Manual de Hacienda Pública*, op. cit., págs. 481 y 482.
[22] HERRERA MOLINA, P.M., *Capacidad económica y sistema fiscal*, op. cit., pág. 328.

bienes de uso personal, incluso admitiendo la existencia de un impuesto sobre el patrimonio. Ello es así, desde la formulación clásica de 1833 en Edimburgo hasta aportaciones como la de Friz Karl MANN en su clásico *Steuerpolitische Ideale*, de 1937, acerca de la necesidad de la "neutralidad" de la imposición con relación a los impuestos de uso personal, sobre la base de la idea de que el tributo representaría la participación de la colectividad en la obtención de beneficios de quien opera en el mercado al amparo del aparato institucional y jurídico que la colectividad pone a su disposición. Al margen quedarían los bienes que el particular, bien porque lo necesita, bien porque lo decide, deja "fuera del mercado" y afecta a su uso personal[23]. Pero la filosofía ha de ser otra, y de acuerdo con la doctrina clásica apuntada, el patrimonio afecto al uso del particular no debe sujetarse. En suma, y como señala la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 1995, el principio de igualdad –base de la capacidad contributiva en Alemania–, la protección de la propiedad o la "prohibición del exceso" –*Übermassverbot*– y la protección de la propiedad privada, así como la protección de la libertad y de un medio de vida "estrictamente personal", imponen excluir de tributación el patrimonio de uso personal.

Si todo ello es así, la conclusión es clara; no resulta convincente el argumento de que el Impuesto sobre el Patrimonio se justifica por la existencia de una capacidad económica "adicional" del sujeto que tiene patrimonio, frente al que no lo tiene, incluso en supuestos de igualdad de renta. Como el patrimonio es, en sustancia, ingresos acumulados, éstos habrán sido ya gravados en forma de renta o adquisiciones gratuitas, por lo que resulta contrario al principio de capacidad económica someterlos de nuevo a tributación. Y menos se justifica la permanencia de este impuesto en el sistema tributario cuando ya existe otro de claro índole patrimonial como el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que volverá a gravar ese mismo patrimonio cuando, fallecido su titular que ya pagó por la renta adquirida y por la tenencia de la renta ahorrada, esos bienes patrimoniales sean adquiridos por sus herederos. Como señala CARRETERO PEREZ, "es indiferente para el Estado, detraer una vez al año un tanto por ciento del valor patrimonial de sus ciudadanos,

[23] Véase KIRCHHOF, P., "La influencia de la Constitución Alemana en su legislación tributaria", op. cit., pág. 45, PERIS GARCÍA, P., "El nuevo Impuesto sobre el Patrimonio", *Palau 14*, nº 14, 1991, pág. 210.

que gravar en años sucesivos un tanto por ciento calculado sobre los patrimonios hereditarios transmitidos..."[24].

Por tanto, si aceptamos que esa "especial" capacidad económica ya ha sido gravada, y actuamos con criterios de justicia temporal, sólo un argumento adicional de *equidad vertical* puede justificar el gravamen. Y ello podría ser el argumento de que aunque el patrimonio ya ha sido gravado, someterlo de nuevo a tributación es una forma de introducir un factor de discriminación positiva a favor de los rendimientos del trabajo.

Al margen de las dificultades técnicas que plantea privilegiar las rentas de trabajo frente a las de capital, si este es el fundamento del Impuesto sobre el Patrimonio parece que se está admitiendo que el impuesto no somete realmente a tributación la mera titularidad de bienes y derechos, sino los rendimientos potenciales que produce ese patrimonio, puesto que el que tiene patrimonio, *potencialmente* puede obtener rendimientos de capital o ganancias patrimoniales, cosa que no podrá hacer el que vive de su trabajo. Ello exige dejar fuera del ámbito de tributación el "conjunto de energías y disposiciones personales del sujeto que constituyen el sustrato de su actividad"[25].

La cuestión a dilucidar será si el instrumento adecuado para esta diferenciación en el tratamiento fiscal entre rentas del trabajo y rentas del capital es la previsión de un Impuesto sobre el Patrimonio. Algunos autores entienden que sí; así CARRETERO PÉREZ, señala que "la mejor forma de operar una discriminación cualitativa de las rentas, cuando el impuesto principal del sistema es el de renta, es el de añadir el impuesto sobre el patrimonio de modo complementario al impuesto sobre la renta"[26].

Ahora bien, esta opinión formulada por este autor y compartida por un amplio sector de la doctrina fue especialmente esgrimida en el año

---

[24] CARRETERO PÉREZ, A., *Curso de Introducción al Sistema Impositivo Estatal*, op. cit., pág. 397.

[25] PÉREZ ROYO, F., "Impuesto sobre el Patrimonio", en *Curso de Derecho Tributario,* Parte Especial, decimoctava edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2002, pág. 476.

[26] CARRETERO PÉREZ, A., *Curso de Introducción al Sistema Impositivo Estatal*, op. cit., pág. 396; también BANACLOCHE PÉREZ, J., "Impuesto sobre el Patrimonio", *Civitas, REDF*, núms. 15-16, 1977, pág. 489.

1977, para justificar en España la aparición en el sistema tributario español, del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio. Por aquel entonces, la reforma fiscal que se estaba abriendo paso incluía un impuesto sobre la renta de carácter sintético, que pretendía someter a un tratamiento unitario a todas las rentas obtenidas por la persona física, que se compensaban y modulaban para tributar conjuntamente a la misma tarifa. En este impuesto las posibilidades de discriminar positivamente algún tipo de renta, por ejemplo, las rentas del trabajo, se limitaban a la aplicación de algunas deducciones a favor de las mismas y poco más. Pero en la actualidad, y como recuerda DOMINGO SOLANS, en lo que respecta a la fiscalidad sobre la renta, "los vientos soplan en dirección hacia los sistemas duales, al compás de la integración e internacionalización de las economías"[27]. Ello permite, en la imposición sobre la renta, un tratamiento diferenciado de las distintas rentas, y por tanto, una discriminación positiva a favor de las procedentes del trabajo[28].

Pero es que además, si la finalidad del Impuesto fuese "penalizar" la situación de quienes poseen un patrimonio frente a los que perciben exclusivamente rentas de trabajo, sólo deberían gravarse patrimonios con potencialidad objetiva para obtener esos rendimientos, y no, por tanto, los patrimonios *improductivos*. Y, en efecto, el Impuesto sobre el Patrimonio grava todos los bienes con valor económico, independientemente de que sean productivos o improductivos.

Por tanto, hay que buscar alguna justificación adicional del impuesto. Y ese suele ser, el también muy socorrido, de que a través del Impuesto sobre el Patrimonio se incentiva el uso productivo del mismo, al menos para obtener los rendimientos necesarios que permitan hacer frente al pago del impuesto. Entonces, las argumentaciones para defender la existencia de un Impuesto sobre el Patrimonio se orientarían a considerarlo un tributo con "fundamento extrafiscal".

---

[27] DOMINGO SOLANS, E., "Comentario general a la reforma del Impuesto sobre la Renta. Objetivos, principios y algunos desarrollos", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núms. 2 y 3, 1998, pág.5.

[28] MALVAREZ PASCUAL, L.- BLASCO DELGADO, C., "La configuración sintética o analítica en el nuevo IRPF", *Quincena Fiscal*, nº 7, 1999, págs. 11 y ss.

III.2.3. Acerca de si el Impuesto tiene un fin "extrafiscal": Penalizar el patrimonio improductivo.

Las contradicciones en que incurre la defensa del Impuesto sobre el Patrimonio terminan por derivar en su justificación "extrafiscal"; al margen de que el impuesto no se acomode estrictamente a las exigencias de capacidad económica, tiene una fundamentación "extratributaria"; se trata de incentivar la productividad de los patrimonios, de acuerdo con las exigencias de la función social de la propiedad. Esta finalidad extrafiscal cuenta con cierta tradición en los impuestos de corte *productivista*, orientados a impulsar reformas agrarias, los cuales suelen recaer normalmente en rentas potenciales.

Sin embargo es evidente que no se puede reconocer esta función al Impuesto sobre el Patrimonio, ya que el mismo no plasma ni en su presupuesto fáctico ni en su base imponible la "improductividad" del bien, de modo semejante a lo que han hecho ciertos impuestos autonómicos, como, en el caso español, el andaluz sobre Tierras Infrautilizadas. En concreto, el Tribunal Constitucional español en la sentencia en la que analiza este impuesto, señala claramente, que "no cabe identificar la *infrautilización* de fincas rústicas –hecho imponible del impuesto andaluz– con la propiedad de todo tipo de bienes, aunque entre ellos se encuentren las fincas rústicas" (sentencia 37/1987, de 26 de marzo, FJ 14º). Parece pues evidente que la actual regulación del Impuesto sobre el Patrimonio no acoge esta finalidad y por tanto, no puede tener esta fundamentación.

III.2.4. Otra posible vulneración de la capacidad económica. La multiplicidad de criterios de valoración.

Hemos visto los posibles roces del Impuesto sobre el Patrimonio con el principio de capacidad económica, a partir de la configuración de su hecho imponible. Se trata ahora de trasladar esas posibles discordancias con el principio cardinal de la justicia tributaria.

Recordemos, al respecto que "el legislador no es omnipotente para definir la base imponible no sólo en el sentido de que tal base no puede ser contraria o ajena al principio de capacidad económica (consecuencia inevitable de este principio), sino también que la base debe referirse necesariamente a la actividad, situación o estado tomado en cuenta por el

legislador en el momento de la redacción del hecho imponible"[29]. Si la situación tomada en cuenta a la hora de regular el Impuesto sobre el Patrimonio es la titularidad de los bienes y derechos que integran el patrimonio menos las deudas que determinan la condición de "neto" del mismo, la base deberá tomar en consideración el valor de esos bienes. Y es aquí donde observamos una vez más claras incompatibilidades del régimen del Impuesto sobre el Patrimonio con el principio de capacidad económica.

Como se recordará, la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 22 de junio de 1995 declaró la incompatibilidad de la Ley alemana del Impuesto sobre el Patrimonio con la Constitución, en tanto la misma aplicaba diversos criterios de valoración, incoherentes entre sí, y sin tener en cuenta la circunstancia de que el tipo de gravamen es el mismo para todos ellos; según la sentencia del Tribunal alemán "si el legislador determina un solo tipo de gravamen para todo el patrimonio del contribuyente, únicamente queda garantizada una tributación conforme al principio de igualdad a través de las bases imponibles de cada elemento patrimonial orientada de modo objetivo a la *potencialidad de obtener ingresos*.

El Tribunal Constitucional alemán recuerda lo que es una regla común en la configuración de la base imponible y que hemos recordado; ésta, como expresión de la capacidad económica relativa debe ser coherente con el hecho imponible o capacidad gravada normativamente. Y tal capacidad gravada, para el *Bundesverfassungsgericht* no es otra que la "potencialidad" para obtener rentas. Los criterios de valoración deben referirse a esta "potencialidad" de manera unívoca, y al mismo tiempo, mantener unas reglas de actualización también unívocas. De manera que si el rendimiento potencial de los diversos bienes es similar, los criterios de valoración también deben ser semejantes.

Así pues creemos que la conclusión resulta evidente; si el Impuesto sobre el Patrimonio, pretende en teoría, gravar el patrimonio para infligir a las rentas de capital un tratamiento penalizador, el mismo debe recaer sobre el patrimonio susceptible de generar tales rentas y el valor a tener

[29] CORTES DOMÍNGUEZ, M.- MARTÍN DELGADO, J. M., *Ordenamiento Tributario Español*, I, Civitas, Madrid, 1977, pág. 428.

en cuenta debe ser el valor que mejor se adecue a ello; el valor productivo. Por el contrario, la valoración de los elementos integrantes del patrimonio se suele hacer sobre la base del valor de mercado, que no representa ese valor productivo, sino un valor de cambio, inapropiado para el carácter "estático y potencialmente duradero de la relación del sujeto con el elemento patrimonial"[30]. Por otro lado, este valor de mercado ni siquiera es un valor único, sino que juega de modo residual, conjuntamente con una diversidad de reglas que no responden a un criterio unitario y que ocasionan discriminaciones injustificadas.

Todo ello introduce en las valoraciones, uno de los elementos nucleares del régimen del Impuesto sobre el Patrimonio, graves quebrantamientos del derecho a la igualdad y a la capacidad económica. Estas circunstancias resultan especialmente graves si tenemos en cuenta las afirmaciones del Tribunal Constitucional alemán en la citada sentencia de 22 de junio de 1995. Cierto es que se trata de una afirmaciones que se enmarcan en una tendencia a la valoración unitaria, inherente a un sistema masificado y objetivo, muy propia del derecho germánico.

III.2.5. Vulneración de la igualdad

La igualdad es un principio que constituye el corolario de la capacidad contributiva y equidad fiscal. Mucho más cuando, como ocurre con el artículo 300 de la Constitución Ecuatoriana de 2008, la equidad aparece formulada junto con la generalidad (todos son iguales a la hora de contribuir) y la progresividad (quienes tienen diferente riqueza deben ser tratados de modo diferente).

Recordemos, como síntesis de la doctrina de la igualdad acuñada por el Tribunal Constitucional español, que el Alto Tribunal, en el FJ 9 A de la sentencia 76/1990, de 26 de abril, señala "...no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquélla desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable", añadiendo que "...el

[30] PLAZA VAZQUEZ, A.L., *El valor real tributario*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2000, pág. 333.

principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional". Añade el Tribunal Constitucional que "el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados". Además para que la diferenciación que pueda establecer una ley fiscal sea constitucionalmente lícita, no es suficiente con que lo sea el fin que con ella se pretende conseguir, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resulten de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, "...de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional...". Esta doctrina ha sido aplicada, entre otras, en la sentencias 214/1994, de 14 de julio (FJ 8º B), como antes lo había sido en la sentencia 27/1981, de 20 de julio (FJ 4º).

Al margen de esta doctrina, también debemos señalar que la Ciencia de la Hacienda ha elaborado diversas teorías en torno a la igualdad, basándose en el estudio de la llamada *equidad fiscal*. Desde esta perspectiva la igualdad se manifiesta en dos planos; uno horizontal y otro vertical. En el plano horizontal, el principio de igualdad se identifica con el de generalidad, esto es, que a igualdad de capacidad contributiva el impuesto debe ser igual, o, lo que es similar, a paridad de riqueza debe generalizarse el impuesto a todos por igual, sin excepciones ni privilegios. Dada una determinada manifestación de riqueza, todos aquellos que ostentan un mismo nivel de ella, deben contribuir cuantitativamente de modo similar. La igualdad en el plano horizontal es especialmente sensible a las diferencias territoriales de trato fiscal, a las que nos referiremos a continuación. Por otro lado, en el plano vertical, el principio de igualdad se identifica con la proporcionalidad y ésta con la capacidad contributiva, alcanzando también la redistribución o igualdad de hecho. Cuando nos referimos a la igualdad en sentido vertical, estamos haciendo referencia a la necesidad de un trato fiscal desigual a quienes manifiesten distinta capacidad económica. Para lograr la equidad vertical la progresividad de los impuestos, de los que el Impuesto sobre el Patrimonio es un buen ejemplo, sería el instrumento más adecuado.

Pues bien; el Impuesto sobre el Patrimonio adolece de graves deficiencias tanto en materia de igualdad. Quizás lo más destacable sea que la imposición del patrimonio suele afectar sólo a las personas físicas y no a las jurídicas. Si bien resulta bastante habitual encontrarse con opiniones favorables a que el impuesto sujete exclusivamente a las personas físicas, ya que las sociedades resultarían gravadas a través de la tributación de las acciones y participaciones en manos de los socios, ya que de lo contrario podrían darse supuestos de doble imposición. Pero ello no es argumento convincente porque, como recuerda SIMÓN ACOSTA, "podría haberse hecho distinción en cuanto a tipos de personas jurídicas, ya que existen algunas en las que no hay participaciones sociales gravadas por el Impuesto sobre el Patrimonio"[31]. Y porque en las sociedades el valor de la representación no siempre es fiel reflejo del valor del patrimonio social que representan, por lo que la no sujeción de personas jurídicas no sólo fomenta la desigualdad, sino que se erige en un evidente instrumento de fraude. El que las sociedades resulten sujetas al impuesto por la vía indirecta de la tributación de sus participaciones no disipa la desigualdad porque aquéllas cuyos socios sean personas físicas se verán alcanzadas de modo indirecto por el impuesto, al ser gravada la propiedad de sus participaciones en manos de los socios. Mientras el impuesto no alcanzará de ningún modo a aquellas otras sociedades cuyos socios son personas jurídicas. Ello, sin duda alguna, pone en juego el principio constitucional de igualdad.

III.2.6. Confiscatoriedad.

El principio de no confiscatoriedad, aun cuando no se encuentre expresamente previsto en la Constitución, se deduce de los principios de equidad y progresividad: el tributo progresivo tiene como límite el no eliminar ni agotar la fuente de tributación. También ha sido tratado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español a la hora de perfilar los principios esenciales inspiradores del régimen constitucional del tributo. Sin embargo, las pocas sentencias que se han ocupado en España de dibujar los confines de este principio y de llenarlo de contenido han efectuado afirmaciones tan genéricas como que el sistema fiscal tendría alcance confiscatorio si "mediante la aplicación de las diversas figuras tributarias vigentes se llegara a privar al sujeto pasivo de sus rentas y

[31] SIMÓN ACOSTA, E., *Curso de Introducción al sistema impositivo estatal*, op. cit., pág. 78.

propiedades", como asimismo habría un resultado confiscatorio en el IRPF, "cuya progresividad alcanzara un tipo medio de gravamen del 100 por 100 de la renta" (sentencia 150/1990, de 4 de diciembre (FJ 9º).

A pesar de estas invocaciones tan generales al contenido de la no confiscatoriedad, en lo que tal principio consiste realmente es en la prohibición de que la aplicación de las diversas figuras tributarias vigentes agote la riqueza imponible "so pretexto del deber de contribuir" –así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en sentencia 233/1999, de 16 de diciembre (FJ 23º) como ya lo había hecho en las anteriores 150/1990, de 4 de octubre (FJ 9º y 14º) y 14/1998, de 24 de enero (FJ 11, B)– .

Y ese es un peligro real respecto a una figura tributaria como el Impuesto sobre el Patrimonio, que, como se ha visto, aunque recae sobre el patrimonio se paga con la renta, incidiendo de una u otra manera en ambos objetos de tributación. Lo que resulta especialmente grave y plantea riesgos reales de confiscación, en tanto, como ya hemos señalado, el Impuesto sobre el Patrimonio grava los bienes con valor económico, independientemente de que sean productivos o no. Es más; la pretendida función extrafiscal de incentivar la productividad de los bienes –que sin embargo no se refleja en el hecho imponible del Impuestos español sobre el Patrimonio– parece invitar a que se graven también los bienes *improductivos*. Pero en el caso de bienes improductivos, la ausencia de rendimientos supondría que el impuesto estaría menoscabando el valor del patrimonio; lo mismo ocurriría si los rendimientos son tan pequeños que el impuesto los absorbe por completo o en su mayor parte. Como estas situaciones constituyen riesgos reales de confiscatoriedad, la solución que se viene reconociendo es el establecimiento de límites a la carga impositiva. Puede tratarse de límites relativos a la carga impositiva global que tiene que satisfacer el contribuyente obligado al pago del Impuesto sobre el Patrimonio. Este tipo de límites no se contemplan en la legislación española pero la tantas veces citada sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 22 de junio de 1995 propuso uno del 50 % del Impuesto sobre el Patrimonio, "añadido a los demás impuestos que recaen sobre los ingresos"[32].

[32] CASANA MERINO, F., "El principio constitucional de interdicción de la confiscatoriedad en el ámbito tributario", *Civitas, REDF*, nº 216, 1991, pág. 1110.

Las soluciones que se barajan suelen ser la de establecer un *impuesto mínimo* en el Impuesto sobre el Patrimonio, para evitar que, con su acumulación con la cantidad a pagar por el Impuesto sobre la Renta, la cuantía total resulte confiscatoria[33].

En cualquier caso, estos "impuestos mínimos" del 20 por 100, no responden a la finalidad que cabría esperar de ella, como elemento de garantía de que el Impuesto sobre el Patrimonio se pague con la renta y no con cargo al patrimonio. Por un lado, por el efecto distorsionador que puede significar su existencia conjuntamente con las exenciones a la pequeña empresa introducidas por la Ley 22/1993, ya que, como dice HERRERA MOLINA, siempre que esos patrimonios empresariales constituyan la principal fuente de renta del contribuyente, "el mismo se encuentra totalmente exento aunque sus rendimientos sean muy reducidos"[34].

III.2.7. Seguridad jurídica.

El principio de seguridad jurídica constituye otro de los elementos básicos del moderno Estado de Derecho. En la Constitución ecuatoriana de 2008 se reconoce de manera clara en el artículo 82, donde se dice que "el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes".

Las reglas de valoración de los bienes gravados en el Impuesto sobre el Patrimonio pueden vulnerar las exigencias de seguridad jurídica. El Tribunal Constitucional español ha destacado el valor de la positivización de la seguridad jurídica por la Constitución cuando en su sentencia 27/1981, de 20 de julio, destaca que, aunque la seguridad jurídica es "suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad", "...si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente". El contenido esencial de la seguridad jurídica, al margen de la distinción tradicional entre su manifestación objetiva y su

[33] MAGRANER MORENO, F.J., "Comentario al artículo 31 de La Ley del IP", op. cit., pág. 2105.
[34] HERRERA MOLINA, P.M., *Capacidad económica y sistema fiscal*, op. cit., pág. 368.

manifestación subjetiva, radica en la idea de "previsibilidad" de las consecuencias fiscales de las actuaciones del ciudadano. A la protección de la confianza legítima y previsibilidad de las consecuencias tributarias de los actos y negocios se refiere el Tribunal Constitucional en su sentencia 27/1981, de 20 de julio, cuando dice que "lo fundamental que hay que proteger es la confianza, ya que el no hacerlo es atacar la buena fe" (FJ 9º). Es lo que la doctrina y jurisprudencia constitucional alemana denominan *previsibilidad objetiva de las consecuencias jurídicas de los particulares* – *Vorhersehbarkeit* -. Esta exigencia constitucional debe ensamblarse con el resto de principios estrictamente "tributarios" –capacidad económica, generalidad, igualdad, progresividad y no confiscatoriedad– como corolario imprescindible de la justicia tributaria. Como propone la sentencia del Tribunal Constitucional español 173/1996, de 31 de octubre, la realización de los principios de justicia e igualdad deben armonizarse con el respeto a los principios informadores del ordenamiento, "y de manera especial con la seguridad jurídica" (FJ 5º).

Las normas de valoración de los distintos bienes gravados en el Impuesto sobre el Patrimonio suelen incluir situaciones de riesgo para la seguridad jurídica del contribuyente, como el uso de presunciones legales, y ciertas normas de valoración. Y es que, un impuesto como el del patrimonio es especialmente proclive a que el derecho del contribuyente a conocer las consecuencias fiscales de sus actos se vea vulnerado, puesto que, como ya hemos señalado, se pretende configurar como un tributo de referencia a la hora de fijar valores. Ya hemos expuesto nuestras críticas al uso del término *valor de mercado* en tanto, creemos no refleja adecuadamente la capacidad económica que hay que tener en cuenta en un impuesto como el del Patrimonio. Este valor, como los demás criterios de valoración plantea el problema de que al referirse a la valoración de elementos no dinerarios "deben consistir en conceptos jurídicos indeterminados, siempre por referencia a parámetros económicos"[35]. El recurso a estos conceptos indeterminados es, por tanto, una necesidad técnica por lo que, en sí misma, no puede considerarse contraria al principio de seguridad jurídica.

Pero, a pesar de esta afirmación, lo que tampoco se puede negar, es que la presencia de conceptos jurídicos indeterminados en las leyes

[35] PLAZA VAZQUEZ, A.L., *El valor real tributario*, op. cit., pág. 257.

tributarias conlleva una innegable carga de incertidumbre, tanto en lo relativo a la aceptación de los valores propuestos por los contribuyentes como a la posibilidad o no de practicar comprobaciones. Si bien parece que resulta consustancial con estos conceptos jurídicos indeterminados la imposibilidad de un conocimiento previo de los mismos que impida una situación de inseguridad, también es cierto que no se salvaguarda el respeto al principio de seguridad jurídica si no se implementan mecanismos basados en el derecho del contribuyente a la información sobre los valores a aplicar, para disipar esa incertidumbre, y que ese conocimiento previo sea pleno en el sentido de que excluya la comprobación por la Administración.

Pero también supone un riesgo para la seguridad jurídica la "dispersión de criterios de valoración", a la que ya hemos aludido como contraproducente con las exigencias de capacidad económica e igualdad. Esa dispersión se traslada a las fuentes formales del Derecho, ya que en ocasiones los criterios de valoración aparecen regulados en normas distintas. Si no hay normas fiscales de unificación de los criterios de valoración el Impuesto sobre el Patrimonio en lo relativo a la determinación de valores adolece de defectos que generan incertidumbre y pueden incurrir en inconstitucionalidad por vulneración del principio de seguridad jurídica.

III.3. Desincentivación del ahorro.

Vistos los abundantes argumentos de orden estrictamente jurídico que avalan la propuesta de supresión del Impuesto sobre el Patrimonio, debemos hacer un último esfuerzo para exponer otros rasgos criticables de esta figura tributaria basados en sus efectos económicos, al tiempo que cabe contradecir la *ultima ratio* a la que se acude para defender la pervivencia del Impuesto, aun reconociendo que el mismo contradice elementales exigencias de justicia tributaria; es un instrumento de control del origen de las rentas, y por tanto, sirve como un mecanismo de lucha contra el fraude fiscal.

Respecto a la primera cuestión no vamos a detenernos en exceso puesto que las afirmaciones a efectuar creemos que son obvias; si gravar el patrimonio supone gravar la renta ahorrada, el impuesto desincentiva la formación de ahorro. Por ahorro hay que entender en términos

económicos, aquélla parte de la renta que después de los impuestos no se consume por las personas físicas o no se distribuye por las personas jurídicas. La finalidad del ahorro privado es, como se sabe, la formación de capital y inversión. Si el Impuesto sobre el Patrimonio grava la renta que no se consume, el impuesto dificulta esa formación de capital. Si se gravan todos los bienes y derechos, lo mejor es optar por los de consumo, pues perderán valor con el paso del tiempo, y no por bienes específicos de inversión, como por ejemplo una segunda vivienda. El impuesto resulta claramente contradictorio con los objetivos de formación de ahorro, objetivo que constituye un fin prioritario de la política económica y al servicio del cual existen en el IRPF un buen número de incentivos fiscales. Frente a todos ellos, mantener el Impuesto sobre el Patrimonio supone un gran contrasentido.

III.4. ¿Se justifica un Impuesto sobre el Patrimonio a partir de su función de control?.

Por último, se suele argumentar que si bien el Impuesto sobre el Patrimonio puede colisionar con ciertos valores o principios del ordenamiento tributario constitucional, a través del mismo se puede, no obstante, conseguir un conocimiento más profundo y eficaz de otros impuestos, y sobre todo, como vimos, de las fuentes de renta.

Recordemos que el control de los bienes, en cuanto fuente de rentas, es un fin constitucional, amparado en la lucha contra la ocultación y el fraude. Lo que sí hay que poner en tela de juicio es que ese fin deba lograrse a través de un impuesto y que tal impuesto, figura esencialmente recaudatoria, tenga como fundamento básico el control de rentas.

IV. Conclusión en contra de la implantación de un Impuesto sobre el Patrimonio en Ecuador.

De lo dicho, podemos resumir los argumentos en contra de la introducción de un Impuesto sobre el Patrimonio en Ecuador, figura fiscal que podría llegar de la mano de la nueva declaración de bienes.

a) No cuenta con parangón en la mayoría de los ordenamientos tributarios de los Estados miembros de la OCDE y de la Unión Europea. En un escenario caracterizado por la internacionalización de la

economía, la coordinación fiscal aparece como una de las necesidades más palmarias de adaptación del poder tributario a la nueva realidad mundial. Por eso, la permanencia de este impuesto en nuestro sistema fiscal, coloca a la fiscalidad española en situación de desarmonía con los ordenamientos de nuestro entorno.

b) Su regulación plantearía grandes fricciones con las exigencias de la justicia tributaria y, sobre todo, con el principio de capacidad económica. A pesar de las disfunciones que el concepto tradicional de patrimonio puede plantear respecto a bienes que, respecto a ciertos sujetos, pueden considerarse con "valor económico" y que tradicionalmente se consideraban ajenos al patrimonio –por ejemplo, el derecho a la imagen– no parece que, *a priori*, sea contrario al principio de capacidad económica la elección del patrimonio como hecho imponible. Pero también es cierto que un impuesto que grava la renta ahorrada y que recae sobre bienes y valores que volverán a tributar cuando, a título gratuito u oneroso, "salgan" del patrimonio del sujeto, sólo puede aceptarse bien porque se entiende que la titularidad de un patrimonio constituye una capacidad económica "adicional", bien porque se reconoce a la figura impositiva un fin extrafiscal.

   Respecto a la "capacidad adicional", se viene entendiendo que ésta concurre en quien tiene patrimonio, al que se debe penalizar fiscalmente, pues ello sería una vía adecuada para discriminar positivamente a las rentas del trabajo frente a las de capital. Si este fuese un motivo funda-mental de la existencia del Impuesto sobre el Patrimonio, la capacidad económica a tener en cuenta por el Impuesto tendría que ser acorde con la "potencialidad de los bienes para producir renta" –como dijo en Alemania el *Bundesverfassungsgericht* en sentencia de 22 de junio de 1995–, y no gravar todos los bienes patrimoniales. Pero tampoco parece adecuado implementar un tratamiento más favorable para las rentas de trabajo con un nuevo impuesto, cuando el Impuesto a la Renta parece la sede más adecuada para ello.

   Tampoco puede entenderse que el impuesto responde a un fin extrafiscal de corte *productivista*, pues ni su hecho imponible ni su base recogen el elemento "improductividad" de los bienes, como

parece haber exigido el Tribunal Constitucional para este tipo de impuestos.

Pero las objeciones al impuesto desde la perspectiva de la capacidad económica son más abundantes; los criterios de valoración pueden ser incoherentes entre sí y con la regla general de la "potencialidad de obtener renta", y giran en torno al concepto de "valor de mercado", un valor de cambio, inapropiado para el carácter estático y potencialmente duradero de la relación del sujeto con el elemento patrimonial. Esta dispersión de valores normativos es además, fuente de desigualdades y de inseguridad jurídica, e incluye supuestos de verdadera dispersión normativa. En suma, y como señaló para el caso alemán su Tribunal Constitucional, el Impuesto sobre el Patrimonio sólo puede cuantificarse de tal modo que su efecto conjunto con el resto de las cargas tributarias deje intacta la llamada "sustancia patrimonial".

c) El Impuesto sobre el Patrimonio plantea también graves riesgos desde la perspectiva de la exigencia de "no confiscatoriedad", entendida como subsistencia de la manifestación de capacidad económica gravada, al hacer tributar todos los bienes, incluidos los que no producen renta. El efecto confiscatorio se produce por la incidencia conjunta de la imposición sobre la renta y el patrimonio, lo que no se soluciona con la técnica de los *impuestos mínimos*.

d) El Impuesto sobre el Patrimonio puede no ser respetuoso con las exigencias de seguridad jurídica, tanto por el efecto que provoca la dispersión de criterios de valoración – acompañada en ocasiones de dispersión normativa – como por el uso de conceptos jurídicos indeterminados.

e) Además, es un impuesto, que desde el punto de vista económico, desincentiva el ahorro, repercutiendo negativamente en la formación de capital e inversión, y resultando contradictorio con las medidas fiscales para estimularlo, previstas en diversas normas fiscales.

f) Todas estas objeciones, no resultan contrarrestadas por la supuesta *función de control* de rentas que desempeña el Impuesto. Para controlar las fuentes de renta existen diversos instrumentos, y un impuesto es el menos adecuado.

LEY DE EQUIDAD TRIBUTARIA VIOLENTA GARANTÍAS CONSTITUCIONALES: LIMITA EL DERECHO A LA DEFENSA Y A LA TUTELA EFECTIVA

Dr. Armando Serrano Carrión

El 16 de diciembre del 2007 el Presidente de la República remitió el proyecto de Ley de Equidad Tributaria, para conocimiento, resolución y aprobación de la Asamblea Constituyente, que contenía el propósito claro de una reforma profunda a nuestro sistema tributario. Entre estas se advertían un sinnúmero de normas que violan, no solamente disposiciones expresas de carácter constitucional, sino principios consagrados por el ordenamiento jurídico contenidos en la Carta Política, vigente a la fecha (Constitución 1998). Violentando derechos inherentes a la naturaleza misma del ser humano, por lo que requería de una indispensable depuración. Proceso necesario para evitar la colisión de una norma de jerarquía inferior con la Carta Política, y la "derogatoria" de garantías fundamentales de carácter Constitucional, fruto de conquistas del hombre. A pesar de tales advertencias, con una ligereza inusitada, pocas veces vista, esta se promulgó en el Registro Oficial del 29 de Diciembre del 2007, (13 días después).

La Mesa de Legislación y Fiscalización emitió su primer informe el 18 de Diciembre y el Informe Final, el 27 del mismo mes. El Pleno de la Asamblea Constituyente, lo aprobó el 28 y finalmente, se promulgó el 29.

La norma objeto de nuestro comentario, exige una caución para acceder a la administración de justicia, en fase jurisdiccional tributaria. En el evento de no rendirla, el órgano jurisdiccional competente no solo que no acepta la acción deducida sino que, el administrado como consecuencia de ello, queda en estado de indefensión. Tanto la Carta Política (1998), vigente a la fecha de promulgación de la Ley de Equidad Tributaria, como la posterior (2008), consagran como derecho fundamental de los ecuatorianos, la tutela efectiva judicial y para ello, se garantiza el pleno y total acceso a la justicia. La norma objeto de nuestro comentario condiciona el acceso a la justicia, al otorgamiento de una caución, caso

contrario, está vedada la posibilidad de someter a conocimiento del órgano jurisdiccional su pretensión y por ende, su derecho a la tutela efectiva judicial desaparece.

El proyecto inicial remitido por el Ejecutivo contemplaba que el monto de la garantía que el accionante debía de rendir para acceder a la administración de justicia, ascendía al 20% de la cuantía de la demanda:

PROYECTO REMITIDO POR EL EJECUTIVO[1]
A continuación del Art. 233, agréguese el siguiente: "Art. (...) Afianzamiento.- Las acciones y recursos que se deduzcan contra actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas, deberán presentarse al Tribunal Distrital de lo Fiscal con una ***caución equivalente al 20% de su cuantía.***
La caución se cancelará por el Tribunal o Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia si la demanda o pretensión es aceptada totalmente; en caso de aceptación parcial el fallo determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelto al demandante y la cantidad que será entregada a la administración tributaria demandada, perjudicada por la demora; si la demanda o la pretensión es rechazada en su totalidad se entregará a la administración tributaria perjudicada por la demora, el valor total de la caución.
Esta caución es independiente de la que corresponda fijarse por la interposición del recurso de casación, con suspensión de ejecución de la sentencia o auto y de la de afianzamiento para hacer cesar medidas cautelares y se sujetará a las normas sobre afianzamiento establecidas en este código.

[1] *Oficio # 1602-SGJ-07-03193 del 16 de Diciembre de 2007, suscrito por el Presidente Constitucional de la República, Econ. Rafael Correa Delgado, dirigido al Presidente de la Asamblea Constituyente, mediante el cual remitió el proyecto de Ley para la Equidad Tributario.-*

> *El Tribunal no podrá calificar la demanda sin el cumplimiento de este requisito, teniéndose por no presentada y por consiguiente ejecutoriado el acto impugnado, si es que dentro del término de quince días de haberlo dispuesto el Tribunal no se la constituyere."*

En el primer informe de la Comisión de Legislación y Fiscalización se recoge la propuesta del ejecutivo y se somete a consideración de los Asambleístas. Recién en el segundo informe aprobado el 27 de diciembre, se efectúa un pronunciamiento por parte de este órgano y se sugiere la disminución del monto de la caución al 10%. Observación con la que, finalmente, se aprobó y luego de su vigencia, así se aplica. Hoy en la práctica diaria se exige a los litigantes, administrados o sujetos pasivos de obligaciones tributarias, presentar una caución equivalente al 10% del monto de las impugnaciones deducidas ante los Tribunales Distritales de lo Fiscal.

Luego de este brevísimo antecedente, en la parte sustantiva, es necesario mencionar que, entre los derechos fundamentales de las personas, consagrados en la Constitución anterior[2], vigente al momento de aprobación y vigencia del ordenamiento legal objeto de nuestro comentario, el artículo 23, destacaba el derecho al Debido Proceso. El artículo 24, Ibídem, en el desarrollo de los elementos que deben integrar el Debido Proceso, en su ordinal 10º, señalaba lo siguiente:

> *"Art. 10.- Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento…"*

Reforzando lo anteriormente señalado, el mismo artículo cita en el ordinal 17º, que toda persona debe tener libre acceso a los organismos judiciales a efectos de lograr de estos la tutela efectiva de sus derechos, sin que en ningún caso, quede en indefensión.

> *…" 17. Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede*

[2] CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Decreto Legislativo 000, Registro Oficial 1 de 11 de Agosto de 1998.

en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley."…

De tal manera que, resulta garantía sustancial de las personas, el debido proceso y entre los elementos sustanciales para que este se pueda consagrar plenamente, resulta fundamental el acceso a la justicia, y que este no se encuentre bajo ningún concepto condicionado o limitado de alguna manera. De tal suerte que, esta garantía constitucional se consagra cuando se permite el libre acceso a la justicia. Tutela efectiva que está derivada, a su vez, en la tutela administrativa y jurisdiccional. La norma constitucional que, final-mente, cierra este círculo es el artículo 196 de la Carta Política, que textualmente señalaba lo siguiente:

"Art. 196.- Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes organismos de la función judicial, en la forma que determina la Ley…".

La novísima Carta Política[3], aprobada en el 2008, que cobró vigencia con posterioridad a la ley objeto de nuestro comentario, trae normas similares, que citaremos para su adecuada revisión. Con la clara diferencia, en el énfasis que el nuevo ordenamiento legal impone a los derechos individuales, reconociéndoles un valor jurídico superior:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008

Art. 11.- *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.
5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servi-

[3] **CONSTITUCION POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR,** Decreto Legislativo s/n, Registro Oficial 449, 20 de Octubre de 2008

doras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. *8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.* *Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.* *9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.* *El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, **violación del derecho a la tutela judicial efectiva**, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.*
***Art. 75**.- **Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva**, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; **en ningún caso quedará en indefensión**. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.*
***Art. 76**.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:* *7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:* *a) **Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa** en ninguna etapa o grado del procedimiento.*
Art. 173**.- **Los actos administrativos de cualquier autoridad

> ***<u>del Estado podrán ser impugnados</u>***, *tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.*

Los derechos fundamentales, en las corrientes modernas neoconstitucionalistas, no admiten cuestionamiento alguno y se les otorga un valor preponderante incluso en la construcción del estado mismo, debido a que "constituyen un presupuesto del propio estado". "Los derechos fundamentales, entonces, se enfrentan al ejercicio del poder en un estado de derecho, parte del "supuesto" de la protección y garantía de esos derechos fundamentales que garantizan la existencia del propio estado. Por ello su importancia, y por ello la necesidad de ubicarlos en un texto superior, en una Ley Fundamental, a la que se encuentra sometido el monarca, el legislador y el juez, para que todos ellos la respeten, por estar en un nivel superior al de su propia existencia. En el evento de permitir la consagración de derechos fundamentales en textos legales, es probable que los mismos se hubiesen modificado por el propio legislador en su función específica de la expedición de las leyes y en su capacidad de modificarlas. Por ello, esos derechos fundamentales justifican su existencia y permanencia en el espacio y en el tiempo, siempre que sean ubicados por encima de quienes detentan el poder público.

Al menos esa fue la concepción norteamericana en el proceso de conformación de su Estado. Los derechos fundamentales son preexistentes a la organización del estado y de esa forma resulta superflua su consagración en un texto constitucional. Además, si el pueblo ostenta el poder, en cualquier momento puede ejercerlo. Sin embargo, la constitucionalización de los derechos permite establecer un statu quo a quienes ejercen el poder"...[4] HAMILTON en "El Federalista", No. 74, se oponía a quienes pensaban de esta manera, al afirmar lo siguiente:

"Estrictamente hablando, el pueblo no abandona nada en este caso y, como lo retiene todo, no necesita reservarse ningún poder en particular. << Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, con el objeto de asegurar los beneficios de la libertad a nosotros mismos y a nuestros descendientes, estatuimos y sancionamos

[4] El Triunfo del Neoliberalismo, Colombia en el nuevo orden Constitucional, Felipe Alirio Solarte Maya, Ediciones Nueva Jurídica, 2007, pág. 200.

esta Constitución para los Estados Unidos de América>>. Aquí tenemos un reconocimiento de los derechos populares superiores a varios volúmenes de estos aforismos que constituyen la distinción principal de las declaraciones de derechos de varios de nuestros Estados, y que sonarían mucho mejor en un Tratado de Ética que en la Constitución de un gobierno (…) Voy más lejos y afirmo que las declaraciones de derechos en el sentido y con la amplitud que se pretenden, no sólo son innecesarias en la Constitución proyectada, sino que resultan hasta peligrosas. Contendrían varias excepciones a poderes concedidos y por ello mismo proporcionarían un pretexto plausible para reclamar más facultades de las que otorgan. ¿Con qué objeto declarar que no se harán cosas que no se está autorizando efectuar? Por ejemplo: ¿Para qué afirmaría que la libertad de la prensa no sufriría menoscabo, si no se confiere el poder de imponerle restricciones? No es que se sostenga que una disposición de esa clase atribuiría facultades de reglamentación; pero es evidente que suministraría a los hombres con tendencias usurpadoras, una excusa para reclamar ese poder. Podrían argumentar con cierta apariencia de razón que no se debe imputar a la Constitución el absurdo de precaverse contra el abuso de una potestad que no existe y que la disposición que prohíbe limitar la libertad de la prensa autoriza claramente a inferir la intención de dotar al gobierno nacional de la facultad de prescribir normas apropiadas en el caso de dicha libertad. Esto puede servir de ejemplo de los numerosos asideros que se ofrecieran a la doctrina de los poderes de interpretación si se transige con este imprudente celo a favor de las declaraciones de derechos"[5]

La Constitución del 2008 impone una migración sustancial en nuestra Carta Política, del sistema Francés Continental al sistema del Common Law, entre cuyos cambios más importantes es que, los contenidos de la norma suprema, son de aplicación inmediata y directa por todos los operadores jurídicos, por encima de los previsto por cualquier otro ordenamiento jurídico, incluso aquellas con la jerarquía normativa de rango de ley… "La aplicación y eficacia directa de la Constitución implica que los jueces y los demás operadores jurídicos, incluyendo los particulares, habrán de tomar a la Constitución como una regla de decisión, con las siguientes consecuencias: a) habrá de examinarse y compararse todas las normas con las disposiciones constitucionales, para determinar de forma legítima si hacen parte o no del ordenamiento

[5] ZAGREBELSKI, Gustavo, El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Editorial Trotta, 1995, pág. 56.

jurídico; b) en la solución concreta de conflictos jurídicos habrá de aplicarse directamente la Carta fundamental; y, c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución . (Los padres fundadores de la Constitución norteamericana, y particularmente Alexander Hamilton, tuvieron muy claro la idea de la superioridad y aplicación directa de la Constitución por parte de los jueces, quienes tienen la obligación de protegerla cuando se generen conflictos con las leyes. Sobre el particular Ver: Hamilton, *A. El Federalista,* FCE, México, *1987,* Carta *78).*[6]

La Ley para la Equidad Tributaria en el Ecuador[7], establece una seria limitación al libre acceso a la justicia, cuando en una de sus disposiciones señala lo siguiente:

> ***Art. 233****.- Falta de otros requisitos.- La falta de señalamiento de domicilio judicial para notificaciones, no impedirá el trámite de la demanda, pero no se hará notificación alguna a quien hubiere omitido este requisito, hasta tanto lo cumpla.*
>
> *Tampoco impedirá el trámite de la demanda la falta de fijación de la cuantía.*
>
> ***Art. (...)****.- Afianzamiento.- Las acciones y recursos que se deduzcan contra actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas,* ***deberán presentarse al Tribunal Distrital de lo Fiscal con una caución equivalente al 10% de su cuantía;*** *que de ser depositada en numerario será entregada a la Administración Tributaria demandada.*
>
> *La caución se cancelará por el Tribunal Distrital de lo Fiscal o*

6 Resolución de la Corte Constitucional.- Año II -- Quito, Miércoles 22 de Octubre del 2008- R.O.# 451.-

7 LEY REFORMATORIA PARA LA EQUIDAD TRIBUTARIA EN EL ECUADOR, Decreto Legislativo No. 000, publicado en Registro Oficial Suplemento 242 de 29 de Diciembre del 2007.

Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia si la demanda o pretensión es aceptada totalmente, la que en caso de ser en numerario generará a favor del contribuyente intereses a la misma tasa de los créditos contra el sujeto activo. En caso de aceptación parcial el fallo determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelto al demandante y la cantidad que servirá como abono a la obligación tributaria; si la demanda o la pretensión es rechazada en su totalidad, la administración tributaria aplicará el valor total de la caución como abono a la obligación tributaria.

***Esta caución es independiente de la que corresponda fijarse por la interposición del recurso de casación**, con suspensión de ejecución de la sentencia o auto y de la de afianzamiento para hacer cesar medidas cautelares y se sujetará a las normas sobre afianzamiento establecidas en este código.*

***El Tribunal no podrá calificar la demanda sin el cumplimiento de este requisito, teniéndose por no presentada y por consiguiente ejecutoriado el acto impugnado**, si es que dentro del término de quince días de haberlo dispuesto el Tribunal no se la constituyere.*

A texto expreso, la ley condiciona el ejercicio de las acciones y recursos a una exigencia de carácter económico. El ejercicio del derecho de defensa de los administrados se encuentra supeditado, a que estos cuenten con los recursos económicos suficientes, para atender esta exigencia. Solamente aquellos administrados que cuenten con los recursos económicos necesarios para poder afianzar la obligación tributaria contenida en un acto determinativo, equivalente al 10% de la misma, son los únicos que podrían acceder a la tutela efectiva, prevista en las normas Constitucionales inicialmente mencionadas.

El ejercicio de esta garantía constitucional está sometido a una condición de carácter económica, por tanto, no existe libre acceso a la justicia en materia tributaria. Existiría un acceso condicionado a la tutela efectiva, sometido a la capacidad económica del accionante.

En la nueva corriente Constitucional, denominada neo-constitucionalismo, en la que la aplicación de los derechos de los ciudadanos son de forma directa, más aún cuando se trata de derechos fundamentales,

con el propósito de una aplicación plena y evitar una postergación indefinida, la Carta Política, ha previsto que todos los servidores públicos entre los que se cuenta a los del servicio judicial, están llamados a aplicar la norma de manera tal que su interpretación favorezca la efectiva vigencia de los derechos consagrados en dicho ordenamiento constitucional.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008
Art. 11.- *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:* *5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.*

La rigurosidad de esta disposición, en la búsqueda incontenible de la vigencia plena, aplicación inmediata y directa de los derechos fundamentales, conduce al legislador a responsabilizar severamente al estado en casos de inoperatividad.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008
Art. 11.- *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:* *9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.* *El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia,* ***violación del derecho a la tutela judicial efectiva****, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.*

El mismo ordenamiento constitucional sanciona con la ineficacia jurídica las actuaciones de alguno de los poderes del estado, la propia administración tributaria o la función judicial, en el evento de que sus actuaciones no comulguen con el texto vigente de la norma o sean contrarias a sus preceptos.

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

La rigurosidad de la norma no solamente demuestra la clara y absoluta decisión del legislador de preservar la aplicación inmediata de las normas constitucionales que prevén derechos fundamentales a los ciudadanos sino que además, ha provisto a los operadores jurídicos de un mecanismo claro y expedito en caso de dudas, a efectos de prevenir actuaciones que puedan orientarse en tal despropósito. En este punto, debo de admitir que en el foro existen corrientes del pensamiento encontradas y que han desatado serias polémicas, que se irán dilucidando a medida que la casuística permita el desarrollo de jurisprudencia sobre la materia.

Algunos entendidos en la materia sostienen que, en el evento de dudas el operador jurídico debe someterse al mandato previsto en el artículo 426 de la Constitución de República, que los obliga a su inmediato cumplimiento y aplicación, sin que permita su postergación bajo pretexto alguno ni siquiera le permite alegar falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la

acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008
***Art. 426**.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.* *Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, **aplicarán directamente las normas constitucionales** y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.* *Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos **serán de inmediato cumplimiento y aplicación**. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.*

El operador jurídico tiene la obligación del inmediato cumplimiento y aplicación de la norma que consagre derechos constitucionales ….“Decimos que se formulan, en el plano normativo, los juicios sobre la validez y sobre la vigencia de las normas. Este último se refiere “a la constatación de la simple existencia de una norma en el Ordenamiento jurídico. Es un juicio de hecho o técnico, pues se limita a constatar que la norma cumple con los requisitos formales que le son exigibles y, como tal, es susceptible de ser declarado verdadero o falso. Frente a él, el <<juicio de validez>> va referido no a la forma de la norma, sino a su contenido, y afecta la relación de la norma con las determinaciones existentes en niveles superiores del Ordenamiento: su vinculación a valores y principios constitucionales es lo que motiva que, en todo caso, sea un juicio complejo pero de carácter jurídico, interno de Ordenamiento, y no moral, político. Puesto que responde al modelo de juicios

de valor, resultará ser opinable, variable, flexible. La posibilidad de realización gradual, de ponderación entre distintos valores que expresan las normas y de desviación respecto de los principios del Ordenamiento, son los datos que permite formular juicios de validez"[8]. Esto no tiene nada que ver con la mecanización que importa la operación de la subsunción de los hechos a las normas que instruye, como técnica depurada y exacta de aplicación del Derecho, el antiguo positivismo.

El Estado constitucional se instrumenta normativamente sobre la base de un modelo que contiene tres elementos que sobresalen:

a) La supremacía constitucional y de los derechos fundamentales que son todos los enunciados por la Constitución sean libertad personal o de naturaleza social;

b) El imperio del principio de juridicidad (llamado por muchos de legalidad) que somete a todo poder público al Derecho; y,

c) La adecuación funcional de todos los poderes públicos a garantizar el goce de los derechos de libertad y la efectividad de los sociales.

El paso siguiente es superar esa divergencia inevitable interna que existe "entre la proclamación ideal-constitucional de los derechos, su grado de plasmación legal y, todavía más, sus índices de realización empírica, siempre desoladoramente deficiente"[9]. Los derechos fundamentales vinculan normativamente a todos los poderes públicos y sólo falta que sean aplicados por los jueces, a través de las distintas acciones que la Constitución crea. En el Estado constitucional de derechos se debe romper con el formalismo positivista y, como dice nuestro autor en cita, recorrer hacia arriba la pirámide normativa. El nuevo desafío de los jueces es, precisamente, éste."[10]…

---

[8] Ángel Miguel PEÑA. La garantía en el Estado Constitucional de Derecho. TROTTA, Madrid, 1997., págs. 98/99.

[9] Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ. Corrupción y Estado de Derecho. TROTTA, Madrid, 1996, pág. 10.

[10] APUNTES SOBRE NEOCONSTITUCIONALISMO, ACCIONES DE PROTECCIÓN Y PONDERACIÓN, ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, PROCESO CONSTITUCIONAL, Dr. Jorge Zavala Egas, 2009, p 21.-

…"En el plano teórico, el reconocimiento de la eficacia directa de la Constitución, significa desde un punto de vista estricto, que los jueces podrán y deberán servirse de la Constitución para interpretar la ley o para completarla, lo cual significa que la norma superior se aplica, **en lugar de, frente a,** o por lo menos, junto al resto del ordenamiento.

El principio de eficacia directa implica que cualquier operador jurídico habrá de aplicar por sí mismo la Constitución, aún cuando el legislador no haya dado cumplimiento a sus prescripciones y aún cuando no haya funcionado correctamente el control de constitucionalidad.

La consecuencia práctica de que la Constitución sea "fuente del derecho sin más", es que aquellos "temas fundamentales" del ordenamiento jurídico, que en el paradigma del Estado liberal eran materia de la ley, ahora, en el paradigma de la constitucionalidad, son regulados directamente por la Constitución"[11]…

Sin embargo, otro segmento del pensamiento jurídico sostiene que, frente a la severidad de la duda, la propia norma constitucional ha puesto a disposición del operador jurídico la posibilidad de la Consulta ante la Corte Constitucional, figura jurídica novedosa en nuestra legislación que, sin lugar a dudas será un instrumento válido en este propósito. Al tenor de texto expreso, se suspende la sustanciación de la causa para remitir el expediente a Consulta al órgano de control Constitucional, respecto de la aplicación de la legislación que ha generado dudas.

> **Art. 428**.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, **suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma**.

[11] *Resolución de la Corte Constitucional.- Año II -- Quito, Miércoles 22 de Octubre del 2008- R.O.# 451.-*

> Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

Los Tribunales Distritales de lo Fiscal, están acogiendo esta segunda opción, frente a petición de parte, se suspende la sustanciación del proceso para la formulación respectiva de Consulta. Hasta la fecha de conclusión de este comentario no existe respuesta alguna ni ha concluido el plazo que para tal efecto dispone la Corte Constitucional.

A nuestro criterio, existe un derecho muy claro y además, reconocido de manera expresa por la Constitución vigente y anterior, que es el libre acceso a la justicia en la búsqueda de la tutela efectiva judicial y/o el derecho de defensa del individuo, entre otros, que se vulnera al someterlo a condicionamientos de tipo económico. Condicionamientos que, nacidos de la aplicación de una norma con rango de ley, no resiste la preeminencia de la norma Constitucional que debería de aplicarse sin miramiento alguno y permitir, el libre acceso a la justicia, que es de valor jurídico superior, sin lugar a dudas.

LA DEROGACIÓN POR INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA DEL AFIANZAMIENTO COMO REQUISITO PREVIO PARA ACCEDER A LA JUSTICIA TRIBUTARIA

Ab. Oscar Ceballos Patiño

RESUMEN:

El presente artículo aborda el tema de la pérdida de vigencia del afianzamiento como requisito para acceder a la justicia tributaria, en virtud de la entrada en rigor de la Constitución Política del año 2008.

PALABRAS CLAVE:

Libre y gratuito acceso a la justicia – Afianzamiento – Tribunales Distritales de lo Fiscal – Corte Constitucional – Inconstitucionalidad sobrevenida – Derogación

LA DEROGACIÓN POR INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA DEL AFIANZAMIENTO COMO REQUISITO PREVIO PARA ACCEDER A LA JUSTICIA TRIBUTARIA.

La Constitución de la República del Ecuador estatuye los preceptos básicos sobre los que deben desarrollarse las demás normas del ordenamiento jurídico, de tal forma que la actividad legislativa, judicial y administrativa se encuentra sometida a sus principios y normas. Sus disposiciones son de aplicación directa e inmediata, no requieren de una norma de inferior jerarquía para viabilizar sus mandatos superiores. La norma fundamental *se incluye a sí misma en el ordenamiento, con su efecto vinculante, general y directo para ciudadanos, Administración, jueces y Tribunales, sin necesidad de intermediación de las normas jurídicas tradicionales, Ley y Reglamento*[1].

[1] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas Ediciones, décima edición, 2000, pág. 104.

Nuestra vigente Constitución Política propugna que nuestro Estado es constitucional de derechos, en el que gobierna el principio de jerarquía normativa, en consecuencia, las normas constitucionales prevalecen sobre cualquier otra norma jurídica o acto de poder público. En virtud de lo manifestado, la actuación administrativa, el poder legislativo y judicial están obligados a respetar y hacer cumplir las normas de rango constitucional. No basta que los actos de administración y las sentencias que emiten jueces y Tribunales se encuentren motivadas o fundamen-tadas en leyes vigentes, además es preciso que tales leyes estén sometidas o ajustadas a la Norma Fundamental. De igual forma, no es suficiente que el ejercicio del poder legislativo cumpla con el procedimiento previsto en la Constitución para la aprobación de las leyes, sino que el producto de su actividad necesariamente se obliga a suscribir el escru-tinio de constitucionalidad.

Los jueces y tribunales en el ejercicio de su potestad administradora de justicia y responsables del cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva no deben desatender su función de aplicadores e interpretadores de la Constitución de la República, labor ejecutada velando por la plena vigencia de los derechos y garantías en ella contenidos. En materia de interpretación y control constitucional le corresponde a la Corte Constitucional ser el máximo órgano. *El crucial compromiso del juez constitucional, vinculado a la prevalencia del contrato político, no solo lo inviste del poder de decidir sobre la exequibilidad de las leyes, sino que también lo habilita para realizar una permanente labor creativa al amparo de la facultad de interpretar la Carta Política y hacer posible que la voluntad del constituyente tenga realidad plena y actual*[2].

Los administrados cuentan con derechos que resultan idóneos para combatir los problemas en que surjan actos administrativos, sentencias, actos administrativos de efectos generales y leyes disconformes con los derechos y garantías consagrados en la Constitución. Frente a los actos u omisiones de la administración pública que vulneren derechos reconocidos en la Constitución procede el inicio de una acción de protección conforme a lo previsto en el art. 88 de la Constitución de la República; contra las sentencias o autos definitivos que no se puedan recurrir,

[2] PLAZAS VEGA, Mauricio, Ideas políticas y teoría del derecho, Bogotá, Temis, 2003, pág. 9.

siempre que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, es correcto enderezar una acción extraordinaria de protección para lograr la tutela de los derechos que se estiman lesionados, en virtud de lo dispuesto en el art. 94 ibidem; y, ante las leyes o actos normativos cuyas disposiciones pugnen con preceptos consagrados en la Norma Suprema, la acción eficaz es la de inconstitucionalidad.

Hasta lo anotado la problemática no tendría mayores inconvenientes. No obstante, debido a la fecunda actividad legislativa de la Asamblea Constituyente, autora de la vigente Constitución, fueron puestas en vigencia varias leyes previo a la aprobación de la Norma Suprema. Leyes preconstitucionales que contrastadas con la actual Norma Suprema han dejado serias dudas sobre su vigencia. La disposición que merece nuestro comentario es la contenida en el artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, que dispone:

> "Art. 7.- A continuación del Art. 233, agréguese el siguiente: "Art. (...) Afianzamiento.- Las acciones y recursos que se deduzcan contra actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas, deberán presentarse al Tribunal Distrital de lo Fiscal con una caución equivalente al 10% de su cuantía; que de ser depositada en numerario será entregada a la Administración Tributaria demandada.
>
> La caución se cancelará por el Tribunal Distrital de lo Fiscal o Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia si la demanda o pretensión es aceptada totalmente, la que en caso de ser en numerario generará a favor del contribuyente intereses a la misma tasa de los créditos contra el sujeto activo. En caso de aceptación parcial el fallo determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelto al demandante y la cantidad que servirá como abono a la obligación tributaria; si la demanda o la pretensión es rechazada en su totalidad, la administración tributaria aplicará el valor total de la caución como abono a la obligación tributaria.

> Esta caución es independiente de la que corresponda fijarse por la interposición del recurso de casación, con suspensión de ejecución de la sentencia o auto y de la de afianzamiento para hacer cesar medidas cautelares y se sujetará a las normas sobre afianzamiento establecidas en este código.
>
> El Tribunal no podrá calificar la demanda sin el cumplimiento de este requisito, teniéndose por no presentada y por consiguiente ejecutoriado el acto impugnado, si es que dentro del término de quince días de haberlo dispuesto el Tribunal no se la constituyere."

Sin lugar a dudas debemos sostener que la norma citada establece la obligación de rendir una caución como requisito de procedibilidad para lograr el acceso ante los Tribunales Distritales de lo Fiscal. Hecho que resulta incompatible frente al derecho constitucional que consagra el libre y gratuito acceso a la justicia, contemplado en el artículo 75 de la Constitución de la República, que dispone:

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

El derecho que se consagra en la norma citada tiene por finalidad que las personas puedan acceder ante jueces independientes, sin la necesidad previa de satisfacer requisitos irreflexivos, con las máximas posibilidades de ejercer plenamente su derecho a la defensa. Así, las personas gozan de un libre y gratuito acceso a los órganos que ejercen potestades jurisdiccionales para obtener de ellos una sentencia motivada que tutele o ejerza control de juridicidad sobre la controversia puesta a su conocimiento y resolución.

Producto de la relación jurídica tributaria[3], el Estado, en calidad de acreedor de tributos, mantiene relaciones de derecho con los particulares

[3] En palabras de Carlos M.Giuliani Fonrouge constituye la relación integrada por los correlativos derechos y obligaciones emergentes del ejercicio del poder tributario, que

que tienen la calidad de contribuyentes o responsables. Como normal consecuencia de las vinculaciones de derecho que conforman la relación jurídica-tributaria tenemos los conflictos que pudieren surgir entre sus sujetos. Situación por la que generalmente se ejercita el derecho al libre y gratuito acceso a la justicia para obtener una tutela judicial efectiva de los derechos e intereses discutidos dentro de una controversia.

El inicio de un proceso contencioso tributario tiene variado origen. Con frecuencia los demandantes impugnan los actos expedidos por las autoridades tributarias para lograr un control de juridicidad sobre los mismos, ya sea por encontrarse con vicios que provocan su nulidad o por estimar una equivocada interpretación de normas jurídicas. Otras posibles causas del inicio del proceso es la disconformidad con los resultados de un procedimiento de determinación o las excepciones que se deducen en un procedimiento de ejecución coactiva. Están los supuestos contrarios, esto es, los casos en que los particulares alegan la negación total o parcial de sus derechos al crédito tributario, ya sean provocados por pagos indebidos, en exceso o pagos debidos sujetos a reintegro por mandato de la ley. Son varias las fuentes que motivan a los particulares el acceso a la justicia tributaria, en detalle se encuentran determinados en las leyes, en especial en el Código Orgánico Tributario.

La imposición de un requisito irreflexivo, como es la presentación de una caución equivalente al 10% de la pretensión recaudatoria del fisco, para acceder a los órganos de la función judicial, equivale al establecimiento de una condición que limita, o prohíbe un muchos casos, el libre acceso gratuito a la justicia, con el fin de obtener una tutela judicial efectiva por parte de jueces independientes que respeten las garantías previstas en la Constitución de la República y normas supranacionales.

La Asamblea con poderes legislativos creó un obstáculo al pleno goce del derecho que consiste en el libre acceso a la justicia. Si traemos a la práctica dicha limitación, no es difícil imaginar una extralimitada y arbitraria actividad administrativa exenta de control jurisdiccional, por el solo hecho de no verificarse una condición económica, materializada en la rendición de una caución como requisito indispensable para el acceso a

alcanzan al titular de éste, por una parte, y a los contribuyentes y terceros por otra. (Derecho Financiero, volumen I, Depalma, séptima edición, 2001, páginas 428 y 429.

la justicia tributaria. Graves e injustas consecuencias se generan por la aplicación del artículo 7 de la Ley para la Equidad Tributaria, en especial para los sujetos de menor capacidad económica, los que no tienen acceso a ninguno de los medios posibles de afianzamiento contemplados en el artículo 248 del Código Orgánico Tributario.

Bajo la misma línea de pensamiento, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en el año de 1969, estableció en su artículo 8 que todas las personas tienen derecho a ser oídas en los procesos, entre los que se incluye al contencioso tributario, con el debido resguardo de las garantías necesarias que aseguren el ejercicio de su defensa en la determinación de sus derechos y obligaciones. La misma Convención, en su artículo 24 propugna la igualdad ante la ley, como consecuencia de ello, es correcto afirmar que todas las partes dentro de un proceso tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Como órgano de la función judicial, los Tribunales Distritales de lo Fiscal deben cumplir inexorablemente con la preservación y cuidado de los derechos y garantías constitucionales. La actividad de administración de justicia tributaria, bajo ningún concepto debe apartarse de su función de garante de los derechos y libertades reconocidas en la Constitución y tratados internacionales. El maestro uruguayo Ramón Valdés Costa nos enseñó que la *misión de los órganos jurisdiccionales no es solamente la de dirimir conflictos aplicando las normas legales y reglamentarias, sino la de juzgar la legitimidad de éstas, defendiendo los derechos fundamentales consagrados en las constituciones contemporáneas y en los pactos internacionales. En otras palabras, defendiendo la Constitución contra los excesos de los poderes Legislativo y Ejecutivo.*[4]

Vale recordar que nuestro sistema de justicia constitucional obedece al modo mixto, esto es, contamos con una Corte Constitucional, institución donde reside el control constitucional concentrado, que a través de sus fallos con efectos *erga omnes* ejercen control constitucional y se encuentran facultados para expulsar las normas que contrastan con la Carta Política; y, los jueces y tribunales que también participan del control

[4] VALDÉS COSTA, Ramón, Instituciones de Derecho Tributario, Depalma, reimpresión de la 1era edición, 1996, páginas 275 y 276.

constitucional en todos los casos en que inaplican normas que pugnan con la Constitución, en los casos sometidos a su conocimiento, en cuyo caso los efectos serían inter partes. Además, en caso de duda fundamentada sobre la aplicación de una norma por reproche constitucional, los jueces y tribunales dentro de las causas que conocen se encuentran facultados para consultar a la Corte Constitucional, de oficio o por petición de parte, sobre su conformidad con la Constitución. En tal supuesto, la absolución de la consulta tendría efectos generales y no exclusivos en la causa donde se origina la consulta.

Conforme se expresó al inicio, debemos afirmar que no basta que la actuación judicial se someta a una ley, esa ley necesariamente debe estar sometida o ajustada a la Constitución. Trayendo dicha aseveración al caso concreto, no basta que las Salas de los Tribunales Distritales de lo Fiscal fundamenten su actuación en una norma con rango de ley, por cuanto esa ley necesariamente debe ajustarse a la Constitución de la República. Situación que no ha ocurrido en varios casos en que se continúa exigiendo el afianzamiento como requisito limitador al libre y gratuito acceso a la justicia. En consecuencia, su proceder lesiona derechos y libertades de orden constitucional y supranacional, lo que permite sostener que la norma adolece de inconstitucionalidad material, conforme he tratado justificar en líneas precedentes.

Formulada la introducción del tema comentado, es necesario hacer las siguientes precisiones:

1. La norma comentada entró en vigencia el día 31 de diciembre del 2007, razón por la que, en aplicación del principio Tempus Regit Actum[5], el análisis de su constitucionalidad debe ser efectuada a la luz de los derechos y garantías consagradas en la Carta Política vigente al momento de su origen, esto es, la del año 1998. Sin embargo, algunas salas de los Tribunales Distritales de lo Fiscal, frente a las constantes insinuaciones de inconstitucionalidad de la norma comentada, atendiendo a lo dispuesto en el art. 428 de la Constitución de la República y el art. 4 del Código

[5] Guillermo Cabanellas define al principio: El tiempo rige el acto. Una de las fórmulas determinante de la validez de los actos jurídicos en cuanto a la forma y al fondo, a menos de establecer retroactividades caducidad ante la falta de reiteración conforme a las normas innovadoras. (v. Derecho adquirido, irretroactividad)

Orgánico de la Función Judicial, han remitido en consulta a la Corte Constitucional para que resuelva sobre la constitucionalidad de la norma. Hecho que nos obliga a responder la siguiente interrogante: ¿Nos encontramos frente a un caso de inconstitucionalidad sobrevenida de una norma preconstitucional o simplemente se ha producido una derogación tácita en nuestro ordenamiento jurídico?

Si la Corte Constitucional califica la norma de inconstitucional, necesariamente la declaración sería de inconstitucionalidad sobrevenida, por el hecho de tratarse de una ley preconstitucional. No cabría sostener que el control constitucional se extienda a normas puestas en vigencia bajo el amparo de una Carta Política anterior. La solución la encontramos en la actual Constitución, en la disposición derogatoria que dispone:

> …"Se deroga la Constitución Política de la República de Ecuador publicada en el Registro Oficial número uno del día once de agosto de 1998, y toda norma contraria a esta Constitución. El resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución."…

La Corte Constitucional, en sentencia interpretativa 001-08-SI-CC[6], estableció que *la condición normativa de la Constitución tiene un efecto derogatorio general y automático para las normas preconstitucionales (ipso costitutione) y general, previa petición de parte, para las normas Infra constitucionales posteriores a la Constitución*. La sentencia es clara al sostener que las normas preconstitucionales contrarias a la Constitución quedan automáticamente fuera del ordenamiento jurídico. No así, *todas las normas preconstitucionales que no sean contrarias al texto de la Constitución, mantienen su vigencia, mientras no sean reemplazadas por una nueva legislación post-constitucional.*

2. El tema adquiere relevancia en razón de las diferentes competencias y efectos que existen entre una declaración de inconstitucionalidad y la perdida de vigencia por derogación. Como es conocido, si la Corte Constitucional *entra a conocer de la conformidad o disconformidad con la Constitución de una ley preconstitucional, ello se debe plasmar en una declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad; jamás, en una declara-*

[6] Publicada en el Registro Oficial No. 479 del día 2 de diciembre de 2008.

ción de derogación. El juicio de derogación corresponde a los jueces y Tribunales ordinarios, ya que utiliza como criterio el de la lex posterior, abstracción hecha de que ésta sea de superior rango jerárquico[7]. En ambos casos el efecto práctico es el mismo: su pérdida de vigencia. No obstante, se debe tener en consideración que la inconstitucionalidad de la norma provoca el cese de vigencia de la misma desde que es expulsada por la Corte Constitucional; distinta situación nos ofrece la derogación, que surte efectos desde el momento en que se publica en el Registro Oficial la norma derogante.

La problemática que deberá conocer la Corte Constitucional ha sido materia de interesantes fallos por parte del Tribunal Constitucional de España, cuyo primer pronunciamiento está contenido en sentencia de 2 de febrero de 1981, dentro del recurso de inconstitucionalidad núm. 186/80. La sentencia estableció que *la peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una Ley superior – criterio jerárquico y posterior– criterio temporal -. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar –de una parte– a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez de las que se opongan a la Constitución, y –de otra– a su pérdida de vigencia a partir de la misma, para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación.* La misma sentencia afirma que *no puede negarse que el Tribunal, intérprete supremo de la Constitución, según el artículo primero de su Ley Orgánica, es competente para enjuiciar la conformidad o disconformidad con aquélla de las Leyes preconstitucionales impugnadas, declarando, si procede, su inconstitucionalidad sobrevenida y en tal supuesto, la derogación operada por virtud de la disposición derogatoria.*

3. Como hemos visto, en España el tema ha quedado zanjado por la aplicación de la disposición derogatoria contenida en su Carta Fundamental. Solución que parece viable en todos los países que contengan disposiciones similares en sus Constituciones Políticas. A pesar que algunos autores optan por considerar que las leyes preconstitucionales que vulneren la Norma Fundamental se encuentran viciadas de inconstitucionalidad, aunque sea sobrevenida.

---

[7] DIEZ-PICAZO, Luis María, Consideraciones en torno a la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas sobre la producción jurídica y a la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, Revista Española de Derecho Constitucional, año 5, núm. 13, enero-abril 1985, pág. 150.

Los jueces y Tribunales ecuatorianos, dentro de los casos sometidos a su conocimiento y resolución, deberán de aplicar las normas que se sometan a la Constitución. En caso de duda respecto de una norma post-constitucional, la cuestión puede ser consultada al máximo organismo de interpretación y control constitucional. Sobre la duda en la aplicación de normas preconstitucionales procede su inaplicación por la perdida de vigencia en razón de la derogación acontecida. No parece correcto que se efectúe un juicio de constitucionalidad sobre una norma que ha quedado al margen del ordenamiento jurídico en virtud de la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida.

4. A modo de conclusión, me permito afirmar que los órganos con potestades jurisdiccionales se encuentran en la necesidad jurídica de dirimir las controversias aplicando los criterios tradicionales de solución de conflictos normativos, tales como el jerárquico, cronológico y de especialización. En el tema que nos ocupa, los Tribunales Distritales de lo Fiscal deben dejar de aplicar la norma derogada que preveía la obligación de afianzamiento como requisito de procedibilidad para acceder a la tutela judicial efectiva de sus derechos. No obstante, la Corte Constitucional en los casos en que ha sido consultada, a pesar de su incompetencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma derogada, en desarrollo del derecho constitucional a la seguridad jurídica, debería conminar a los órganos de la función judicial para que se abstengan de aplicar los preceptos expulsados del ordenamiento jurídico en mérito de la cláusula derogatoria contenida en la Norma Fundamental.

Derecho Constitucional

EL JUEZ FRENTE A LA INCOMPETENCIA, A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y A LA APLICACIÓN DIRECTA DE NORMAS CONSTITUCIONALES

Ab. Ciro Camilo Morán Maridueña[*]
cirocamilo@hotmail.com
moranc@fondodesolidaridad.gov.ec

RESUMEN:

El actual Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 del 9 de marzo del 2009, trae consigo importantes reformas en el sistema procesal ecuatoriano, involucrando no sólo a los jueces, auxiliares, sino inclusive también a los abogados y hasta los estudiantes de derecho. En el presente artículo se pretende dejar claro el papel o rol del juez en cuanto a la aplicación directa de normas constitucionales, qué es lo que esto significa y cuáles son sus efectos y alcances en la práctica. Se presenta un ejemplo relacionado con la posibilidad de ordenar un arraigo por parte de los funcionarios recaudadores de la coactiva frente a la disposición constitucional de que sólo el juez competente lo puede ordenar, lo cual tiene que ver con el análisis del juzgador entre lo legal y lo constitucional, inclusive explicándose cuando cabe que tenga duda al respecto y qué debe hacer si la tiene. Así mismo, se realiza un análisis en relación a la incompetencia del juzgador versus la tutela judicial efectiva de los derechos, de tal forma que se trata en el artículo de encontrar los diferentes momentos en los cuales el juez se puede ver en la necesidad de tomar en consideración la competencia que tenga o no respecto de un caso determinado y cómo debe resolver sobre dicha competencia dependiendo del estado procesal de la causa. Principalmente se realiza un análisis de la situación de incompetencia advertida por el juez al

[*] 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; Presidente del Directorio de Hidropastaza S.A.; y, Asesor de varias instituciones públicas y empresas privadas.

momento de dictar sentencia, cuáles son las posibilidades de una declaratoria de nulidad comparándolo inclusive con el caso colombiano así como con la doctrina nacional y extranjera. Finalmente se destacan algunos casos particulares respecto del análisis de la competencia que debe hacer el juez, como cuando debe realizar inspecciones fuera de su territorio, siempre que sea necesario para verificar la verdad.

ANTECEDENTES.-

Con la promulgación del nuevo Código Orgánico de la Función Judicial (de aquí C.O.F.J.), publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 del 9 de marzo del 2009, aparece en la esfera de lo legal los principios procesales consagrados en la Constitución de la República del Ecuador (de aquí Constitución), así entonces, por ejemplo tenemos lo que contempla el artículo 75 de dicha Constitución en cuanto a que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad y que en ningún caso quedará en indefensión. Pero esto no sólo queda en una simple repetición normativa, sino que es claro que el C.O.F.J. dispone que el juez debe en primer lugar fallar sobre la base de la Constitución y por ende no existe posibilidad de hacer omisión ni de las normas constitucionales ni de los principios procesales que tienen rango constitucional y que también se contemplan como quedó dicho en una ley orgánica.

Así, entonces, tenemos que el rol que le concede al juez el artículo 4 del C.O.F.J. que concuerda con los artículos 129 numeral 1 del mismo cuerpo orgánico y 426 segundo inciso de la Constitución, escala en el campo de acción que venía desempeñando anteriormente, puesto que el juez debe aplicar directamente las disposiciones constitucionales y por ello, de ser el caso, crear derechos, quedando sus resoluciones para el caso concreto, por sobre cualquier otra norma de menor jerarquía que, a criterio del juez, contradiga la Constitución. De tal forma que a manera de resumen, podemos afirmar que, por encima de la legalidad de una norma, está la constitucionalidad que tenga, pues faltándole este último carácter indispensable, puede el juez reemplazarla con su resolución. Ya para aspectos de orden general, como el de desplazar del ordenamiento jurídico a una norma legal determinada, entra en juego otras consideraciones e instituciones como por ejemplo el papel de la Corte Constitucional dentro de una acción de inconstitucionalidad.

Continuando con el nivel del juez, sería una mala actuación de éste si realiza lo contrario, pues no sólo que no ha comprendido el mandato constitucional y también legal, sino que además su fallo eventualmente puede ser revisado por la Corte Constitucional mediante una acción extraordinaria de protección, quedando en evidencia, por tanto, su falta de efectividad.

El tratamiento de los principios procesales establecidos en el C.O.F.J. recogidos de la Constitución, es demasiado abundante para tratarlo en un solo artículo, de ahí que el presente trabajo básicamente se centrará en analizar algunas consideraciones relacionadas con la aplicación directa de las normas constitucionales por parte del juez y del enfrentamiento entre la tutela judicial efectiva de los derechos y la incompetencia del juez, a propósito de lo que se contempla en el inciso tercero del artículo 23 del C.O.F.J.

ANÁLISIS.-

Aplicación directa de normas constitucionales.-

La aplicación directa de las normas constitucionales es un aspecto bastante reforzado por el C.O.F.J., pues del artículo 5, por ejemplo, podemos extraer que el juez no puede alegar falta de ley para negar el reconocimiento de algún derecho fundamental, lo cual puede ocurrir inclusive de manera indirecta cuando el juez establezca en su resolución que niega una pretensión porque existe una norma legal que permite al demandado realizar tal o cual acto que el actor considere violatorio de algún mandato constitucional, es decir, el juez indirectamente estaría resolviendo que como no hay una ley que derogue o que haya modificado lo dicho por alguna norma legal, no importa que viole la Constitución y puede seguir vigente; esto es, a mi criterio, un completo error judicial y más aún debe recordar el juez que la norma constitucional y legal establece que ni siquiera la parte está obligada a invocar expresamente la necesidad de aplicar las disposiciones constitucionales, sino que es obligación del juez su debida y oportuna aplicación.

Y ni siquiera la duda razonable y motivada le permite al juez escaparse de la aplicación obligatoria y directa de los preceptos constitucionales, para lo cual es necesario que no se confundan las dispo-

siciones contenidas en los artículos 427 y 428 de la Constitución y los artículos 4 segundo inciso y 6 del C.O.F.J. Una cosa es la duda respecto del alcance o interpretación de alguna norma constitucional, en este caso se debe aplicar de la forma que más se favorezca al constituyente "indubio pro constituyente", por lo que en este caso no cabe ninguna consulta, ésta se debe dar sólo en el evento de existir alguna duda en cuanto al alcance y aplicación de alguna norma de rango inferior a la Constitución, lo cual implica que si existe una duda es porque no hay otra norma clara de tipo constitucional que establezca alguna situación diferente y es por ello que el artículo se expresa de forma general "es contraria a la Constitución", de tal modo que el juez luego del análisis de determinada norma, tiene una conclusión dubitativa en cuanto a lo que deba resolver, pero insisto de existir una norma constitucional clara o definida que disponga otra situación, no cabe la menor duda que el juez debe aplicarla. Es decir, en términos muy generales, el juez jamás puede decir que tiene duda porque no sabe si debe o no aplicar una norma constitucional, más aún si sabe que favorece más al constituyente.

Para aclarar más este aspecto, voy a establecer como ejemplo un caso en relación al funcionario recaudador, a veces mal llamado "juez de coactiva". Resulta que el artículo 66 de la Constitución (derechos de libertad) contiene el numeral 14 que indica que la prohibición de salida del país o arraigo, sólo podrá ser ordenada por juez competente. Por su parte, el artículo 164 (medidas precautelatorias) del Código Tributario expresa que el ejecutor podrá ordenar, en el mismo auto de pago o posteriormente, el arraigo o la prohibición de ausentarse. Tenemos, entonces, una norma de carácter legal que permite que un funcionario pueda disponer una prohibición de salida, a pesar de que la Constitución claramente indica que dicha prohibición sólo la puede ordenar el juez competente.

Anteriormente a la promulgación del C.O.F.J., uno de los argumentos más fuertes que se daban a favor de la facultad del funcionario recaudador para ordenar un arraigo, estaba dado por el artículo 3 inciso tercero de la Ley Orgánica de la Función Judicial promulgada en el Registro Oficial 636 del 11 de septiembre del 1974 y actualmente derogada, por cuanto les daba a los que ejercen la jurisdicción coactiva la categoría de jueces especiales que a su vez eran un tipo de juez con jurisdicción legal. Pero el actual C.O.F.J. no sólo que derogó la men-

cionada Ley, sino que además contiene una disposición clara respecto de cómo deben considerarse las actuaciones de este tipo de funcionarios: *"Art. 31.-* ***Principio de impugnabilidad en sede judicial de los actos administrativos.*** *Las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional."*

Por lo tanto, el juez en un caso, por ejemplo, de acción de protección en contra de una orden de arraigo impuesta por un funcionario recaudador, según mi criterio, debe aplicar la norma constitucional que dispone que sólo el juez competente puede ordenar un arraigo, de tal forma que se deje sin efecto la antedicha orden. Resolver lo contrario implicaría, además, contravenir lo dispuesto por los artículos 424 segundo inciso y 425 segundo inciso de la Constitución. Y como explicaba líneas arriba, tampoco cabe aplicar el criterio de la duda para someter el caso a consulta, puesto que sí existe una norma constitucional clara y contundente que debe ser aplicada. Supongamos que no exista el número 14 del artículo 66 de la Constitución, en ese caso, el juez al considerar que la facultad contemplada por la norma de rango inferior estipulada en el artículo 164 del Código Tributario, es contraria a la Constitución por cuestiones de falta de imparcialidad o cualquier otro argumento, pero aún así tiene duda, ahí sí cabe remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional, cuyo fallo, considero, será erga omnes y no sólo del caso específico.

Finalmente, dentro de este breve análisis de la aplicación directa de las normas constitucionales, es importante también destacar que las sentencias del juez no pueden ser atacadas de incongruentes ni de extrapetitas, siempre que dicha incongruencia o dicho exceso se refieran a la aplicación de normas constitucionales o de normas consagradas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, que haya considerado que están siendo o pueden ser vulneradas. Esta situación respecto de la incongruencia y de fallar más allá de lo pedido, se presenta tanto en los casos comunes conforme lo determina el inciso tercero del artículo 140 del C.O.F.J. como en los casos sobre garantías constitucionales que refiere el segundo inciso del artículo 19 del C.O.F.J., es decir, el juez debe

tomarlo en cuenta en todo momento, además que así lo establece el segundo inciso del artículo 426 de la Constitución.

Al respecto, el Pleno de la Corte Constitucional, ha expuesto lo siguiente en la Sentencia No. 001-09-SEP-CC del 31 de marzo del 2009, dentro del caso 0084-09-EP, citándose al Dr. Rubén Martínez Dalmau ("Supremacía Constitucional, control de constitucionalidad y reforma constitucional", Quito, Serie de Justicia y derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad No. 2, Ed. Ramiro Ávila, Ed. 1era. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional, p. 282): *"Al respecto, Rubén Martínez Dalmau dice: "Que, la Constitución (sea) una norma suprema del ordenamiento jurídico no es una afirmación gratuita, porque no siempre ha sido así, aunque hoy nos resulte común en el pensamiento jurídico. Los intentos del positivismo reduccionista en oprimir el concepto Constitución aún permanecen en varias posiciones que definen Constitución formal y material. El Estado Constitucional no puede admitir esta diferenciación, únicamente existe Constitución en donde existe Constitución material (…) por esta razón el artículo 424 es taxativo (…) no hay excepción al artículo y debe ser aplicado directamente por los jueces y autoridades públicas…"*

Incompetencia del Juez frente a la tutela judicial efectiva de los derechos.-

Concordante con el inciso segundo del artículo 1 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 156 del C.O.F.J. dice: *"**Competencia.-** Competencia es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados."* O para tener presente una definición doctrinal, Chiovenda indica que: *"Desde un punto de vista, se llama competencia de un tribunal al conjunto de las causas en que pueden ejercer, según la ley, su jurisdicción, y en otro, la facultad del tribunal en los límites en que le es atribuida."*

Para efectos de repasar y recordar lo que implican cada una de estas formas de distribución de la jurisdicción, cito al Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM: *"1. Materia. Es el criterio que se instaura en virtud de la naturaleza jurídica del conflicto objeto del litigio (Carnelutti); o por razón de la naturaleza de la causa, o sea de las cuestiones jurídicas que constituyen la materia litigiosa del proceso (Pallares,*

Liebman); o es la que se atribuye según las diversas ramas del derecho sustantivo (Becerra, Bautista), Este criterio de distribución del quehacer judicial toma en consideración la creciente necesidad de conocimientos especializados, respecto de las normas sustantivas que tutelan los intereses jurídicos involucrados en el debate sujeto a juzgamiento; así encontramos órganos que conocen de materia civil, familiar, penal, constitucional, administrativa, laboral, agraria, fiscal, etcétera.

2. Territorio. Entendido desde la óptica jurídica, el concepto de territorio no se restringe a la 'costra terrestre', sino que abarca el subsuelo, la superficie terrestre, una columna del espacio aéreo hasta los límites que los recientes descubrimientos astronáuticos recomienden. Por otro lado, en planos internacionales se comprenden otras instituciones como el mar jurisdiccional, la plataforma continental, el zócalo submarino, etcétera. Amén del denominado principio de extraterritorialidad por el que el territorio se extiende al espacio que ocupan las embajadas, legaciones, ubicadas en el extranjero, así como el de naves y aeronaves nacionales. Además de ese ámbito espacial, en cuya esfera de acción pueden producirse los actos y sus efectos jurídicos, debe tomarse en cuenta el problema que plantea el ángulo de distribución territorial de la competencia entre los diversos órganos judiciales; otros principios jurídico-políticos influyen sobre la división territorial de la competencia, como ocurre en México, donde existe una organización constitucional que establece autoridades y normas de carácter federal y estadual, así como la creación, en algunos sectores como el fiscal, el electoral, el agrario, de nuevos tribunales regionales…

4. Grado. Este vocablo en su acepción jurídica significa cada una de las instancias que puede tener un juicio (Pallares); o bien el número de juzgamientos de un litigio. También se hace referencia 'al grado de jurisdicción', como el lugar que ocupa un órgano jurisdiccional en el orden jerárquico de la administración de justicia (De Pina); o sea, se emplea la palabra grado como sinónimo de instancia. Así las cosas, un sector mayoritario de tratadistas se ocupan de la competencia funcional, como la aptitud de un órgano judicial de conocer los pleitos en primera -órganos superiores– (desde Wach, pasando por Kisch, Carnelutti, Calamandrei, Rosenberg, Devis Echandía, E. Pallares). Empero, otros autores apuntan matices de diversificación entre los criterios funcional y de grado (Alcalá-Zamora Y Castillo y Levene, hijo; Oderigo), por ejemplo, basados en la gravedad mayor o menor de los actos antisociales que pueden caer dentro de la competencia de distintos órganos del orden penal.

5. Subjetivo. Ahora el punto de atribución de esta categoría de competencia se centra en el justiciable, en el sujeto que pide justicia; o sea, para fincar la capacidad objetiva del órgano de juzgamiento se tiene en consideración la condición o calidad personal de las partes involucradas en el pleito, como una reminiscencia de los denominados fueros o privilegios personales que antaño abundaban y que en México de manera muy limitada se han conservado, como ocurre con el art. 13 constitucional al regular el fuero militar o castrense. Puede citarse también el caso del procedimiento para menores infractores."

Entrando ya en el tema, el primer punto a considerar al respecto, es el establecido en el tercer inciso del artículo 23 del C.O.F.J., en cuanto a la obligación del juez de dictar su fallo a pesar de ser incompetente y aunque la norma no es muy clara, por cuanto se indica que no le es permitido al juez excusarse o inhibirse por no corresponderles, debemos entender que se encuentra en estado de resolver y lo que corresponde en este aspecto de conformidad con el artículo 344 del C.P.C. es dictar un auto definitivo de nulidad y no una excusa o inhibición. Pero en todo caso queda claro que el juez, que no es competente por cualquier razón, puesto que la norma no distingue, esto es, se puede tratar de incompetencia en razón de la materia, el territorio, el grado o personas; debe de todas formas resolver. Siguiendo a Chiovenda debemos tener en cuenta lo siguiente: *"Por lo común, todo juez, ordinario o especial, puede decidir sobre la propia competencia (tiene lo que los alemanes llaman la competencia sobre la competencia: Kompetenz-Kompetenz), pero a veces la ley la niega,…"*

Considero que el legislador debió hacer una salvedad al igual que lo hizo en el inciso segundo anterior al que estamos tratando, indicándose que puede resolver salvo que se haya provocado indefensión en el proceso, pues de otro modo la disposición puede traer algunos abusos o exageraciones de las cuales nuestro aparato judicial no es ajeno, de ahí que el inciso en mención me es en lo personal un poco incomodo y habrá que examinar la forma en que será utilizado.

Además, Chiovenda señala muy bien que no todos los límites de la jurisdicción tienen la misma importancia, por lo cual este autor nos habla sobre tres criterios sobre la distribución de los juicios, el objetivo que se da entre jueces de distinto tipo; el territorial que se da entre jueces del mismo tipo; y, el funcional que se da entre jueces de la misma o distinta clase y siguiendo estos criterios expresa:

"a) Son absolutos los límites deducidos de la materia de la causa. Si la ley atribuye a un juez una causa en atención a la naturaleza de ésta, es porque considera más idóneo a ese juez para conocer de ella; y esta consideración de la ley no tolera un parecer contrario de los particulares. La incompetencia por la materia puede ser considerada en cualquier estado o instancia de la causa; la autoridad judicial deberá declararla de oficio…b) Respecto a la competencia por razón de la cuantía, en el código ocupaba una posición intermedia respecto a su prorrogabilidad: los límites objetivos de la competencia por la cuantía son siempre absolutos para lo más, no para lo menos; o sea que el juez inferior no puede convertirse en competente para conocer de causas que por razón de su cuantía corresponden al superior, pero éste sí puede convertirse en competente para conocer de causas que por razón de su cuantía corresponden al inferior…c) Son absolutos e improrrogables los límites deducidos del criterio funcional. No puede prescindirse de un grado de jurisdicción, acudiendo directamente al juez de la apelación. Tampoco se pueden proponer demandas nuevas en apelación; si son propuestas, deben desestimarse incluso de oficio…d) Es prorrogable la competencia territorial (Cód. Proc. Civ., art 187), si no se quiere aceptar la prórroga, debe proponerse, antes de cualquiera otra gestión o defensa, la excepción correspondiente, no pudiendo pronunciarse de oficio la incompetencia por razón del territorio, y, e) La conexión de las causas puede influir sobre la competencia del juez en el caso concreto. Esta influencia no puede hacerse efectiva de oficio por el juez, pero puede hacerse valer por las partes en cualquier estado o instancia…"

Por lo tanto, compartiendo el criterio con el autor mencionado, no es aconsejable que el juez resuelva en juicios que por la materia o por el grado no le competen, siendo distinta la solución para los casos de incompetencia en razón del territorio, lo cual va acorde inclusive con las disposiciones legales contempladas en el C.O.F.J. en su artículo 162 último inciso en cuanto a que en ningún caso se prorroga la competencia en razón de la materia y que se mejora con el texto del último inciso del artículo 6 reformado del Código de Procedimiento Civil (de aquí C.P.C.), el cual es más tajante y establece que la competencia sólo podrá prorrogarse en razón del territorio.

El mismo C.O.F.J. se encarga de reforzar el criterio que he expuesto, respecto de que el artículo 23 tercer inciso de dicho código, se refiere al momento de sentenciar, por cuanto su artículo 129 señala lo siguiente: *"Art. 129.-* ***Facultades y deberes genéricos de las juezas y jueces****. A más de*

los deberes de toda servidora o servidor judicial, las juezas y jueces, según corresponda, tienen las siguientes facultades y deberes genéricos:

9. En cualquier estado de la causa, las juezas y jueces que adviertan ser incompetentes para conocer de la misma en razón del fuero personal, territorio o los grados, deberán inhibirse de su conocimiento, sin declarar nulo el proceso y dispondrán que pase el mismo al tribunal o jueza o juez competente a fin de que, a partir del punto en que se produjo la inhibición, continúe sustanciando o lo resuelva.

Si la incompetencia es en razón de la materia, declarará la nulidad y mandará que se remita el proceso al tribunal o jueza o juez competente para que dé inicio al juzgamiento, pero el tiempo transcurrido entre la citación con la demanda y la declaratoria de nulidad no se computarán dentro de los plazos o términos de caducidad o prescripción del derecho o la acción."

Es decir, en primer lugar el juez debe tener en cuenta que en cualquier momento puede y debe resolver sobre su competencia, más aún si así es reclamada por una de las partes, de tal forma que esta disposición por estar en una ley orgánica está por encima de cualquier otra de rango inferior que implique que el juez resuelva este aspecto en sentencia, tal como por ejemplo sucedía en el caso de los juicios verbal sumario según el artículo 844 del C.P.C. o en los juicios de trabajo según el artículo 571 del Código del Trabajo.

Segundo, si se trata de una incompetencia por razón del fuero personal, territorio o los grados, el juez se deberá inhibirse sin declarar la nulidad y remitir el caso al juez competente, quien deberá continuar sustanciándolo desde el punto en que se produjo la inhibición, es decir, a pesar de la incompetencia del juez, se considera válido todo lo que haya actuado hasta antes de su inhibición.

Y tercero, si la incompetencia se presenta por motivo de la materia, en este caso el juez sí debe declarar la nulidad y remitir el caso al juez competente, sin embargo todo el tiempo corrido entre la citación y dicha declaratoria, no se considerará ni para la caducidad ni para la prescripción. Esta tercera consideración, es la que más me preocupa debido a que el actor deberá iniciar un proceso nuevo, pero puede haber sucedido que el demandado no solo que haya hecho notar la falencia de la

incompetencia del juez, sino también muchos otros errores procesales o jurídicos del demandante, de tal forma que en el nuevo juicio éste tendrá toda la ventaja de poder corregir cualquier situación que obviamente lo pondrá en una mejor situación que antes frente al demandado, por lo que la norma debió dejar abierta la posibilidad para que el juez decida si se considera o no que corrió el tiempo para la prescripción dependiendo si la mayor parte del error estuvo en el juzgador o en el actor o al menos establecerse una condena de costas que en algo favorezca el esfuerzo del demandado.

Pero si bien la disposición del artículo 129 del C.O.F.J. que hemos analizado mejora el tratamiento de las diferentes formas en que se divide la jurisdicción y establece claramente mayor importancia en razón de la materia, esto no es claro que pueda ser aplicado por el juez al momento de la sentencia por lo expuesto en el inciso tercero del artículo 23 del C.O.F.J., es decir, seguimos sin poder determinar en ese caso, si el juez debe tener diferentes consideraciones según que tipo de distribución de la jurisdicción se trate, por lo pronto parecería que sigue prevaleciendo el hecho de que no importa si se trata de incompetencia en razón de la materia, los grados, la persona o el territorio.

De alguna manera, el juzgador puede encontrar una solución en las normas del C.P.C., toda vez que el artículo 346 de dicho cuerpo legal establece que es una solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias, la competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila y por otra parte los artículos 349 y 352 del mismo código nos indican que para que el juez pueda declarar incluso de oficio la nulidad por ese tipo de solemnidad, deberá influir en la decisión de la causa. Por lo tanto, queda claro que si una de las partes alega incompetencia, el juez debe resolverlo de inmediato y no dejar que el caso avance hasta sentencia, pues en ese momento, se le exige que resuelva. Pero si nadie alega la incompetencia, pero el juez advierte que lo es al momento de dictar la sentencia, deberá hacer caso omiso de dicha incompetencia y fallar, siempre que no haya, dicho aspecto, influido en la decisión de la causa. Considero que esta última solución es totalmente factible, porque si bien hay un principio de tutela efectiva que debe ser vigilado, por encima de dicho principio está uno que es original de todo proceso y que consiste en el legítimo derecho a la defensa.

Precisamente respecto al tema de solemnidades sustanciales y en relación a la nulidad que debe declarar el juez, realizó un análisis de derecho comparado con la legislación colombiana y siguiendo a Fernando Canosa Torrado, quien en primer lugar divide las nulidades según el grado de invalidez que las afecte en tres categorías, la inexistencia del acto procesal, la nulidad absoluta y la nulidad relativa y sobre dichas categorías expresa: *"Las sintetiza así Couture (Citado por Enrique Véscovi, Teoría general del proceso, Santa Fe de Bogotá D.C., Edit. Temis, 1984, pág. 300): 'En primer término, la inexistencia que plantea un problema de ser o no ser del acto; más que de su eficacia, de su vida misma. No es posible hablar de desviación de algo que no es. No es un acto, en un simple hecho (sentencia dictada por quien no es juez: no sentencia). La inexistencia no puede ser convalidada ni necesita ser invalidada. La nulidad absoluta es el grado superior en el sentido de la eficacia: es un acto jurídico, pero gravemente afectado. Tiene existencia, pues cuenta con un mínimo de elementos para que el acto adquiera realidad jurídica. Pero la gravedad de la desviación es tal, que resulta indispensable enervar sus efectos, lo que puede hacerse aún de oficio y no puede convalidarse. La forma sería: la nulidad absoluta no puede ser convalidada, pero necesita ser invalidada…La nulidad relativa es la que se deriva de un vicio por apartamiento de las formas que no es grave, sino leve. El consentimiento purifica el error; solamente la parte perjudicada podría pedir su invalidación. En consecuencia: la nulidad relativa admite ser invalidada pero puede ser convalidada'."*

Continúa Canosa Torrado explicando que en el sistema colombiano, los grados de nulidad absoluta e insubsanable serían los consagrados en los numerales 1 al 4 del art. 140 del Código de Procedimiento Civil Colombiano, entre los cuales está el caso cuando el juez carece de competencia funcional, es decir, a diferencia de nuestro C.P.C., en Colombia se agrega la palabra funcional.

Y para comprender que es esto de competencia funcional, en primer lugar debemos tener en cuenta, de acuerdo al mismo autor, que existen los siguientes factores de competencia:

A. El objetivo. Se refiere al objeto de la pretensión y contiene dos elementos: naturaleza y cuantía.
B. El subjetivo. Es atinente a la calidad de las personas.

C. De las dos instancias, vertical o funcional. Se origina en la clase de asunto y se refiere a las funciones del juez.
D. Territorial. Se refiere al sitio de Colombia, donde debe adelantarse determinado asunto.
E. De conexión. Según el cual, por economía procesal, debe acumularse en una misma demanda pretensiones que tengan elementos objetivos o subjetivos en común.

Por lo que podemos determinar que sólo se declara la nulidad por incompetencia cuando es una asunto que no le corresponde al juez por razón de los grados, pero en todo caso para una mejor explicación, cito lo pertinente del autor Canosa Torrado: *"La Corte refiriéndose a ellos, en casación civil del 4 de julio de 1979, con ponencia de Alberto Ospina Botero, dijo lo siguiente:*

'3. Para determinar la competencia de los juzgadores, la ley y la doctrina han acudido a un conjunto de factores, que se concretan a cinco: a) objetivo; b) subjetivo; c) territorial; d) conexión; y, e) funcional. El primero, tiene que ver con la naturaleza del asunto; el segundo, con la calidad de las partes que intervienen en el litigio; el tercero, con el lugar donde debe ventilarse el proceso; el cuarto, con acumulación de pretensiones o pretensiones conexas; y, el quinto, con clase especial de funciones que ejerce el juez en los procesos.

4. De los anteriores factores determinantes de la competencia interesa, para el despacho del cargo, el último de ellos, que corresponde, como se ha dicho con propiedad, a una distribución vertical de la competencia, como quiera que la ley asigna el conocimiento de la primera instancia (a quo) a unos jueces y la segunda a otros (ad quem). Según esto, hay jueces de primera y de segunda instancia…'."

Hasta ahora hemos analizado el caso de tener que sentenciar a pesar de resultar ser incompetente, pero no podemos dejar de lado el caso de aquella sentencia que se ejecutoríe y que la parte considere que es nula en atención a la disposición contemplada en el número 1 del artículo 299 del C.P.C., en lo que se refiere a la incompetencia del juez que la dictó. ¿Puede el juez que conoce de esta acción de nulidad de sentencia ejecutoriada, resolver negarla exponiendo que si bien el juez es incompetente, por cuestión de una tutela judicial efectiva, no acoge la demanda? Según mi criterio, sí puede, toda vez que este juez tiene un escudo muy fuerte que es la Constitución, norma jerárquica superior que le permite

defender los derechos fundamentales que eventualmente puedan verse vulnerados, no obstante ello, me remito a todo lo analizado para el primer caso respecto de si influyó o no en la causa. En todo caso, es mejor para la parte afectada considerar otros argumentos o en el mismo proceso original, exigir que el juez aclare si sentenció en aplicación del artículo 23 tercer inciso del C.O.F.J. o si simplemente se considera con toda la competencia necesaria y a esto si está obligado el juez por disposición constitucional de motivar debidamente su sentencia.

Esta opinión expuesta en el párrafo anterior seguramente no es muy convincente y por lo pronto observo que no se comparte con el criterio de Armando Cruz Bahamonde, cuya obra aunque fue editada con anterioridad al nuevo C.O.F.J., lo cito para mejorar los criterios: *"Algunos tratadistas sostienen que se produce cosa juzgada en la fijación de la competencia; otros, en cambio, creen que el fenómeno es de preclusión vocablo que aquí se usa en el sentido que le dio Eduardo J. Couture, o 'principio procesal según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales supone la clausura de la anterior, sin posibilidad de renovarla.'*

En el contexto de nuestro derecho procesal, la declaración de competencia es meramente provisional, no causa ejecutoria; puede considerársela, con la opinión de Couture, como una etapa judicial que 'preclude' pero que no es definitiva ni siquiera por el fallo judicial que la declare, toda vez que el fallo ejecutoriado puede ser materia de declaración posterior de nulidad por incompetencia del juez o tribunal que lo dictó, si el perjudicado plantea el juicio de nulidad de esa sentencia fundándose en lo establecido por los Arts. 303 y 304 CPC, siempre que se dieren los presupuestos de tales normas.

De allí que la 'perpetuatio iurisdictionis' se produce, en el Ecuador, sólo en aquellos casos en los que la competencia es prorrogable por la voluntad de las partes, mas no en aquellas que puede y deben ser declaradas de oficio, como cuando se trata de incompetencia por razón de la materia, de los grados o de las funciones, las mismas que, en todo caso, influyen en la decisión de la causa, aunque es requisito indispensable para intentar la acción de nulidad de la sentencia ejecutoriada que el que la alega haya señalado en la instancia correspondiente la existencia de la causa de incompetencia del juez, lo cual sería groseramente contradictorio con su aceptación voluntaria de la competencia del juez."

Lo cierto es que si el juez en su sentencia señala que falla en consideración a una tutela judicial efectiva y por lo tanto afirme ser incompetente, no es procedente que luego se pretenda que otro juez declara que la sentencia es nula por incompetencia, pero insisto que es por ello muy importante la forma como resuelva el juzgador original.

A propósito, he preferido dejar para el final de este análisis, las consideraciones de si el tercer inciso del artículo 23 del C.O.F.J. es o no constitucional, para lo cual previamente transcribo las siguientes disposiciones de la Constitución:

"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

3….Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente…

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente…"

Claramente se observa que la Constitución por una cuestión de debido proceso y de derecho a la defensa, exige que quien juzgue sea competente, es decir, no deja abierta la posibilidad de que hayan casos en los que puedan ser juzgados eventualmente por un juez o una autoridad que no lo sea, ni siquiera con la excusa de la tutela judicial efectiva de los derechos. Pero en todo caso queda abierta la discusión respecto de si es preferible tomar en cuenta la tutela efectiva o si debemos acatar en estricto derecho lo que dicen las normas constitucionales, seguramente la solución irá por lo que más favorezca al constituyente en el caso concreto, lo cual es un aspecto adicional para tomar en cuenta por parte del juzgador, pues creo que podrá aplicar la norma del C.O.F.J., siempre que se cumplan con todas las demás garantías del debido proceso y que la falta de competencia no pese a la hora de sentenciar y más bien hacer lo contrario provocaría inobservar dichas garantías, lo que puede conllevar a que sean sometidos a procedimientos administrativos según lo manda el artículo 125 del C.O.F.J.

Otros aspectos relacionados con la competencia y la tutela judicial efectiva.-

Es importante, como parte de este pequeño estudio, destacar que para situaciones de reconocimientos o inspecciones en lugares en donde el juez no ejerza competencia, podrán realizar tales actos, siempre que sean necesarios para verificar la verdad, conforme lo determina el artículo 145 del C.O.F.J.

Así también, es importante, en atención al numeral 3 del artículo 164 del C.O.F.J., que el juez tome en cuenta que ya no se suspende su competencia cuando es notificado con el pedido inhibitorio, siempre que el juez considere que se encuentra actuando por razón de una prórroga de la competencia debidamente establecida conforme el artículo 162 del C.O.F.J. En estos casos, el juez continuará con el proceso y sólo cuando llegue una sentencia que dirima y que concluya que no es competente, pierde la competencia y no podrá seguir sustanciando la causa.

Por último, al menos en este análisis, debe considerar el juez que en asuntos de fuero personal, en caso de duda entre el fuero común y el fuero especial en razón de la materia, prevalecerá el fuero común. (Artículo 168 del C.O.F.J.)

CONCLUSIONES.-

- Queda claro que existe un cambio de paradigma en nuestra legislación procesal, dentro de la cual el juez juega un papel predominante, evolucionando su actuar, de tal forma que no sólo está para decidir entre dos posiciones, sino que puede además convertirse en una especie de legislador, siempre que aplique directamente las normas constitucionales cuando el caso lo amerite, aplicación que, queda claro también, es obligatoria e incondicional. Es importante que el juzgador comprenda y conozca su rol dentro de la esfera jurisdiccional, que observe principalmente la Constitución y que utilice su función de manera proba y sin temores.

- Estoy de acuerdo con que el juez haga prevalecer la tutela judicial efectiva, siempre que, como quedó explicado, la incompetencia no influya en la decisión de la causa y siempre que se hayan con-

siderado las demás garantías básicas del debido proceso. Tanto la doctrina como en el derecho comparado, nos dejan claro que no toda incompetencia puede ameritar una declaración de nulidad por parte del juez, como era la situación anterior en nuestra legislación, con lo cual comparto criterio.

- Debo de todas formas expresar, como se puede colegir de la lectura de este trabajo, que la situación respecto de la incompetencia del juez versus la tutela judicial efectiva de los derechos, no es muy fácil de interpretar ni aplicar, de tal manera que ascienden en importancia los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, más allá que el propio Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 28 inciso tercero, establece que servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal y mejor aún continúa la norma, también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia.

- Finalmente, el juzgador deberá observar las reglas que han sido modificadas en lo que respecta a la competencia en diferentes aspectos como en los conflictos de competencia cuando hay un caso de prorroga debidamente actuada. Reglas que buscan simplemente un mejor y más eficaz manejo de los juicios.

BIBLIOGRAFÍA:

1. Colegio de Profesores de Derecho Procesal, Facultad de Derecho de la UNAM, Diccionarios Jurídicos Temáticos, Derecho Procesal, Volumen 4, Segunda Edición, Oxford University Press México, S.A. de C.V., México D.F., 2001, páginas 65 y 66.

2. Giuseppe Chiovenda, Curso de derecho procesal civil, Primera Serie, volumen 6, Oxford University Press México, S.A. de C.V., 1999, páginas 271, 275, 276, 277 y 278.

3. Fernando Canosa Torrado, Las Nulidades en el Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., Santafé de Bogotá, 1995, páginas 55, 74 y 75.

4. Armando Cruz Bahamonde, Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil, Volumen I, Edino, Guayaquil, 1995, páginas 87 y 88.

5. Constitución Política de la República del Ecuador.

6. Código Orgánico de la Función Judicial.

7. Código de Procedimiento Civil.

8. Código Tributario.

9. Código del Trabajo.

10. Ley Orgánica de la Función Judicial promulgada en el Registro Oficial 636 de 11 de septiembre de 1974 y actualmente derogada.

11. Resolución tomada por el Pleno de la Corte Constitucional el 31 de marzo del 2009, consultado en el sitio web htto://tribunalconstitucional.gov.ec el día 25 de mayo del 2009.

ALEGATO PRESENTADO DENTRO DE UN RECURSO DE AMPARO

Dr. Antonio Pazmiño Ycaza[*]

RESUMEN:

William Isaías Dassum presentó Recurso de Amparo en contra de un Decreto del Presidente de la República que establecía que no se podían otorgar pasaportes a los reos de la justicia. El argumento central de la defensa estriba en que un Acto Normativo como un Decreto Ejecutivo no puede ser impugnado por la vía del Amparo. Este trabajo fue realizado cuando estaba vigente la anterior Constitución de la República.

ALEGATO

DR. ANTONIO PAZMIÑO YCAZA, mayor de edad, Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República y Doctor en Jurisprudencia, católico, en mi calidad de Director Regional 1 de la Procuraduría General del Estado, dentro del Recurso de Amparo propuesto por el señor William Esteban Isaías Dassum en contra del Decreto Ejecutivo número 914, publicado en el Registro Oficial número 276 del 18 de febrero de 2008 e identificado con el número 381-2008-4, a usted digo:

1. RESPECTO DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES:

Desde los inicios de la República y de la humanidad, pocos derechos naturales han sido más consagrados y discutidos como el derecho a la libertad individual y a la inocencia. Desde el Bill of Rights Inglés de 1689, las declaraciones de las ex colonias norteamericanas –especialmente la de Virginia de 1776- y las primeras diez enmiendas a la Constitución Federal en los Estados Unidos; la ***Déclaretion des Droits de I´homme et du***

[*] Fue Jefe del Área Litigiosa de la Secretaría General Jurídica de la Presidencia de la República y, a la vez, Asesor. Actualmente se desempeña como Director Regional 1 de la Procuraduría General del Estado y catedrático universitario en pregrado y postgrado.

Citoyen de 1789 en Francia, han hecho referencia a lo fundamental que es incorporar en los textos de mayor jerarquía de cada uno de los países la garantía que deben de tener todas las personas para la eficaz y segura protección de sus derechos.

Sobre esto, tratadistas de la talla de Peña González y Diez-Picazo nos comentan:

> "…Desde sus orígenes, las declaraciones de derechos han tenido como finalidad primaria proteger a los particulares frente al Estado: la acción de todos los poderes públicos debe hallar un tope jurídicamente infranqueable en esos derechos solemnemente declarados. Puede decirse que las declaraciones de derecho constituyen el estatuto jurídico-político básico de los ciudadanos y, más general, de las personas. Así, las declaraciones de derecho son, junto a la búsqueda de una regulación equilibrada de los poderes públicos, uno de los dos grandes temas de todo el constitucionalismo…
>
> …tales derechos se consideran preexistentes al Estado y, por ello, idóneos para limitar la acción del mismo. En los albores del constitucionalismo moderno, este postulado de la prioridad de la declaración de derechos respecto del establecimiento mismo de la organización política se sostenía con absoluta coherencia, hasta tal punto que no se predicaba sólo en el plano lógico sino también en el plano temporal: las primeras declaraciones de derechos fueron aprobadas antes de empezar a elaborar la correspondiente constitución; y ello porque, para el constitucionalismo, la única finalidad legítima del Estado es proteger esos derechos…"[1]
>
> "… En Francia la famosa Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, elaborada por los representantes del pueblo francés reunidos en Asamblea Nacional, fue con sus 17 artículos, el punto de partida del llamado movimiento constitucional y todavía hoy sirve de preámbulo a

[1] DÍEZ-PICAZO, Luis María; SISTEMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, segunda edición; Editorial Thomson Civitas, páginas 31 y 33.

> la Constitución de la V República de 4 de octubre de 1958, como en su día lo fue de la IV República…"[2]

De las citas anotadas, podemos colegir lo fundamental que fue para el mundo las revoluciones que, en su momento, dieron origen a que el derecho positivo recoja garantías que, como he hecho referencia, son inherentes al ser humano y que existían desde siempre, faltando solamente que un cuerpo normativo, con el rango de Carta Magna, las incorpore a su texto a efectos de quede claro que el Estado sea el tutor y garante de dichas garantías. Entre estas garantías está la libertad (incluida la libertad de transitar dentro y fuera del territorio nacional).

Respecto de la libertad de tránsito dentro y fuera del territorio nacional, también se han pronunciado importantes tratadistas como Nino y Díez-Picazo quienes comentan:

> "…Nuestra Constitución garantiza la libertad de movimientos en lo que hace al derecho de entrar y salir del territorio nacional[3] y el de desplazarse por él, previstos en el art. 14; también garantiza esa libertad cuando prohíbe, en el art. 18, que alguien sea arrestado sin orden escrita de autoridad competente…"[4]

> **"…**La libertad de residencia y circulación está proclamada por el art. 19 de la C.E. También tiene reflejo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: el art. 2 del Protocolo No. 4 garantiza la libertad de circulación. Por lo demás, es preciso tener en cuenta que, a partir de la aprobación en 1992 del Trata-do de Maastricht, los ciudadanos de la Unión Europea tienen el derecho a circular y residir libremente en el territorio de cualquiera de los Estados miembros, a tenor de lo dispuesto en el art. 18 TCE. **Aunque este derecho puede ser sometido a ciertas limitaciones y condiciones**…"[5]

---

[2] PEÑA GONZÁLEZ, José; DERECHO Y CONSTITUCIÓN; Editorial Dykinson, página 495.

[3] Lo resaltado o subrayado en textos de terceros es mío.

[4] NINO, Carlos Santiago; FUNDAMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL, tercera reimpresión; Editorial Astrea, páginas 254 y 255.

[5] DÍEZ-PICAZO, Luis María; SISTEMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, segunda edición; Editorial Thomson Civitas, página 280.

Pero, también en cierto, que la Constitución Política de la República, establece una serie de deberes que todos debemos de cumplir, en aras de un buen vivir entre ciudadanos. El artículo 97 de la Constitución indica:

> **"…Art. 97**.- Todos los ciudadanos tendrán los siguientes deberes y responsabilidades, sin perjuicio de otros previstos en esta Constitución y la ley:
>
> 1. **Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente**.
>
> 2. Defender la integridad territorial del Ecuador.
>
> 3. Respetar los derechos humanos y luchar porque no se los conculque.
>
> **4. Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular.**
>
> 5. Respetar la honra ajena.
>
> 6. Trabajar con eficiencia.
>
> 7. Estudiar y capacitarse.
>
> 8. Decir la verdad, cumplir los contratos y mantener la palabra empeñada.
>
> **9. Administrar honradamente el patrimonio público.**
>
> 10. Pagar los tributos establecidos por la ley.
>
> 11. Practicar la justicia y solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios.
>
> 12. Propugnar la unidad en la diversidad, y la relación intercultural.
>
> 13. Asumir las funciones públicas como un servicio a la colectividad, y rendir cuentas a la sociedad y a la autoridad, conforme a la ley.
>
> 14. Denunciar y combatir los actos de corrupción.
>
> 15. Colaborar en el mantenimiento de la paz y la seguridad.
>
> 16. Preservar el medio ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo sustentable.
>
> 17. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país, de manera honesta y transparente.
>
> 18. Ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética.
>
> 19. Conservar el patrimonio cultural y natural del país, y cuidar y mantener los bienes públicos, tanto los de uso general, como aquellos que le hayan sido expresamente confiados.
>
> **20. Ama quilla, ama llulla, ama shua. No ser ocioso, no mentir, no robar…"**

Esto es, frente al derecho de libertad de tránsito, pues existen otros igual o más importantes, vinculados entre sí, que determinan el ámbito de los mismos y el alcance de su aplicación. Y, por otro lado, es importante tener en cuenta, que no porque exista una garantía constitucional, pues no pueden o deben existir normas legales que, de alguna forma, regulen dichos derechos.

Me explico mejor, con las siguientes premisas:

Premisa Primera.- El numeral 4 del artículo 23 de la Constitución Política de la República, indica:

> **"…Art. 23**.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:
> 4. La libertad. Todas las personas nacen libres. Se prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el tráfico de seres humanos en todas sus formas. Ninguna persona podrá sufrir prisión por deudas, costas, impuestos, multas ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias. Nadie podrá ser obligado a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley…."

¿Puede alguien, entonces pensar, que la prisión establecida en los artículos, entre otros, 51, 55, 117, 123, 124, 125, 132, 138, 146, 148, 151, 152, 153, 156, 159, 161, 162, 163, 165, 167, 168, 170, 171, 172, 173, 174 del Código Penal (puedo enunciar algunas decenas más de artículos) es inconstitucional, en virtud de la garantía del numeral 4 del artículo 23 de la Constitución.?

La respuesta es NO..!!

Premisa Segunda.- El numeral 9 del artículo 23 de la Constitución Política de la República, indica:

> **"…Art. 23**.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

> 9. El derecho a la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas, a través de cualquier medio de comunicación, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la ley…"

¿Puede alguien pensar, que en virtud de la antes referida norma, los artículos 29, 230, 231, 362, 490, 491, 493 del Código Penal son inconstitucionales?

La respuesta es no..!!

Premisa Tercera.- El numeral 12 del artículo 23 de la Constitución Política de la República, indica:

> **"…Art. 23**.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:
> 12. La inviolabilidad de domicilio. Nadie podrá ingresar en él ni realizar inspecciones o registros sin la autorización de la persona que lo habita o sin orden judicial, en los casos y forma que establece la ley."

¿Puede alguien pensar, que en virtud de la antes referida norma, el artículo 194 del Código de Procedimiento Penal, es inconstitucional?

La respuesta es NO..!!

Premisa Cuarta.- El numeral 16 del artículo 23 de la Constitución Política de la República, indica:

> **"…Art. 23**.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:
> 16. La libertad de empresa, con sujeción a la ley.."

¿Puede alguien pensar, que en virtud de la antes referida norma el artículo 44 de la Codificación del Código del Trabajo, es inconstitucional?

La respuesta es NO..!!

Premisa Quinta.- El numeral 18 del artículo 23 de la Constitución Política de la República, indica:

> **"…Art. 23**.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:
> 18. La libertad de contratación, con sujeción a la ley."

¿Puede alguien pensar, que en virtud de la antes referida norma el artículo los artículos 1461, 1480 y 1482 de la Codificación del Código Civil, son inconstitucionales?

La respuesta es NO..!!

Premisa Sexta.- El numeral 13 del artículo 23 de la Constitución Política de la República, indica:

> **"…Art. 23**.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:
> 13. La inviolabilidad y el secreto de la correspondencia. Esta sólo podrá ser retenida, abierta y examinada en los casos previstos en la ley. Se guardará el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. El mismo principio se observará con respecto a cualquier otro tipo o forma de comunicación…".

¿Puede alguien pensar, que en virtud de la norma antes referida, el artículo 150 del Código de Procedimiento Penal; o, el 509 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, son inconstitucionales?

La respuesta es NO..!!

Premisa Séptima.- El artículo 30 de la Constitución Política de la República, indica:

> **"..Art. 30**.- La propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía.

> Deberá procurar el incremento y la redistribución del ingreso, y permitir el acceso de la población a los beneficios de la riqueza y el desarrollo.
> Se reconocerá y garantizará la propiedad intelectual, en los términos previstos en la ley y de conformidad con los convenios y tratados vigentes…"

¿Puede alguien pensar, que en virtud de la norma antes referida, los artículos 1634, 1640, 1677, 2154, 2155, 2156, 2157, 2158, 2159, 2160, 2161 y 2162 del Código Civil; o, los artículos 96, 98, 423, 444, 445, 422, 426, 427, son inconstitucionales?

La respuesta es NO..!!

Sobre las permisas anteriores, algo importante. Muchas de las garantías constitucionales establecidas en el artículo 23 de la Constituciones hacen referencia a una frase importante "de conformidad con la ley", pero otras no. Cuidado se va a pensar que el no hacer esa referencia quiere decir que una ley no puede regular garantías constitucionales, porque en forma expresa el artículo 141 numeral 1 de la Constitución dice:

> "…Art.- 141.- Se requerirá de la expedición de una ley para las materias siguientes:
> 1.- Normar el ejercicio de libertades y derechos fundamentales, garantizados por la constitución…"

El actor fundamenta, más o menos su recurso, en los siguientes términos:

Que el Decreto Ejecutivo viola el numeral 5 del artículo 171 de la Constitución Política de la República.

Dicha norma se refiere a las atribuciones constitucionales que tiene el Presidente de la República y dice lo siguiente:

> **"Art. 171**.- Serán atribuciones y deberes del Presidente de la República los siguientes:

> 5. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración."

De la lectura de la antes transcrita disposición constitucional, queda claro pues, la atribución que tiene el Presidente de la República para la expedición de reglamentos. Es decir, su facultad reglamentaria. Por lo que, pensar que se está violentando con la expedición del Decreto Ejecutivo número 914, publicado en el Registro Oficial Suplemento número 276 del 18 de febrero de 2008, dicha atribución, es realmente diminuto.

El actor fundamenta la supuesta vulneración del numeral 5 del artículo 171 de la Constitución, al indicar que habría alterado el artículo 4 de la Ley de Documentos de viaje, ya que esta norma establece que todos los ecuatorianos tenemos derecho a obtener un pasaporte y nadie puede negarnos el mismo y que la expedición del decreto ejecutivo impugnado por esta acción de amparo, establece requisitos no determinados en la ley. Dicha reflexión, carece de todo sustento técnico jurídico, ya que obvia decir el actor, que el artículo 5 de la Ley de Documentos de Viaje, en forma expresa delega al Presidente de la República, la determinación de los requisitos con los que debemos de cumplir para la obtención de un pasaporte, al indicar que los mismos serán determinados por la ley y el reglamento que para el efecto se expida. Dicho artículo 5 de la Ley de Documentos de Viaje, dice:

> **"Art. 5**.- Existen las siguientes clases de pasaporte: diplomático, oficial, especial y ordinario.
> La concesión o revalidación de pasaporte se hará de acuerdo a la ley y su reglamento."

Esto es, la Ley facultó expresamente al Presidente, como queda dicho, para que reglamente el proceso de obtención de dicho documento ya que mal podría establecerse este tipo de requisitos en una ley porque es un acto normativo de diferente naturaleza.

En el mismo orden, cuando trata de fundamentar este punto, dice el actor textualmente lo siguiente:

> "…a) El medio idóneo para capturar a un prófugo de la justicia en el Ecuador es la acción de la administración de justicia mediante el auxilio de la fuerza pública.

b) El medio legal idóneo para capturar a un prófugo de la justicia en el Exterior es la acción de la administración de justicia nacional auxiliada por la Policía Internacional y la administración de justicia extranjera y su fuerza pública, mediante la aplicación estricta de las normativas o convenios internacionales sobre **extradición** vigentes.."

Sobre lo indicado por el actor, indico a usted lo siguiente. Si bien existe independencia entre las funciones del Estado, no es menos cierto que el Ecuador es uno sólo, así lo expresa el artículo 1 de la Constitución Política de la República, que dice:

"…**Art. 1**.- El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, **unitario**, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es Republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución.

El Estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley.

La bandera, el escudo y el himno establecidos por la ley, son los símbolos de la patria…"

Por lo tanto, al ser el Ecuador, un Estado Unitario, debe pues, existir una total y plena colaboración entre las diferentes funciones del Estado. Imagine usted, Señor Juez, lo contradictorio que es que la Función Judicial, respetando las normas del debido proceso, dicte órdenes de prisión y que las mismas sean burladas, porque por ejemplo, la Función Ejecutiva no disponga que la Fuerza Pública (que está a su disposición) cumpla con su deber deteniendo a los delincuentes. Entonces, así como se capacita a la Fuerza Pública y se le da las herramientas para que, cumpliendo con su deber, puedan actuar con eficiencia y rapidez frente a los

delincuentes; pues, de la misma forma, la Función Ejecutiva, debe de prever que quienes sean sindicados en procesos penales fuguen del país o, en su defecto, sigan ellos teniendo las herramientas que le permitan seguir burlándose de órdenes de prisión o de procesos penales. Por eso, justamente, es que el Presidente de la República, en aras de la colaboración que debe de tener con la Función Judicial, es que dispone (debidamente facultado por el artículo 5 de la Ley de Documentos de Viaje) que los perseguidos por la justicia, no pueden obtener su pasaporte, porque como es conocido por la colectividad, la mayoría de los responsables de los fraudes bancarios que ocasionaron la quiebra del sistema financiero, fugaron del país, riéndose de los procesos penales iniciados en su contra o, peor todavía, de las órdenes de prisión dictadas en su contra.

El mismo actor en la cita transcrita líneas atrás dice que *"el medio legal idóneo para capturar a un prófugo de la justicia en el Ecuador es la acción de la administración de la justicia mediante el auxilio de la fuerza pública"*. Entonces, así como para capturar a un prófugo debe existir primero un acto de la Administración de la Justicia y luego uno de la Función Ejecutiva (auxilio de la Fuerza Pública), igualmente la Función Ejecutiva puede colaborar no solo auxiliando con los policías, sino también, expidiendo normas para evitar la burla de los sindicados, como lo ha hecho el Presidente de la República con la expedición del Decreto que ha sido impugnado por el actor, equivocadamente, por la vía del Recurso de Amparo.

Es más el respetado tratadista José Peña González, al referirse a Montesquieu ya comenta la importancia, la acción y el dinamismo que tiene el Poder Ejecutivo, frente a las otras funciones del Estado, indicando:

> "…En el Espíritu de las Leyes MONTESQUIEU definió el Poder Ejecutivo como aquel que trata de asuntos que dependen del derecho de gentes y del derecho civil (Libro XI cap. VI, párrafo 1) y en cuanto a su objeto material lo concreta diciendo que en virtud del mismo dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. **Desde el primer momento la nota característica viene dada por su dinamicidad. Lo esencial de este poder es la**

acción que permita llevar a cabo la labor de otros poderes del Estado…"[6]

Como verán, Montesuieu ya hablaba, hace algún tiempo, de la alta responsabilidad que tenía el Poder Ejecutivo, como garante del cumplimiento de las disposiciones de los otros poderes del Estado. Esto es lo que motivó, insisto, a que el Presidente de la República expida el Decreto objeto del presente Recurso de Amparo.

Que el Decreto Ejecutivo viola el numeral 24 del artículo 23 de la Constitución Política de la República.

De conformidad con lo establecido en el artículo 97 de la Ley General de Registro Civil Identificación y Cedulación contenida en el Decreto Supremo número 278, publicado en el Registro Oficial número 70 del 21 de abril de 1976, la identidad de las personas se acredita con la cédula de identidad o de identidad y ciudadanía, su texto dice:

> **"..Art. 97**.- Documento que acredite la identidad personal.- La identidad personal de los habitantes de la República **se acreditará mediante la cédula de identidad o la de identidad y ciudadanía, que serán expedidas por las Jefaturas de Registro Civil, Identificación y Cedulación, a base de los datos de filiación constantes en las actas de Registro Civil** o en el correspondiente documento de identificación si se tratare de extranjeros, y de las impresiones digitales, palmares o plantares, según el caso…".

Por su parte al artículo 33 de la misma Ley, dice:

> "…**Art. 33**.- Prueba sobre filiación.- Cuando la inscripción de un nacimiento no fuere solicitada personalmente por ambos padres o por su mandatario, se probará su filiación respecto de dichos padres con la presentación de la partida de matrimonio de ellos o de sus respectivas cédulas de identidad o de identidad y ciudadanía en las que conste el estado civil de casados entre si…"

---

[6] PEÑA GONZÁLEZ, José; DERECHO Y CONSTITUCIÓN; Editorial Dykinson, página 435.

En consecuencia, considero pertinente hacer las siguientes preguntas Señor Juez:

1.- ¿El Señor Isaías, no tiene identidad?;
2.- ¿El Señor Isaías, fue o no inscrito en el Registro Civil luego de su nacimiento?;
3.- ¿El Señor Isaías, contrajo alguna vez matrimonio?;
4.- ¿El Señor Isaías, ha otorgado un contrato en virtud del cual constituye una compañía en el Ecuador o en el exterior?; o,
5.- ¿El Señor Isaías ha otorgado un poder o ha sido designado apoderado de una compañía en el Ecuador o en el exterior?.

Todas estas preguntas las hago, respecto de actos anteriores y posteriores al 29 de enero de 2008 a la presente fecha.

Pregunto esto, porque de carecer el Señor Isaías de identidad, no habría podido celebrar uno cualquiera de los actos antes indicados. Y, si el actor en el presente juicio, va a indicar que, como consecuencia del no otorgamiento de su pasaporte, se está afectando su derecho a la identidad, ¿cómo es posible que con fecha 30 de enero de 2008 haya otorgado él un poder en la ciudad de Miami, Estado de Florida, ante el Notario Pedro Reyes, el cual ha sido suscrito por él, constando debajo de su pie de firma, el número de su cédula de identidad (1700452160), lo cual consta a fojas 20 del presente proceso?

Tanto no se ha afectado su Derecho a la Identidad, que hasta ha podido celebrar, en el exterior, como es su mayor preocupación, un poder, ante autoridad pública norteamericana, firmando él con su número de cédula. E, igualmente, no sería nada raro que haya celebrado actos entre el 29 de enero de 2008 y esta fecha, lo cual confirma que al señor Isaías, no se le ha afectado su derecho a la identidad.

Que el Decreto Ejecutivo viola el numeral 26 del artículo 23 de la Constitución Política de la República.

Sobre este punto ya hago referencia líneas atrás que el artículo 5 de la Ley de Documentos de Viaje facultó expresamente al Presidente de la República, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 171 de la Constitución Política de la República, ha reglamentar la Ley de Documentos de Viaje y, en consecuencia, ha establecer los requisitos que deben de cumplir los ecuatorianos para la obtención de un pasaporte.

Que el Decreto Ejecutivo viola el numeral 27 del artículo 23 de la Constitución Política de la República.

Por diminuto, este fundamento no merecería ningún comentario, porque no se afecta, en lo absoluto, el debido proceso, en virtud de la expedición del Decreto Ejecutivo impugnado. En todo caso, no habría que preguntar al Señor Isaías si no es él quien afecta al debido proceso, al encontrarse fuera del país.

No obstante, recordemos que el artículo 177 y siguientes del Código de Procedimiento Penal de 1983 hace referencia a ciertos supuestos en virtud de los cuales el juez podría calificar entre las medidas cautelares la prisión preventiva, como la dispuesta al actor de este recurso, medida que fue confirmada en el auto de llamamiento a plenario. Pero, la antes referida medida, se convierte en una burla, cuando las personas sobre las que pesan huyen del país, lo cual no hace sino asegurarles impunidad.

Que el Decreto Ejecutivo viola el numeral 1 del artículo 24 de la Constitución Política de la República.

En este punto, mal puede pensarse que establecer requisitos, de conformidad con la ley y en base a la atribución constitucional que tiene el Presidente de la República, pueda ser la aplicación de una sanción no prevista en la ley o en la constitución.

Bajo esta premisa, cualquier requisito que cualquier ley establezca, sería entonces una sanción. La respuesta lógica será no.

Que el Decreto Ejecutivo viola el numeral 2 del artículo 23 de la Constitución Política de la República.

Sobre esto, quiere hacer pensar el actor, que se lo degrada por la expedición del Decreto 914. No, sencillamente, es la consecuencia lógica a la que debe de someterse cualquier reo de la justicia. Faltaría ahora que se diga por ejemplo, que una orden de prisión preventiva, también degrada, o que demandará por daño moral al Estado ecuatoriano, cosa que en tratándose del actor, no sería nada raro.

II.- RESPECTO DE LA NO CABIDA DEL RECURSO DE AMPARO SOBRE ACTOS NORMATIVOS.

Un Decreto Ejecutivo como el impugnado tiene efectos generales (erga omnes). Y, el Recurso de Amparo, protege individualmente al ciudadano, respecto de actos que lo afecten a él directamente, no frente a actos normativos de aplicación general. Y, en ese sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, al aclarar el alcance que debe de tener esta institución, mediante Resolución publicada en el Registro Oficial número 378 del 27 de julio de 2001 (modificada parcialmente mediante Resolución publicada en el Registro Oficial número 559 del 19 de abril de 2002, cuyo artículo 2 literal a) dice:

> "Art. 2.- Particularmente la acción de amparo no procede y se la rechazará de plano cuando se la interponga respecto de:
> a) Los actos normativos expedidos por una autoridad pública, tales como leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, **decretos**, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones de obligatoriedad general (erga omnes), ya que para suspender sus efectos por violación de la Constitución, en el fondo o en la forma, cabe la acción de inconstitucionalidad que debe proponerse ante el Tribunal Constitucional…".

Similar disposición consta en el numeral 5 del artículo 50 del Reglamento de Trámite de Expedientes del Tribunal constitucional, que dice:

"…Art. 50.- Improcedencia de la acción.- No procede la acción de amparo, y por tanto será inadmitida, en los siguientes casos:

1. Cuando se refiere a actos revocados;
2. Respecto de decisiones judiciales adoptadas en un proceso;
3. Respecto de peticiones que exclusivamente impugnen la legalidad del acto y que no conlleven la violación de derechos subjetivos constitucionales;
4. Respecto de derechos cuya protección se contemple en otras garantías o acciones constitucionales;
5. **Respecto de los actos de autoridad pública normativos de carácter general o "erga omnes";**

6. Respecto de actos de naturaleza contractual o bilateral;
7. Respecto de actos del régimen seccional autónomo en que el Tribunal Constitucional deba conocer y resolver por apelación, previstos en las leyes relativas al régimen seccional autónomo;
8. Respecto del trámite de quejas previsto en la Ley de Elecciones; y,
9. Respecto del trámite de quejas legislativas previsto en el Código de Etica de la Legislatura…".

Sobre este particular, existe ya jurisprudencia en este sentido, sobre la cual no me voy a pronunciar. Pero, como se ha solicitado por parte del actor, "poco elegantemente" la declaratoria de inaplicabilidad de esta norma, a efectos de impedir que la misma sea tomada en cuenta, me permito indicar al actor, que de conformidad con los artículos 14 y 15 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, la Corte Suprema de Justicia tiene facultad para expedir Resoluciones, de carácter general, cuando existan fallos contradictorios o en los casos de duda u oscuridad de leyes, Resoluciones por lo tanto, que son plenamente legales y tienen efectos generales y obligatorio, mientras la ley no disponga lo contrario. Sus textos dicen:

"…**Art. 14**.- En los casos en que la Corte Suprema expidiere fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho, los Ministros jueces y el Ministro Fiscal, que serán convocados inmediatamente después de ocurrida la discrepancia, dictarán, por mayoría de votos conformes, la disposición que será generalmente obligatoria, mientras no se disponga lo contrario por la Ley…"

La resolución se dará, a más tardar, dentro de quince días de hecha la convocatoria y se publicará en el Registro Oficial…"

"…Art. 15.- La misma facultad anterior tendrá la Corte Suprema, en los casos de duda u oscuridad de las leyes, la que podrá ejercitarla, sea por propia iniciativa o a pedido de las cortes superiores. La resolución que dicte tendrá igual vigor que la que se dictare en caso de fallos contradictorios, y regirá desde su publicación en el Registro Oficial…"

Fue por lo tanto, en base a esta disposición legal que la Corte Suprema de Justicia expidió la Resolución publicada en el Registro Oficial número 378 del 27 de julio de 2001.

E, importante es indicar que esta Resolución de la Corte Suprema de Justicia, ya fue objeto de una acción de inconstitucionalidad, la misma que fue desechada por el Tribunal Constitucional, conforme se aprecia de la Resolución respecto de los casos 036-2001-TC, 042-2001-TC y 044-2001-TC acumulados, publicada en el Registro Oficial número 606 del 27 de junio de 2002. La parte pertinente de la misma dice:

> "…1.- Desechar la demanda de inconstitucionalidad por la forma y por el fondo de la Resolución dictada por la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 378 del 27 de julio de 2001…".

Por lo tanto, ya el Tribunal Constitucional ratificó la constitucionalidad de dicha Resolución de la Corte Suprema de Justicia, por lo que mal podría ser ahora declarada inaplicable, si el máximo órgano de control constitucional, ya indicó que la misma era y sigue siendo, plenamente constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, igual es importante indicar, que dicha Resolución, en el literal b) de artículo 2, también indica que no procede el Recurso de Amparo y lo debe desechar cuando se lo interponga respecto de:

> "…Los actos de gobierno, **es decir de aquéllos que implican ejercicio directo de un atribución constitucional**, dictados en el ejercicio de una actividad indelegable, y que tengan alcance o efecto general...".

Y, pregunto a usted Señor Juez y, especialmente al actor ¿es o no un acto de gobierno, ejercido como consecuencia de una atribución constitucional, la reglamentaria, la expedición del Decreto 914?, pues en efecto lo es.

CONCLUSIONES:

1. He señalado innumerables casos en los que garantías constitucionales son regulados por una ley, por lo que mal podría pensarse que actos normativos que regulen los mismos, puedan ser de alguna forma inconstitucionales;

2. El Recurso de Amparo no procede sobre actos normativos de carácter general (erga omnes);

3. El Recurso de Amparo no procede respecto de actos de gobiernos que consistan en un ejercicio directo de una atribución constitucional;

4. La Resolución que daba luces sobre el Recurso de Amparo ya fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad y su constitucionalidad fue ratificada.

Por lo tanto, Señor Juez, solicito a usted rechace el Recurso de Amparo. E, igualmente, al amparo de lo establecido en el artículo 56 de la Ley de Control Constitucional, se declare maliciosa la actuación del demandante y se imponga la máxima multa de ley.

Derechos Humanos

LAS "COMUNIDADES DE INDIOS" EN EL DERECHO INDIANO

Laurence Chunga Hidalgo[1]
www.laurencechunga.blogspot.com

PALABRAS CLAVE:

Derecho indiano, ayllu, comunidades de indios, comunidades campesinas, derecho consuetudinario, historia del derecho, prácticas jurídicas virreinales, cabildo de naturales.

RESUMEN:

El artículo expone la forma como el derecho indiano, a nivel de su legislación, pretende regular la vida social de los antiguos ayllus prehispánicos, dando cabida y reconociendo la existencia del derecho consuetudinario y condicionando su aceptación a la compatibilidad de éste con los valores y principios propios de la cultura occidental. La intención era la de ofrecer protección al indígena; sin embargo, la vida social exponía una situación de abuso e injusticia, en la que a pesar de ella, los antiguos ayllus se adaptan al nuevo derecho para sobrevivir –manteniendo buena parte de sus costumbres– bajo la denominada "comunidad de indios".

Sumario:

I.- El derecho indiano. Concepto y extensión. II.- Aplicación de las normas tuitivas pro-indígena. Uso y abuso del derecho III.- Consecuencias de la confluencia social: pervivencia de la "comunidad de indios".

---

[1] Bachiller en artes con mención en Historia y abogado, por las facultades de Ciencias y Humanidades y derecho, respectivamente, de la Universidad de Piura (UDEP). Autor de la tesis de grado: "El derecho consuetudinario de las comunidades campesinas. El artículo 149 de la Constitución Política: Estudio histórico jurídico". Con estudios de maestría en derecho penal por la Universidad Nacional de Piura (UNP). Colaborador con artículos de derecho e historia en diario regional "El Tiempo, Piura. En la actualidad: Juez penal unipersonal de Morropón, Piura-Perú.

I.- El derecho indiano. Concepto y extensión

En los tiempos anteriores a la llegada de los españoles a territorio del imperio incaico, la norma jurídica se identificó con la costumbre. Evidentemente, el imperio incaico no es el creador del orden jurídico prehispánico sino que su mérito consiste en haber logrado una organización más o menos uniforme, en la que se aseguró la aplicación de las normas propias de los ayllus en concordancia con el derecho estatal establecido por la autoridad central.

Con la llegada de la cultura occidental traída por los españoles, y por consiguiente, la escritura, ésta abordó la esfera jurídica del mundo virreinal, desplazando, así, las formas consuetudinarias practicadas por las poblaciones originarias. A pesar de ello, amplios sectores de la vida social se mantuvieron reacios a la escritura y conservaron los usos y costumbres que el tiempo había consagrado. Los indígenas, en la solución de sus pleitos civiles y mercantiles, huyen de los procedimientos occidentales, por lo que muchas actuaciones jurídicas no se registran por escrito, y muchas de las que lo fueron se han perdido. Todo esto hace difícil su conocimiento, justamente por la ausencia de constancia documental. Sin embargo, la inexistencia de la prueba escrita no niega la existencia del derecho, al cual podemos llegar a través de sus efectos, siempre que éstos sean más o menos permanentes en el tiempo.

Esta complejidad jurídica virreinal, lleva a GARCÍA GALLO a decir que el derecho indiano es el derecho propio de las Indias en sentido territorial, y comprende el derecho castellano transplantado al Nuevo Mundo, el derecho establecido, desde la Corona Castellana, para las Indias y, finalmente, el derecho de los indios o de las poblaciones autóctonas. Afirma el autor, que el derecho autóctono requiere un tratamiento especial, distinto y separado del derecho español, "*por cuanto constituye un sistema distinto*"[2]. Así, el sistema jurídico prehispánico no se pierde con la conquista, sino que perdura y continúa rigiendo, aunque de forma parcial y desarticulada, en tiempos virreinales e incluso en nuestros días.

Algunos de los cronistas, entre ellos MATIENZO y ONDEGARDO, en sus respectivos informes e instrucciones, formularon la necesidad de

[2] GARCÍA GALLO, Alfonso, *Metodología de la Historia del Derecho Indiano,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970, pp. 18. 174.

conocer las formas sociales autóctonas y respetarlas. En palabras de MATIENZO, "*el que gobernare aquellas tierras no entre de presto a mudar las costumbres y hacer nuevas leyes y ordenanzas, hasta conocer muy bien las condiciones y costumbres de los naturales de la tierra que en ella habitan, que como es larga, son diversas las costumbres...*"[3]. ONDEGARDO, por su parte, antes que insistir en el tema para la comodidad del que gobierna, prefiere ponerse en el lugar de los indígenas y afirma que "*ay de guardar sus fueros quando no rrepunasen al derecho natural*" porque la negación de sus formas jurídicas y la imposición de un derecho distinto les obliga a "*pasar por más leyes que ny supieron ny entendieron ny vendrán en conocimiento de ellas de aquí a cien años*", lo cual de alguna forma, en el pensamiento de este jurista, induce al quebrantamiento del derecho y hace que los indígenas pierdan la confianza en la organización virreinal[4].

La Corona, tempranamente, asume estas inquietudes, e incluso, a nuestro parecer, se extiende más allá de las mismas. En el Cedulario de Encinas encontramos una disposición dada por el Emperador Carlos V el 6 de agosto de 1555, por la que manda que

> "...las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos, y que no se encuentran con nuestra sagrada religión ni con las leyes de este libro, y <u>las que han hecho y ordenado de nuevo</u>, se guarden y ejecuten, y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos, con tanto que Nos podamos añadir lo que fuésemos servidos y nos pareciere..."[5].

---

[3] Matienzo fue oidor de la Audiencia de Charcas y más tarde asesor del virrey Toledo. Citado por VALCARCEL, *Historia del Perú Antiguo...*, T. 2, p. 185.

[4] Cfr. ONDEGARDO, Op. Cit., pp., 47. 82. Según Porras Barrenechea a Ondegardo le interesa el derecho consuetudinario y el fenómeno jurídico existente en el momento mismo en que escribe su crónica. El tema de las instituciones incaicas le interesa en la medida que incide en las instituciones existentes. Cfr. PORRAS BARRENECHEA, Raúl, *Los Cronistas del Perú (1528 - 1650) y Otros Ensayos*, DESA, Lima, p.335. Otros defensores del respeto de los usos y costumbres de los indios: Bartolomé de las Casas, José de Acosta y Alonso de Zorita. Cfr. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, "La Costumbre Jurídica en la América Española. Siglos XVI - XVIII" en *Revista de Historia del Derecho*, Nº 14, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1986, p. 404.

[5] Cfr. CEDULARIO DE ENCINAS Tomo IV, pp. 355 -356, RECOPILACIÓN DE LEYES DE INDIAS, Tomo I, libro 2, Título 1, ley IV; Cfr. GARCÍA GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho Español,* Tomo II, 10ma reimpresión, 9na edición, AGESA, Madrid, 1984, p. 234. (el subrayado es nuestro). En atención a la cita, creemos que Zorraquín Becú yerra cuando afirma que no existe autorización legal que aceptara la aplicación del

El fragmento de la Cédula Real citado, no sólo reconoce la existencia del derecho prehispánico sino que, además, estimula las fórmulas jurídicas que puedan surgir según sus propios procedimientos, siempre que no atenten contra el derecho castellano, la religión católica y la voluntad del soberano. Esto confirma la aseveración de GARCÍA GALLO antes mencionada. En otras palabras, el ordenamiento jurídico virreinal no supone el aniquilamiento de las formas consuetudinarias prehispánicas, sino que, por el contrario, según Cédula Real, hay necesidad de que se "*guarden y ejecuten*" y a cuyo efecto gozan de aprobación y confirmación oficial. En el orden de ideas, en 1580 una Real Cédula dirigida al Perú recomienda:

> "con particular énfasis que los pleitos en que fuesen parte aquellos *(los indios)* no se siguieran por los trámites ordinarios, antes bien se ventilaran sumariamente y respetándose en lo posible los usos y fueros consuetudinarios en la medida que de suyo no fuesen injustos"[6].

La aplicación del derecho castellano sobre los indios permitió que se les considerara, a éstos, como personas, categoría jurídica inexistente en el derecho prehispánico, pero, a la vez, al reconocerse de forma oficial el sistema jurídico preexistente, respecto del gobierno de los naturales y en la aplicación del mismo en sus litigios, les otorgaba un derecho "exclusivo" para indios, un estatuto personal[7]. El carácter proteccionista de la legislación indiana se evidencia en el reconocimiento de un derecho desconocido para los castellanos. Por tanto, el derecho prehispánico adquie-

---

derecho consuetudinario. Véase: ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo "Los Derechos Indígenas" en *Revista de Historia del Derecho*, Nº 14, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1986, 430. En sentido contrario a lo que sostenemos, DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "Continuidad y Ruptura Jurídica en los Andes Peruanos" en COMISIÓN NACIONAL PERUANA DEL V CENTENARIO DEL DESCUBRIMIENTO-ENCUENTRO DE DOS MUNDOS, *El Mundo Andino en la Época del Descubrimiento*, Talleres Impresiones Benito, Lima, 1990, p. 225, siguiendo a PEASE GARCIA, Franklin, "Índices Notariales de Moquegua. S. XVI. Una Introducción" en SHOZO MASUDA (ed), *Contribuciones a los Estudios de los Andes Centrales*, Universidad de Tokio, Japón, 1984, afirma que existe un derecho consuetudinario que funciona al margen o por debajo del derecho castellano.

[6] Citada por LOHMANN, Guillermo, *El Corregidor de Indios en el Perú bajo los Austrias*, Madrid, 1957, p. 251.

[7] Según el lenguaje de la época, se trata de un fuero personal, es decir, una especie de privilegios o preceptos fundamentales especiales de que gozaban las personas habitantes de ciertas ciudades o personas en atención a ciertas particularidades. Cfr. TAU, Op. Cit., p.361.

re la característica de derecho particular, aplicado a los indios y a sus conflictos, mientras que el derecho propio de Castilla y la normativa emanada de la Corona, a efectos de la casuística americana, asumen el carácter de derecho general. Por lo antes expuesto, vemos que el derecho prehispánico mantiene vigencia e individualidad, sin embargo, no es autónomo, por cuanto queda sujeto a ciertos límites impuestos por el derecho castellano: que sea justo, que no afecte la fe cristiana y que no sea contrario a la corona. En consecuencia, no puede hablarse de dos ordenamientos jurídicos[8].

II.- Aplicación de las normas tuitivas pro-indígena. Uso y abuso del derecho

Sin embargo, en la vida real, no bastó con el reconocimiento legal. La complejidad de la vida social, la arbitrariedad de algunos funcionarios y la ignorancia de los naturales, hicieron que el derecho adquiera matices novedosos, se enriqueciera con la casuística o permitiera injusticias con los menos favorecidos. Según la Memoria del Virrey TOLEDO dirigida a FELIPE II (1582), el gobierno de los indios, antes de la visita por él realizada, se mantenía según las formas prehispánicas, al punto que "*lo mandado por los curacas era tenido por ley*", formas que se respetaron pero atenuándose en su contenido. Así, por ejemplo, la sucesión en el curacazgo se realizaría conforme al derecho consuetudinario prehispánico, pero con algunas condiciones, como la conversión al cristianismo y la práctica de las virtudes, condiciones que tienen por fin desterrar la idolatría[9]. En

---

[8] Cfr. ZORRAQUÍN, *Los derechos Indígenas...*, p. 439. Con lo expuesto negamos la consideración del derecho prehispánico como "un sistema distinto" de García Gallo. Según Tau, García Gallo tiene dos momentos en su pensamiento respecto de sus consideraciones acerca del derecho indiano. Se inicia afirmando un mestizaje jurídico, pero después de 1975 enfatiza la idea del pluralismo jurídico. Cfr. TAU ANZOATEGUÍ, Víctor, "El Tejido Histórico del Derecho Indiano. Las Ideas Directivas de Alfonso García Gallo" en *Revista de Historia del Derecho*, nº 21, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1993, p. 46 - 47. Ots Capdequi también sostiene la idea de dos derechos distintos: uno legal y el otro consuetudinario, sin embargo tal diferencia nace del concepto que de derecho indiano afirma: "*son normas jurídicas dictadas por los monarcas españoles o sus autoridades delegadas para ser aplicadas de manera exclusiva en los territorios de las Indias Occidentales*". Cfr. OTS CAPDEQUI, J.M, *Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano*, Madrid, 1969, pp. 3. 88.

[9] Cfr. GARCIA G., *Manual...*, Tomo II, p. 798. Cfr. VALCARCEL, *Historia del Perú...* Vol. 2, p. 257. Según una Real Provisión dada por Felipe II en Junio de 1558, citada por García Gallo, se manda que se restituya a los antiguos caciques y señores sus respectivos señoríos, cacicazgos y jurisdicción, además de sus derechos y rentas que en dichos

contraposición a los usos de los naturales, pero inspirándose en ellos, el Virrey Toledo ordena que en caso de matrimonio de indios de ayllus distintos, los hijos del matrimonio se reconozcan como miembros del ayllu o comunidad a la que perteneció el padre, y en caso de muerte de éste, la mujer queda obligada a regresar a su repartimiento o ayllu dejando a sus hijos en el ayllu paterno, salvo que alguno de ellos sea menor de ocho años[10].

Después de las reducciones toledanas, el gobierno de los pueblos de indios ya no dependía de los señores naturales o curacas, de forma directa, sino que, a efectos de lograr un pronta asimilación de los naturales a la cultura hispánica, se introdujo nuevas autoridades, las del cabildo de naturales[11]: alcaldes, regidores y oficiales, que actuaban paralelamente a

territorios eran debidos por cuanto "*no combiene quitarles la manera de gobernarse que antes tenía, en quanto no fuere contraria a nuestra Santa Fe Católica y buenos usos y costumbres*". En el mismo sentido, Felipe III en julio de 1614, según la RECOPILACIÓN DE LEYES DE INDIAS, T 2, Lib. 6, tit. 7, ley III, manda que se mantenga la costumbre en la sucesión de los cacicazgos, correspondiendo a los virreyes, gobernadores y audiencias velar por el cumplimiento del "*antiguo derecho y costumbre*".

[10] Citado por VALCARCEL, *Historia del Perú...*, T. 2, p. 268. Felipe II, en 1618 confirmaría la norma haciendo algunas modificaciones: la india viuda tiene la facultad de regresar o no a su comunidad de origen, salvo que tenga hijos menores de tres años a los que ha de cuidar durante este tiempo y luego dejarlos al cuidado de sus parientes en el ayllu paterno, si decidiera regresar al ayllu de sus ascendientes consanguíneos. Véase: RECOPILACIÓN DE LEYES DE INDÍAS T2, Lib.2, Tit. 1, ley VII.. En la actualidad y con fundamento en las mencionadas leyes, en la comunidad de Huancasancos se mantiene el carácter patrilineal de pertenencia al ayllu. Todos los varones son considerados miembros de la comunidad, incluso las mujeres, que en caso de casarse pasan a formar parte del ayllu del esposo. QUISPE, Ulpiano, "La Chupa: Rito Ganadero Andino" en *Revista Andina*, Nº 2, Centro de Estudios Rurales Andinos Bartolomé de las Casas, Cuzco, 1984, p. 609.

[11] Por ley, en cada pueblo, que como mínimo está conformado por cuarenta familias, debe elegirse un alcalde y un regidor. Si el número es mayor a ochenta, el número de alcaldes y regidores se duplica, y en el caso de que "el pueblo sea muy grande" se eligen dos alcaldes y cuatro regidores como máximo. Según la ley, la elección, a semejanza del cabildo de españoles, se realiza anualmente, el primer día del año. A nuestro entender, la coincidencia también se da con los ciclos rituales del mundo andino, lo cual posibilitó que la institución del cabildo sea acogida por las comunidades de indios con prontitud. En la sociedad prehispánica las tierras trabajadas por los individuos miembros de la comunidad se revierten anualmente a ésta para una nueva repartición de las mismas, lo que significa un reordenamiento de lo existente, del mundo andino. Así mismo, y bajo esta cosmovisión, cada año se realizan enfrentamientos rituales al interior de la comunidad entre las parcialidades de la misma a fin de determinar cuál de éstas adquirirá la calidad de hanansaya y hurinsaya, lo que establece, entre otras cosas, cuál de las parcialidades tiene la representación de la comunidad y por consiguiente cuál de los curacas tiene la dirección y gobierno de la misma. En el pensamiento del hombre andino, el nombramiento de nuevas autoridades cada año va a significar la renovación de los

la autoridad curacal, cada cual con sus propios derechos, facultades y obligaciones. Entre otras disposiciones toledanas, se prohíbe a los curacas y principales participar e interferir en la elección de las autoridades del cabildo, se prohíbe elegir indios infieles como autoridades del cabildo, se manda la imposición del juicio de residencia, la determinación de los plazos, sus relaciones y coordinaciones con el corregidor, las causas criminales sobre las que tienen jurisdicción, su intervención en la vida familiar, etc[12].

El virrey procura, conforme al mandato real, el destierro de aquellas prácticas contrarias a la fe cristiana, y por ello condena y castiga la convivencia connubial según los usos prehispánicos, por los cuales la realización del "matrimonio" requiere de un conocimiento previo de la pareja, que implica haber hecho vida marital entre sí como si efectivamente fueran marido y mujer. Dicha práctica debe ser desterrada, a cuyo efecto se sanciona con penas que van desde castigos corporales hasta el destierro[13].

En las reducciones de indios, según el testimonio de ONDEGARDO, la repartición de tierras siguió realizándose de forma anual en la mayor parte del virreinato. Y a pesar de existir una legislación que extendía la aplicación del derecho de sucesión castellano a los naturales, éstos mantuvieron sus propias fórmulas jurídicas y, en consecuencia, no podían

---

cuadros jerárquicos a partir de las decisiones de la misma comunidad, lo cual afianzará su posición como "reorganizadora" del cosmos en el que se inserta. Cfr. RECOPILACIÓN DE LEYES DE INDIAS, T 2, Lib. 6, tit. 3, ley XV. El cabildo de indios permitió mantener culturalmente aislado al indio, sustentándose sobre sus mismos valores antiguos. Los alcaldes de indios se convirtieron en un medio de enlace y al mismo tiempo en el límite, entre el mundo de los indios y el mundo occidental; eran la frontera y el medio de comunicación. Cfr. ARGUEDAS, Op. Cit., pp. 201–202, 334–335. Creemos que, en los primeros tiempos virreinales, el curaca mantenía su privilegiada posición ante los suyos y frente a las autoridades españolas. Según Wiesse, en la práctica era el cabildo de la ciudad de españoles el que nombraba anualmente a un indio para ejercer la función de alcalde de indios y otro denominado gobernador para la recaudación del tributo. Cfr. WIESSE, Carlos, *Apuntes de Historia Crítica del Perú*, 2da edic, CIP, Lima, 1949, p. 93.

[12] También, por las ordenanzas toledanas, se crea las cajas de comunidad, que tienen un fin previsor Cfr. VALCARCEL, *Historia del Perú...*, T 2, p.260. 265.

[13] VALCARCEL, *Historia del Perú...*, T, 2, p. 261. Sobre el tema del matrimonio, al igual que los asuntos de idolatrías, poligamia, entrega en calidad de tributo a hijos, matar indios para enterrarlos con sus señores naturales, etc., el derecho castellano no permitió su continuidad ni su reinterpretación; buscó su erradicación. Cfr. DE TRAZEGNIES, "Continuidad y Ruptura...", p. 232. Véase: RECOPILACIÓN DE LEYES DE INDIAS T 2, Lib.6, tit. 7, ley XIV- XV.

dividir las tierras entre los herederos ni disponer de ellas bajo ninguna forma ni circunstancia[14]. Sin embargo, las reducciones toledanas y la redistribución de las tierras entre las distintas comunidades daría lugar a un gran número de disputas que, según el mismo autor, se dieron, no entre miembros de una misma comunidad sino que, las más de las veces, eran conflictos entre pueblos o parcialidades sobre la posesión y distribución las tierras, la determinación de las especies a cultivar, el monto de la contribución a la que estaban obligados o, en último término, sobre la forma de tributación, que con el virreinato cambió desde la tributación en fuerza física –como en tiempos incáicos– a la tributación en especie, según el modelo occidental.

Con la instauración de los cabildos de naturales, la autoridad del curaca se vio mermada, pero a pesar de ello se le reconocieron derechos: derecho de sucesión curacal[15], consideración de "principal" del pueblo de indios[16], el curaca no pierde su condición de tal por ninguna causa[17], el cargo de curaca sólo puede ser ejercido por indios[18], tiene poder sobre sus

---

[14] Afirma que la división de la tierra se hace "conforme a la gente que cada uno tiene para sembrar e para comer, de manera que sy tiene más de una muger danle más tierra y conforme a la cantidad de los hijos; e sy al tiempo de la división se le an muerto, danle menos, e auque se aya de quedar perdido no le dan más de lo que tienen entendido que han menester por personas e famylia porque tienen sus medidas antiguas y ésta guardan..." Cfr. ONDEGARDO, Op. Cit., p. 69.

[15] RECOPILACIÓN DE LEYES DE INDIAS, T2, Lib.6, tit. 7, ley III. Según la norma la sucesión de curacazgo es descendente en línea directa, es decir, de padres a hijos; sin embargo, existen evidencias de que el sistema fuera distinto en algunos lugares. Así JIMÉNEZ DE LA ESPADA, M, *Relaciones Geográficas de Indias*, Tomo II, Ministerio de Fomento, Madrid, 1885, p.240 afirma que "*cuando morían los caciques, casi generalmente subcedian hermanos o sobrinos, pero va revertiendo este orden y van, como acá en España, subcediendo los hijos*". Así ocurría, según las más antiguas referencias, en la Comunidad de Indios de Sechura. En 1592 ejercía el curacazgo Juan de Nonura, el viejo, quien fue reemplazado, a su muerte, por su hermano Martín. Sin embargo, esto daría lugar a conflicto entre la ley emitida y las costumbres arraigadas en los pueblos. Cfr. DIEZ, *Fiestas...*, p. 77. Una tercera forma de asumir el curacazgo era según el grado de méritos de los miembros de la comunidad. Zorraquín Becú afirma que dicha costumbre fue reconocida por la corona pero introduciéndose modificaciones según el derecho castellano. Debe tenerse en cuenta los méritos, pero corresponde al virrey la evaluación de los mismos. Cfr. ZORRAQUÍN, *Los derechos Indígenas....*, pp. 446–447.

[16] RECOPILACIÓN DE LEYES DE INDIAS T 2, Lib.6, tit. 7, ley V.

[17] RECOPILACIÓN DE LEYES DE INDIAS T 2, Lib.6, tit. 7, ley IV. Sólo pueden ser aprehendidos por juez ordinario en caso de delito grave cometido al tiempo que dicho juez ejerce sus funciones. Cfr. Ley XII.

[18] RECOPILACIÓN DE LEYES DE INDIAS T 2, Lib.6, tit. 7, ley VI. Los mestizos no pueden acceder al cargo, en caso contrario deben ser removidos. En el siglo XVIII se permite la introducción de mestizos a fin de arrollar el sentimiento indígena.

indios para decidir y administrar sobre el tema del repartimiento de mitas[19], mantiene el derecho de recibir tributos, servicios y vasallaje en su propio beneficio siempre que acredite antigüedad de dicha práctica, que sea herencia de sus padres y que los indios con dichas cargas las realicen con agrado[20]. Tiene facultades jurisdiccionales y conoce de todo tipo de procesos, excepto causas criminales penadas con la muerte, mutilación corporal u otros castigos severos que quedan reservados a las audiencias y gobernadores[21].

Los alcaldes ordinarios, a su vez, sólo en ausencia del corregidor o del teniente de corregidor tienen la posibilidad de aprehender a personas de raza mestiza o negra que cometen delitos para ser juzgados por los funcionarios españoles. Las funciones sancionadoras de los cabildos de indios era muy limitada: castigar a aquellos indios que falten a misa o que se embriaguen con un día de prisión o seis u ocho azotes.[22]. Si bien el

---

[19] RECOPILACIÓN DE LEYES DE INDIAS T 2, Lib. 6, Tit. 3, ley XVI. La mita fue una institución que sufrió una clara transformación jurídica. En el derecho prehispánico era un elemento fundamental para la realización del principio de reciprocidad; se convierte en el virreinato en un elemento de sujeción y explotación, al punto que la institución se caricaturiza. La institución se inserta en un doble juego: por un lado, el curaca se compromete a suministrar indios a un español, lo cual se realiza conforme al derecho castellano (cartas de pago, recibo, condiciones de trato, etc), mientras que, por otro, frente a la relación curaca-indios, responde a patrones ancestrales de reciprocidad Cfr. DE TRAZEGNIES, "Continuidad y Ruptura...", Op. Cit., p.226. 231.

[20] RECOPILACIÓN DE LEYES DE INDIAS T 2, Lib.6, tit. 7, ley VIII. En casos de prácticas tiránicas se someterá a la jurisdicción del virrey, audiencia y/o gobernadores, quienes aplicarán justicia.

[21] RECOPILACIÓN DE LEYES DE INDIAS T 2, Lib.6, tit. 7, ley XIII. En un documento que reconoce como "cacique principal y gobernador de naturales de San Juan de Sallique a Felipe Velázquez Sonapo, en 1765, se afirma que "*los caciques gobernadores conocían todas las causas civiles y criminales breve y sumariamente hasta la cantidad de 10 pesos, excepto en casos de muerte, incendios y otros delitos graves, amén de dar cuentas al gobernador y teniente general y a las demás justicias ordinarias del corregimiento, debían prender a los agresores y remitirlos con las causas e información sumaria que se hiziere... y los sentencien conforme a derecho*". Cfr. RAMÍREZ ADRIANZÉN, Justino, *Monografía de Huancabamba*, Imp. Ministerio de Hacienda y Comercio, Lima, 1966, p. 59.

[22] Cfr. RECOPILACIÓN DE LEYES DE INDIAS T 2, Lib.6, tit. 3, ley XII, XVI. En la práctica hubo conflictos entre alcaldes de indios y curacas por el ejercicio real del poder; más aún, después de 1560 en que se nombran alcaldes mayores indígenas en las principales ciudades y regiones para administrar justicia entre los indios, facultad que normativamente correspondía al curaca. Después de la rebelión de Tupac Amaru II en el sur del virreinato, la presión contra el curaca fue mayor. Con la intención de eliminar todo signo de identidad indígena fueron suprimidos políticamente de forma sistemática, dando preeminencia al gobierno de los cabildos e introduciendo en ellos a los "mistis", mestizos o blancos, personas que garantizaran la fidelidad a la corona. Esto permitirá el prestigio de los alcaldes indios, conocidos también con los nombres de alcaldes varas, "*varayoc*" o

gobierno de los pueblos de indios corresponde al cabildo de indios, según lo establecido por el ordenamiento jurídico, los asuntos propios del derecho prehispánico, como el control social de matrimonios[23], la repartición de mitas y recaudación de tributos, quedan bajo la tutela de los curacas o señores naturales.

Según la normatividad indiana, el poder y la autoridad del curaca disminuyeron durante la época colonial. Éste, en muchas ocasiones, en concierto con las autoridades españolas y los miembros del cabildo de indios, aprovechó de su posición para beneficio personal, lo que posibilitó, entre otras cosas, que adquiriera gran poder económico[24], aprovechándose del trabajo de los indios de su comunidad y que se convirtiera, junto con el corregidor y el cura, en palabras de HUAMÁN POMA, en

hilacatas, elegidos al margen de cualquier privilegio heredado. Además, los indios mostraban una configuración distinta a la de sus grupos de origen, reconociendo en el alcalde y sus regidores un cuerpo dirigente encargado de la regulación de las relaciones internas y de la solución de los conflictos entre los miembros de la comunidad y con la suficiente autoridad para representar a la comunidad frente a terceros. El cabildo de indios fundaba su legitimidad en el reconocimiento interno de la comunidad y en la complacencia de las autoridades oficiales. Cfr. DIEZ HURTADO, Alejandro, *Tierras y Comunes...*, p. 279. DIEZ, *Fiestas...*, p. 82. El curaca, si bien en los primeros tiempos virreinales alcanzó excepcionales privilegios, poco a poco se convirtió en un funcionario vinculado a los intereses de las autoridades coloniales y "cuando intentaron rebelarse fueron suprimidos". Cfr. ARGUEDAS, Op. Cit., p. 334. Según el padre Justiniano Ramírez, en Huancabamba, en los días de la Independencia, se hablaba de caciques de las parcialidades, las cuales eran denominadas indistintamente como tales o como comunidades. Sus dirigentes se elegían anualmente con el nombre de alcaldes comuneros, justicias comuneras, y recibían como insignia de mando un bastón de chonta denominado "vara de la justicia". Cfr. RAMIREZ, Op. Cit., p. 61.

[23] "En algunos repartimientos, los caciques y curacas por dexar casar una yndia de su parcialidad con indio de otro repartimiento o de otra parcialidad llevan plata y otras cosas del yndio que se a de casar y de otra manera no consienten que las yndias de sus parcialidades se casen con yndios de otra parcialidad". Cfr. LISSÓN CHAVEZ, J, La Iglesia de España en el Perú. Colección de Documentos para la Historia de la Iglesia en el Perú, T. 1 Vol. 2, Lima, 1943, p. 358.

[24] Según la RECOPILACIÓN DE LEYES DE INDIAS T2, Lib.6, Tit. 1, ley XXIV - XXV, se reconoce a los indios la posibilidad de ejercer actos de comercio sin ninguna limitación territorial o de tipo de bienes. Por la inexistencia del concepto de propiedad individual en tiempos de los incas y en razón al sentido colectivo de la propiedad, en especial de la tierra, la actividad comercial fue poco atractiva para el indio común, pero sí fue aprovechada por el curaca a fin de adquirir mayor poder, competir con las autoridades españolas o posibilitar la realización del principio de reciprocidad y la práctica de la redistribución en que se inspiraban las relaciones de poder entre el curaca y los miembros del ayllu en tiempos prehispánicos. Cfr. OSSIO, *Los Indios...*, p. 177. En la comunidad de Sechura, en el norte del Perú, durante el virreinato, el poder de los curacas se fundaba en propiedad de ganado caprino y en las relaciones comerciales con otros señores y comunidades, como la de Jayanca. Cfr. DIEZ, *Fiestas...*, p. 79.

"*principales enemigos del indio*". A pesar de lo dicho, la figura del curaca en el virreinato es polémica, pues hay quienes acentúan su nefasta actitud frente a sus coterráneos, mientras también existen aquellos que ensalzan su posición como verdaderos defensores de los naturales[25]. Lo cierto es que muchos de ellos habían adquirido gran poder económico y podían ejercer presión para no perder sus privilegios sobre sus comunidades.

III.- Consecuencias de la confluencia social: pervivencia de la "comunidad de indios"

La importancia y prestigio de los curacas dependía de sus buenas relaciones con las autoridades españolas, y esto, de algún modo, posibilitaba la aplicabilidad del derecho prehispánico. Es evidente que en aquellos lugares donde los españoles ejercían dominio pleno y efectivo, el derecho aborigen se fue perdiendo, mientras que los ayllus o comunidades alejadas mantuvieron sus antiguos usos y costumbres con mayor permanencia temporal, aunque sujetos a las transformaciones impuestas por la conquista[26]. En el plano de la aplicación del derecho, aun cuando las autoridades españolas hubiesen tenido la intención de respetar el derecho prehispánico –lo que fue negado en la vía de los hechos[27]–, la mayor dificultad residía en el desconocimiento del mismo, y en el peor de los casos, en la indeterminada cantidad de usos y costumbres, distintos según el número de ayllus y comunidades. Su inaplicación responde, por tanto, en el mejor de los casos, a la ignorancia de las autoridades españolas[28] pero también a la resistencia de los mismos españoles de

---

[25] Mientras León Portocarrero, el judío portugués, en su *Descripción del Perú*, en los inicios del siglo XVII afirma que los indios "*a sus caciques aman alegre y honorablemente y los respetan y tienen mucho amor y voluntad*", el Licenciado Ramírez de Aguila, autor de *Noticias Políticas de Indias,* en 1639, sostiene que "*los temen y obedecen y respetan con grande extremo y ellos (los caciques) los mandan con tanta soberbia que están temblando delante de ellos*". Cfr. SAÍGNES, "De la borrachera...", p. 143.

[26] Cfr. ZORRAQUÍN, *Los derechos Indígenas...*, p. 443.

[27] "...Era sumamente difícil asegurar la eficacia de las leyes que carecían de correspondencia en los sentimientos de (las) clases sociales" Cfr. VILLARÁN, Apuntes sobre la realidad..., p. 19.

[28] No se puede negar que los curacas, como ya se ha mencionado, conservaron ciertos poderes jurisdiccionales, sin embargo, dichas facultades estaban harto disminuidas y siempre bajo la vigilancia de las autoridades hispánicas y en competencia con la autoridad jurisdiccional del cabildo de naturales. Hubo algunos esfuerzos por parte de autoridades españolas por rescatar el derecho prehispánico: en 1582 el corregidor Pedro de Córdova Mejía levanta información de los usos y costumbres que tenían los antiguos incas respecto de la administración de justicia con el fin de aplicarlos en la resolución de

aceptar y cumplir un sistema jurídico perteneciente a otra cultura –supuestamente inferior– y que con el transcurso del tiempo se debilitaba cada vez más.

A finales del siglo XVIII, los pueblos de indios se habían adecuado convenientemente, reconociendo en los alcaldes de los cabildos[29] a sus autoridades representativas, modificando sus ancestrales formas jurídicas y aceptando los parámetros sociojurídicos de la cultura hispánica. Dentro de estas transformaciones tiene sentido lo manifestado por JIMÉNEZ DE LA ESPADA respecto de la forma de sucesión de las autoridades, del respeto a un determinado grupo social y a las relaciones de parentesco entre otras transformaciones[30]. La preeminencia de una parcialidad o comunidad sobre otra ya no deriva necesariamente de la obediencia a sus autoridades originarias o del respeto a sus usos y costumbres o de sus vínculos con la elite incaica, sino que depende básicamente de su poder económico y de su vinculación con un territorio determinado. Tienen mayor jerarquía, por ejemplo, aquellas comunidades que han podido conservar sus tierras originales o aquellas en las que el territorio en el que se asientan les pertenece desde hace muchos años.

---

pleitos entre indios. Cfr. TAU, "La Costumbre jurídica...", p, 407. El mismo Polo de Ondegardo quiere preservar las fórmulas jurídicas prehispánicas siempre que se ajusten al derecho natural. En la orilla contraria, Solórzano Pereira condena las costumbres de los naturales, pues apuesta por la absorción total del indígena en la cultura cristiana; sin embargo, reconoce que hay costumbres que pueden aceptarse y que para evitar dificultades el destierro de las mimas debe ser paulatino. También afirma que las leyes deben ser "no sólo justas sino ajustadas y convenientes". SOLÓRZANO, Op. Cit., T. IV, Lib. V, Cap. XVI, Nº 11.

29 El cabildo permitió una diversidad de cargos internos que posibilitaban la participación de un mayor número de miembros de la comunidad en el gobierno de la misma. Sin embargo, más de una comunidad, divididas en parcialidades, tenían distintas autoridades, aunque a nivel de representatividad, frente a los demás, ésta solía ser unitaria. Esta unidad fue lograda a través del sistema de turnos, sistema afianzado en la costumbre y en la jerarquía de los grupos internos de la comunidad.

30 Es conocido, por ejemplo, el originario sistema dual de autoridades curacales que a finales del virreinato casi había desaparecido, la sucesión de autoridad que pasa de un sistema matrilineal colateral al sistema patrilineal directo. Cfr. JIMÉNEZ, M, *Relaciones...*, p.240. Las formas de parentesco varían: era normal, según el derecho prehispánico, que la fijación de los apellidos de los naturales se determinara según el sexo, es decir, que las hijas lleven el apellido de la madre mientras los hijos, el apellido del padre, configurándose de este modo apellidos de carácter excluyente. Con el correr del tiempo esta práctica desaparece y, a finales del virreinato, los patrones occidentales se imponen determinándose el parentesco a partir del apellido del padre. Finalmente, atendiendo a los estructurales cambios, la referencia indígena ya no es el ayllu sino el pueblo en el que ubica su residencia. Cfr. DIEZ, *Tierras y comunes...*, p. 281. Cfr. OSSIO, "La Estructura Social...", p. 260.

En esta configuración también se tiene en cuenta la población, los rasgos raciales de la misma, los recursos de que se dispone y la tradición heredada de los antiguos[31]. Estos rasgos marcan diferencias entre los miembros de la comunidad: se distingue entre originarios y forasteros, teniendo los primeros mejores prerrogativas respeto de la explotación de la tierra y otros beneficios al interior de la comunidad. Estas diferencias, que no existían en el derecho prehispánico, nacen del encuentro entre éste y el derecho occidental, se insertan en la psicología del hombre andino y se plasman en la vida social de la comunidad de indios.

En el plano de las ideas, el pensamiento ilustrado del siglo XVIII busca la uniformidad racional del derecho como una forma de exaltar el poder real y el centralismo político. La ley se convierte en el instrumento jurídico más eficaz para dicho cometido, y por ello ya no hay posibilidad de distinción a nivel de la aplicación del derecho, menos aún de aquellos sistemas jurídicos que tengan como principal fuente a la costumbre[32], en razón a la imprecisión e irracionalidad de ésta. No se reconocen los fueros personales y se eliminan los privilegios; jurídicamente las diferencias raciales y/o económicas no tienen relevancia y se legisla teniendo como principal premisa la "igualdad ante la ley". En otros términos, el indígena se convierte en ciudadano frente al derecho, sus usos y costumbres propios del derecho consuetudinario prehispánico se desconocen ante el derecho oficial, y pese a ello, en la práctica continuó siendo considerado como un "disminuido" jurídico, objeto de despojos, litigios y abusos por parte de las autoridades oficiales, aquellas que en el plano de la ley, eran sus iguales.

---

31 Cfr. DIEZ, *Tierras y comunes*..., p. 283.

32 En realidad, la costumbre no sólo era fuente del derecho prehispánico que subsistió en tiempos virreinales. El derecho emanado de la Corona Castellana a efectos de solucionar los casos propios de América tiene como fuente material a la costumbre, en tanto que en ella se inspira la norma dada. Sin embargo, pareciera que en los tiempos de la conquista tenía tanta importancia como la ley misma. En el juicio de residencia al virrey de México Álvaro Manrique de Zúñiga, Marqués de Villamanrique, en 1592, se le hacían cargos por desconocer, contrariar y pervertir cuatro normas consuetudinarias. Aun cuando la Recopilación de Leyes da preeminencia a la norma positiva, no niega la posibilidad de aplicar la costumbre sino que además la invoca en más de un caso. Cfr. TAU, "La Costumbre jurídica...", p. 361. 368 - 369. En opinión de Basadre G., la aceptación de la costumbre como fuente en el derecho virreinal requería ser integrada por varios actos, continuados, sin interrupción alguna, y no estar prohibida por ley. Cfr. RECOPILACIÓN DE LEYES DE INDIAS, Lib. 2, Tit.2, Ley XXI mencionada por BASADRE GROHMANN, *Historia del Derecho*..., p. 271.

A pesar de la caducidad del derecho indígena y de los abusos cometidos contra los indios, perduró en el espíritu de las comunidades "*la propiedad colectiva de la tierra, fundada en las relaciones de parentesco y en la religión de las comunidades agrícolas del Perú*". El indio sigue invocando a la costumbre para medir y repartir la tierra, aprovechar los recursos de la comunidad, cuidar el ganado, decidir la marcación y matanza del ganado, administrar la distribución del agua, resolver la explotación de la sal, administrar las tareas de los miembros de la comunidad en las labores comunales, etc. Sin embargo, la interacción con la cultura occidental dejó sus huellas. A finales de la administración virreinal, el "ayllu" –fundado en el parentesco– ya no es protegido por la *huaca* sino por el santo patrono, ya no son los tocoricoc, los camayoc, los suyuyoc los funcionarios que los visitan, sino que corresponde a los alcaldes y regidores la reglamentación de la vida social. En otras palabras, el "ayllu" se amestiza tomando elementos del régimen del cabildo español, y como fruto de ese matrimonio surge la comunidad de indios o comunidad de indígenas[33].

[33] Cfr. ZORRAQUÍN, *Los derechos Indígenas...*, p. 449. Cfr. VARALLANOS, José, *El Cholo y el Perú*, Imprenta López, Buenos Aires, 1962, p. 188.

Derecho Público

LAS HERRAMIENTAS DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Dra. María Rivas Casaretto
Abogada de la Procuraduría General del Estado

La contratación pública en el Ecuador ha evolucionado vertiginosamente desde el año pasado con la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP) publicada en el R O 395 del 4 de agosto del 2008. La evolución está en el área jurídica y en el área técnica.

En la jurídica, la ley reguladora se transformó ascendiendo su categoría de ley general u ordinaria (derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública del 21 de febrero del 2001) a ley orgánica; y, tratando a la contratación pública ya no como una situación jurídica específica de la administración del Estado, sino como un sistema, es decir, una dinámica de procedimientos de amplia variedad, aplicados a cada una de las múltiples situaciones contractuales, que deben manipularse a través de la electrónica vigente a nivel mundial.

En la técnica, la Ley ha creado una institución exclusiva para dirigir, elaborar políticas, ejecutarlas y controlar todo el sistema de la contratación públicas: el Instituto Nacional de Contratación Pública (sus siglas INCOP), realizando el control previo a la celebración del contrato y quitándole esta tarea a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado, por lo que la Ley sólo les ha dejado la facultad del control posterior a la celebración del contrato (Título II, Capítulos I y II), lo cual ha producido comentarios negativos por parte de algunas autoridades públicas y de proveedores y juristas.

Para su ejecución de políticas y control previo, el INCOP está auxiliado por dos herramientas técnicas: el Registro Único de Proveedores, con sus siglas RUP (Sección I del Capítulo II del Título II de la Ley) y el portal COMPRAPUBLICAS cuya página electrónica es **www.compraspublicas.gov.ec**. (Art. 21 de la Ley y Sección III del Capítulo II del Título II del Reglamento).

LA HERRAMIENTA RUP.- El Registro Único de Proveedores es un instrumento de gran ayuda para el INCOP. La Ley lo creó para ser fuente de información oficial de los proveedores a ser contratistas de la administración púbica y, a la vez, es un instrumento que los habilita para tener tal calidad, de tal suerte que nadie que no esté registrado podrá ser oferente o proponente en un procedimiento precontractual y menos será un contratista, salvo el caso de procedimiento precontractual de menor cuantía, no obstante, la ley exige que una vez que se le adjudique el contrato, el proveedor no inscrito deberá obtener el RUP antes de celebrarlo (Art. 18 de la Ley).

La intención del RUP es de tener una base de datos que incluya la universalidad de los proveedores y contratistas con el Estado ecuatoriano y sus instituciones.

El RUP se suspende al proveedor cuando éste cae en cualquiera de las tres situaciones prescritas en el artículo 19 de la Ley: uno, por haber sido contratista incumplido o adjudicatario fallido; dos, por no actualizar la información requerida por el INCOP; y, tres, por haber sido declarado inhabilitado.

COMENTARIO: Por la causal dos existe actualmente una polémica expresada por juristas y posibles proveedores, pues, advierten que la falta de actualización de la información requerida por el INCOP puede ser manipulada políticamente por esa entidad para dejar fuera de poder participar en un concurso o de contratar a quienes no sean del agrado de los funcionarios directivos de tal entidad, por lo que recomiendan al INCOP que precise en una resolución que ella emita, el término o plazo para actualizar la información.

LA HERRAMIENTA PORTAL.- Antes de la vigencia de la LOSNCP, la convocatoria a un procedimiento precontractual se publicaba por la prensa. Con el portal electrónico COMPRASPUBLICAS se produjo la revolución publicitaria y de comunicación constante entre entidad convocante y concursantes hasta la adjudicación del contrato, colocando a nuestro país en el siglo XXI en cuanto a contratación pública se refiere.

Con el portal electrónico, la informática es la base de los procedimientos precontractuales y así, la ley trata de lograr la aplicación efectiva

de los principios de igualdad, transparencia, concurrencia, vigencia tecnológica y publicidad que ella promueve en su artículo 4.

COMENTARIO: En la práctica, esos principios se están consiguiendo, pero para algunos proveedores y juristas, el portal no está exento de un posible *"pirateo electrónico"* en la manipulación de la información dada por la administración pública contratante o por el proveedor, al igual de la posible introducción de un virus en el sistema informático de las entidades contratantes, situaciones anómalas propias de la informática.

Como se puede apreciar, las dos herramientas que tiene el sistema de contratación pública en el Ecuador, y con los cuales cuenta el INCOP, colocan a nuestro país en un lugar competitivo en el mundo para celebrar contratos dentro y fuera del país, pues, ellas han unificado todos los procedimientos precontractuales en el camino de la informática y del control efectivo por su constante actualización de datos de los proveedores.

Sin embargo, están latentes las anomalías del posible manipuleo político que no sólo se puede dar en la actualización de información del RUP, sino también en la lista de requisitos para obtenerlo; y, en el probable pirateo electrónico en el portal, por lo que las autoridades del INCOP y de todas las entidades del Estado deben estar atentas para evitar el fracaso de este sistema.

Derecho Internacional

LA NUEVA ERA DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Reynaldo Huerta Ortega[*]

El concepto de las relaciones internacionales en la América Latina alude a las importantes herramientas de la Democracia y de los Derechos Humanos como frutos de la convivencia social.

En contraste, el narcotráfico, es una amenaza a la Democracia y a los Derechos Humanos en el mundo entero, no sólo en nuestro país y el área andina y la amazonía.

I UN COMPROMISO INTERIOR PARA DERROTAR A LA ADVERSIDAD MAYOR QUE ES LA INCREDIBILIDAD Y EL CINISMO

Consecuentemente, he venido a plantear soluciones como una gran alianza estratégica entre los países del área. Alianza que es deber consustancial, para crear un compromiso interior de construir una democracia, con inclusión de género y para redimir a todos los grupos sociales; aborígenes o no, a los pueblos olvidados, sean estos campesinos o simples analfabetos afroamericanos.

A nosotros los miembros de la sociedad civil nos corresponde abrir el debate que alimentará el fuego en las tinieblas, la que está en crisis: es la libertad.

La nueva era de las Relaciones internacionales, debe tener como paradigmas, al decir del profesor de la Universidad de Nueva York en la Escuela de Derecho Ronald Dworkin "en primer lugar, que toda vida humana es intrínseca e igualmente valiosa y en segundo lugar, que toda

[*] Actual Director del ISEJ Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

persona es individual e inalienablemente responsable de identificar y realizar el valor de su propia vida".[**]

Si nuestros gobiernos mantienen vivo dicho fuego de sus conciencias reforzadas con los paradigmas de la libertad y de la dignidad; entonces el compromiso interior se hará realidad y esta lucha de gobernantes y gobernados traerá consecuencias enaltecedoras para la Política Exterior compartida, además de cohesión social.

Desarrollando esta premisa requerimos una mayor reflexión y acciones inmediatas, para la protección de la normativa internacional imperativa. Por ejemplo, la migración, en casos como:

a) los inmigrantes que son víctimas del racismo furibundo,

b) los inmigrantes que son perseguidos por la violencia cordial que los criminaliza aún sin conocerlos.

Una nueva era requiere de una Democracia, que permita disfrutar y no padecer, a todos los miembros de la especie humana de leyes y sentencias, ergo omnes, dentro de un marco jurídico del Jus Cogens, para una civilización bienhechora

Para esta nueva era, debemos reflexionar y tipificar sobre los delitos cometidos por los seres humanos que van marcando la línea base de los derechos de la comunidad q la que se pertenecen. Así entre otros:

a) las agresiones en lo ambiental internacional;

b) la piratería en el Mar de Somalia que es un botadero nuclear tierra adentro;

c) combatir jurídicamente en el contenido de las sentencias de las Cortes Internacionales, **a quienes con el verdor de sus billetes narco-obtenidos, producen un lavado mental en las nuevas generaciones para hacerlos olvidar al Dios que llevan en sus conciencias.**

[**] Ronald Dworkin, La democracia posible. Ediciones Paidós, Barcelona 2008. p.199

El concepto de la democracia en las relaciones internacionales, que es fundamento del **Jus Cogens**, debe nacer del desarrollo interior, cuya plenitud le permite al hombre encontrar a Dios en la conciencia de su ser, dentro de sí mismo.

Amarle, respetarle y temerle como su Creador, sin que ello signifique dar la espalda al avance de la verdad científica.

La conciencia humanista y cristiana paralelamente debe avanzar junto con el espíritu de la investigación científica y en su esfuerzo los hombres deben correr tras el horizonte del progreso, avanzar al servicio de los que nada tienen, de los desheredados y condenados de la tierra.

Permitidme darles a ustedes dos ejemplos de la nueva era de las Relaciones Internacionales, en cuanto al hombre y al mundo:

En cuanto al mundo y allá en la vieja Europa un concepto de integración ya no es suficiente como instrumento económico para explotar el carbón y el acero porque en nuestros tiempos debemos buscar quizás otra galaxia mayor, allá donde el Voyager IV de Carl Sagan permita el contacto con aquellas ondas que viajan en el espacio infinito, de las comunicaciones satelitales.

En cuanto al hombre, ruego a ustedes que antropológicamente se sirvan aceptar y escuchar la voz de los mexicanos, de Hispanoamérica toda, que es la tierra donde el hombre debe crecer con los pies en el fango y la mirada en los astros y donde debemos hablar largo rato con nuestro corazón, para recibir la sabiduría del temor a los Dioses, en el vivir primigenio de los toltecas.

En la mente del hombre común a pesar de su pobreza, de su enfermedad y de su ignorancia, aún no se alcanza entender el por qué de la crueldad de los genocidios en Asia, Europa en África y porque no decirlo en la tierra de las sagradas escrituras.

A pesar de las Cumbres de las Américas o las del Alba, en el ámbito del verdadero poder: el narcotráfico, los cientos de toneladas

de cocaína y de heroína. El inmenso poder de los estupefacientes y de los alcaloides en manos del crimen organizado, derrumban no solo fronteras y gobiernos sino también la credibilidad en el hombre y en el mundo. Así tenemos que son indicadores de la crisis moral:

a) Los medios de comunicación, cuando son adquiridos por testaferros,

b) La fuerza de las cúpulas militares y policiales sometidos por la narco corrupción, a una inteligencia servil que contradice las órdenes de sus mandantes.

Todo permite que la incredibilidad contamine la interacción social y corroa la fe y la esperanza.

Por ello la búsqueda de metodologías, cualquiera que sean estos, siempre que permitan el encuentro interior, ya sea de la comunidad académica con los sectores empresariales, ya sea la sociedad civil en general, incorporando la responsabilidad pública y la privada, con la responsabilidad social y corporativa, en todas sus instituciones jurídicas, políticas y económicas, todo ello se hace necesario e indispensable, y sin embargo no es suficiente.

Por ello bien está, que frente a las crisis iniciemos una batalla simultánea.

Ha dicho el sumo Pontífice en Roma en su último mensaje pronunciado antes de la bendición Urbi et Orbi el día que los mil millones de católicos en el mundo celebramos la pascua de resurrección de Jesús: "que debemos recrear la esperanza, construir un futuro abierto a la esperanza; descubrir nuevamente perspectivas capaces de devolver la esperanza"

Sabemos que una solución integral a la crisis actual, sólo puede darse con una batalla de simultaneidad, que bien puede tener repercusiones en los distintos meridianos donde habita el hombre, si el Derecho Internacional y la norma imperativa internacional señalan en el Jus Cogens una esperanza y una profecía desde los tiempos de Hugo Grocio y de Francisco de Vitoria.

Corresponde la aplicación del Jus Cogens a las Cortes Internacionales pero también a las Cortes Supremas y a los Tribunales Constitucionales de cada nación.

Intervención ante el Grupo de Observadores Latinoamericanos en el Ecuador, en el Foro "Democracia, Derechos Humanos, Narcotráfico y Relaciones Internacionales en América Latina", organizado por el Instituto Ecuatoriano de Estudios para las Relaciones Internacionales en la ciudad de Quito el día 16 de abril de 2009.

Derecho
Procesal Civil

LAS NULIDADES MATRIMONIALES EN EL DERECHO CANÓNICO

Rvdo. Dr. Alfredo García Cevallos [*]

Las nulidades matrimoniales en el derecho canónico es un tema complejo. La declaración de la nulidad de un matrimonio se da por diversas causas: impedimento no dispensado, solemnidad no contemplada y consentimiento defectuoso. En el desarrollo de un proceso se prueba si efectivamente existen estas causales.

Distingo conceptos. Separación, divorcio y nulidad no son la misma cosa. Por *separación* se entiende la ruptura de la convivencia o cohabitación de los esposos, sin que por ello, se rompa o anule el vínculo conyugal. Esta institución existió en nuestra legislación civil ecuatoriana con el nombre de «separación conyugal judicialmente autorizada» hasta la ley 43 de 1989; en el derecho canónico aún está vigente. El *divorcio* consiste en la separación de cuerpos y la ruptura del vínculo conyugal. Con la sentencia de divorcio, el juez rompe el vínculo y permite la celebración de nuevas nupcias con terceras personas. La Iglesia Católica, en casos excepcionales, acepta la separación de cuerpos (por ejemplo en el caso de adulterio, canon 1152 y ss. del Código de Derecho Canónico); pero no acepta el divorcio porque «lo que Dios ha unido, no lo separe el hombre» y «si uno se separa de su mujer y se casa con otra, comete adulterio contra la primera; y si ella se separa de su marido y se casa con otro, comete adulterio» (Mc 10, 9.11).

La nulidad existe cuando el matrimonio celebrado fue inválido, esto es, cuando a pesar de haberse realizado ante la Iglesia, la pareja sólo se casó aparentemente. Por eso no se debe decir nunca: "me divorcié por la

[*] Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República por la UCSG
Doctor en derecho canónico por la Università della Santa Croce (Roma)
Máster en bioética y en psicología por la Ateneo Romano Regina Apostolorum
Actual presidente nacional del Tribunal de Segunda Instancia de la Conferencia Episcopal Ecuatoriana
alfredo999@gmail.com

Iglesia" o "anulé mi matrimonio", sino que lo correcto es decir: "me declararon la nulidad de mi matrimonio". La razón es que aquel matrimonio nunca existió y los novios salieron del templo como solteros. La Iglesia Católica, con su sabiduría de dos mil años, y después de un serio estudio procesal, "declara" que efectivamente no hubo matrimonio.

Pero ¿por qué un matrimonio a pesar de haberse realizado en una ceremonia no llegó a nacer? Porque la celebración estaba viciada por el incumplimiento de algunas normas muy graves.

¿Cuándo sucede esto o, en otras palabras, por qué el matrimonio es nulo?

1. **Por impedimento no dispensado**. Existen 12 impedimentos: edad (ella debe tener 14 años como mínimo y él, 16); impotencia sexual; vínculo matrimonial precedente (que uno de los dos estuviese aún casado); disparidad de culto (uno de los novios pertenezca a una religión no cristiana o no tenga religión); que el varón haya recibido alguno de los grados del sacramento del orden sacerdotal; que uno de ellos haya realizado un voto público de castidad perpetua en un instituto religioso; rapto de la mujer por parte del varón; que uno de los dos hubiera asesinado al cónyuge del otro; que sean consanguíneos (en línea recta –padres e hijos; abuelos y nietos- no se dispensa nunca, en línea colateral no se permite hasta el segundo grado –primos hermanos); afinidad (suegro-nuera); pública honestidad (prohíbe el matrimonio en línea recta y primer grado entre los hijos de un concubino con el otro o entre una persona casada inválidamente y el hijo del otro también casado inválidamente); y adopción (no se puede casar padre adoptante e hija adoptada). Si una persona llega al matrimonio con alguno de estos impedimentos, sin haber pedido la dispensa a la autoridad correspondiente, el matrimonio es nulo.

2. **Por solemnidad no contemplada**. Esto significa que el consentimiento hay que manifestarlo ante un ministro sagrado (obispo diocesano, párroco o equiparados y los delegados por ellos) y además ante dos testigos mayores o menores de edad. Si no se lo hiciera así, el matrimonio también sería nulo.

3. **Por consentimiento defectuoso**. El consentimiento, es decir, «el acto de la voluntad, por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio (c. 1057)», es la causa del matrimonio. No hay otra causa que lo produzca. Ni la convivencia de muchos años ni la descendencia ni el deseo de vivir juntos pueden suplir el consentimiento. Ello implica que los contrayentes tienen que ser capaces de conocer, que tengan un correcto uso de la razón, que dominen su voluntad, y que sus pasiones y emociones estén controladas. Además, el consentimiento no debe ser mentiroso, es decir, que no responda a la intención de casarse. Y, por último, el consentimiento debe ser libre y que los novios acepten, al menos implícitamente, el objeto del matrimonio, esto es, que quieran el matrimonio tal como es, no a su antojo. Hay varios casos de consentimiento defectuoso:

   a) *Cuando hay incapacidad para consentir*. Se puede dar en los siguientes casos:

      - *Falta de uso suficiente de razón*. Se da si alguien no puede conocer lo que es el matrimonio. Esto sucede ya sea habitualmente (caso de los enfermos mentales) como transitoriamente (en el caso de que alguno de los novios estuviera drogado, hipnotizado o ebrio durante la ceremonia).

      - *Falta de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se han de dar y aceptar*: Es la imposibilidad de percatarse o de sopesar las consecuencias que supone el matrimonio. Implica, entonces, la carencia de capacidad crítica o valorativa de su accionar en el momento de emitir el consentimiento. Ej: el caso de una persona que sufriera una grave inmadurez afectiva a tal punto de que no pudiese establecer relaciones normales y pacíficas con los demás. Es el caso del gravemente egocéntrico, o del narcisista, o del pasivo-dependiente, etc.

      - *Incapacidad de cumplir las obligaciones esenciales del matrimonio por causa de naturaleza psíquica*. En este caso se trata de la imposibilidad de "cumplir" con los compromisos asumidos al casarse, por causa de naturaleza psíquica. Ej: una persona que tuviese tendencias homosexuales y que por ello no pudiera

dejar de tener relaciones íntimas con personas de su mismo sexo; aunque contrajera matrimonio no podría nunca guardar la fidelidad debida a su contrayente.

b) *Padecer error sobre*:

- *La identidad de la persona*. Error es la falsa apreciación de la realidad. Se daría este caso en el supuesto de que alguien se casara con un desconocido, como por ejemplo, que se hubieran conocido por carta y el día de la boda se presentara una persona distinta de aquella a quien escribía.
- *Una cualidad directa y principalmente intentada por los contrayentes*. Ej: en el caso de la chica A quisiera casarse con un hombre noble; conoce a B y piensa que lo es, y por este motivo se casa. Al final descubre que no es noble. Aquí a uno de los novios le interesaba más la cualidad que la persona misma.
- *Una cualidad dolosamente ocultada adrede, que pueda perturbar la vida conyugal*. Dolo quiere decir engaño. Se puede aplicar este canon en el caso de que uno de ellos engañara al otro sobre una pretendida cualidad para obtener su consentimiento. Ej: Una mujer que se contrajera matrimonio con un hombre que está civilmente casado y con hijos y que la hubiera engañado diciéndole que era soltero.

c) *La simulación o exclusión intencionada*. Se da esta situación si se aparenta ante los demás que uno quiere casase cuando en realidad no lo quiere, por lo que rechaza:

- sea el matrimonio mismo;
- o la unidad (quiero casarme con varias mujeres a la vez) y de la fidelidad (me reservo el "derecho" de ser infiel);
- o de la indisolubilidad (me caso no para toda la vida, sino por "x" días);
- o excluye la procreación (me caso, pero no quiero tener hijos) y del derecho a los actos conyugales.

d) *Cuando haya falta de libertad por violencia o miedo*. Ej: me caso amenazado o por el temor reverencial que tengo a mi padre.

e) *Ignorar que el matrimonio es un consorcio estable, entre hombre y mujer, en orden a los hijos, con cierta cooperación sexual*. Estaríamos en esta situación en el caso de alguien que se casara sin saber que debe entregarse íntimamente a su consorte. Caso un poco raro, pero que puede darse.

f) *Si ha habido un matrimonio condicionado*. Es decir, si se ha subordinado el nacimiento del matrimonio al cumplimiento de un hecho o circunstancia determinada. Si se pone una condición de futuro el matrimonio es inválido ("me caso contigo hoy, pero nuestro matrimonio empezará el día que te gradúes de ingeniero"). Si la condición es de pasado o de presente el matrimonio será válido o inválido según se cumpla o no la condición ("me caso contigo si ya has terminado la carrera universitaria). Para que esta condición de pasado o de presente tenga eficacia hay que hacerla mediante un acto positivo de voluntad, implícito o explícito, y obtener la licencia escrita del Ordinario del lugar.

Para que un matrimonio sea declarado nulo se necesitan dos sentencias a favor de la nulidad: la primera en el tribunal diocesano del domicilio de una de las partes y la segunda en el tribunal de apelación o en la Rota Romana. Estas sentencia son producto de una seria investigación que se la realiza dentro de un proceso jurídico que consta de los pasos que tiene todo juicio: presentación de la demanda, notificación a la parte demandada, término de prueba, sentencia, etc.

Derecho Societario

CONTENIDO DEL LÍMITE A LAS DECISIONES MAYORITARIAS

Ab. Luis Alfredo Sánchez Baquerizo[*]

RESUMEN:

En el artículo exploro tres de las teorías constitucionales más importantes de la actualidad. Considero imprescindible, para los juristas y estudiantes de derecho, profundizar en el estudio de la literatura que describe y explica el fenómeno del constitucionalismo moderno. El análisis de estas teorías es el método más adecuado para entender el reciente proceso constituyente. Cuestiones de límites a la autoridad y los principios morales que legitiman el sistema democrático, así como todo lo concerniente al objeto de la filosofía del derecho debe ser comprendido, con la finalidad de promover e impulsar la consolidación de una verdadera Democracia Constitucional ecuatoriana.

CONTENIDO DEL LÍMITE A LAS DECISIONES MAYORITARIAS

La República del Ecuador está inaugurando nueva Constitución. El rompimiento con el orden constitucional del año 1998 es un hecho consumado. Para ello, los agentes constituyentes debieron recorrer un intenso proceso de reforma política que, históricamente, se ha repetido con frecuencia, en otros contextos y con otros actores; no en vano, la actual, es la vigésima constitución. El discurso oficialista sostiene que, a diferencia de otros procesos constituyentes, el de ahora, es un cambio de paradigma: una revolución que deja el mundo de las ideas (correctas, justas y perfectas) para materializarse en un texto de 444 artículos con pretensión de una "larga" perdurabilidad -desconocida desde el inicio de nuestra práctica constitucional-, y cuya operatividad depende de su

[*] Candidato a Master en Derecho y Especialista en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Palermo, Argentina. Profesor Invitado de la materia Introducción a la Investigación Jurídica. luissanchezb@hotmail.com

respectivo proceso de transición política, que lo que menos nos ha proporcionado es una transición con un orden sistemático.

Para entender todo lo que este fenómeno supone, o las manifiestas consecuencias del cambio de la fuente de validez de nuestro ordenamiento jurídico, se hace imprescindible, a mi modo de ver, explorar, estudiar o repasar, aun las cuestiones más básicas concernientes a la teoría política en general, y en especial a la teoría constitucional. Debemos tener las respuestas a estas, al parecer, simples preguntas: ¿qué es una constitución?, ¿qué es una democracia?, ¿qué es una democracia constitucional?

En el presente artículo analizaré algunos aspectos del contenido normativo de una constitución escrita. Procederé a enunciar las ideas principales de las teorías constitucionales que guardan mayor conformidad con los siguientes criterios de evaluación: capacidad de descripción y explicación, consistencia lógica y fructificación; me refiero a las teorías monista, dualista y de derechos fundamentales. Trataré de mostrar, mediante la argumentación racional, propia del discurso moral de la modernidad, que el contenido de una constitución, para un Estado democrático, necesita ser robusta en cuanto a derechos individuales exigibles, de aplicación directa e inmediata, debiendo garantizar –específicamente-, y para el buen desempeño del sistema de toma de decisiones mayoritarias, los denominados derechos sociales, consagrados en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, que fue suscrito y ratificado por el Estado ecuatoriano.

Resalto que no alcanza su mera consagración formal, esto es, su positivización en el texto constitucional; hace falta algo más, sin dudas. El método de interpretación socio-jurídico lo corrobora. Según mi criterio, la teoría constitucional fundamentalista es la que satisface, con mayor exhaustividad, las condiciones para la implementación de una democracia en su sentido normativo, es decir, la democracia como debe ser. La democracia normativa, como muestra la abrumadora evidencia empírica, difiere muchísimo de todos nuestros sistemas políticos ensayados desde aquella época pretérita, allá por el tercer decenio del siglo XIX.

A continuación, como paso previo y de forma breve, trataré el complejo tema de la naturaleza y validez de la norma constitucional.

Durante el desarrollo de este artículo, iré mencionando ciertos hechos del proceso constituyente desarrollado en el Ecuador, además de las incongruencias e incompatibilidades de algunas decisiones políticas pasadas que vulneraron la normativa constitucional del 98, lo cual me permitirá analizar los principios generales de las teorías constitucionales con el caso concreto, contrastar la idea con el hecho empírico.

Naturaleza de la norma constitucional

La teoría positivista del derecho señala que una constitución es la norma suprema del sistema jurídico. Según sostiene el mayor exponente del positivismo jurídico, Hans Kelsen[1], las normas jurídicas están ordenadas de forma jerárquica, como si el sistema jurídico fuera una pirámide, siendo la constitución la norma jurídica que se encuentra en el vértice, en la cima, y, lo más importante, el resto de normas jurídicas vigentes encuentran su validez en ella. El jurista, o científico del derecho, para acercarse a su objeto de estudio debe utilizar el método de interpretación sistemático. Para constatar la validez de una norma jurídica, de acuerdo con otro de los más grandes filósofos del derecho del siglo XX, Herbert Hart, se utiliza una regla de carácter secundario, la regla de reconocimiento[2]. La Constitución Nacional del Ecuador actualmente vigente, en adelante (CNE), establece en su artículo 424[3] la supremacía señalada.

De acuerdo a esta teoría, corroborada por el actual ordenamiento jurídico ecuatoriano, una norma jurídica es válida y, por lo tanto, su cumplimiento deberá ser exigido mediante acto de coerción estatal, lo que se conoce como regla de adjudicación[4], siempre y cuando haya sido expedida de acuerdo con el procedimiento establecido por la constitución, y si su contenido no se contrapone al de la norma fundamental; de lo contrario, la norma en cuestión, debe ser expulsada del sistema

[1] Kelsen, H. *La teoría pura del derecho,* Editorial Universitaria de Buenos Aires ,1979.

[2] Hart, Herbert, *El Concepto de Derecho,* Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

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

[4] Hart, Herbert, *El Concepto de Derecho,* Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

jurídico, artículo 436[5](CNE). La (CNE) en su artículo 429[6], siguiendo la tradición continental de control concentrado de constitucionalidad, dispone la creación de un organismo de control constitucional con esa función. La Corte Constitucional hará un control abstracto y sus resoluciones tendrán efecto erga omnes.

El caso paradigmático del control de constitucionalidad, la revisión judicial de las leyes, para ser más precisos, fue establecida mediante un fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica: *"Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza. Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación, y, consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría está íntimamente ligada al tipo de Constitución escrita y debe, por ello, ser considerada por esta Corte como uno de los principios básicos de nuestra sociedad. Por ello esta circunstancia no debe perderse de vista en el tratamiento ulterior de la materia."*[7]

Este argumento es conocido como la "lógica de Marchall"[8], En muchísimos casos, dentro un sistema jurídico, podemos encontrar

---

[5] Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: … 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

[6] Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito.
Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte.

[7] Caso Marbury versus Madison, Corte Suprema de Estados Unidos el 24 de febrero de 1803.

[8] Nino, Carlos, *Fundamentos de Derecho Constitucional,* Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.

normas vigentes cuyo contenido es contrario a la constitución o tienen un origen distinto al establecido, y no por ello la norma constitucional pierde eficacia, ni la norma jurídica controvertida deja de ser parte del ordenamiento jurídico. Kelsen trató de explicar este fenómeno sosteniendo que toda norma jurídica tiene implícita una cláusula tácita de convalidación, de manera que mientras no sea declarada inconstitucional, por el órgano competente para el efecto, tendrá validez en el sentido de fuerza normativa.

Volvamos al caso concreto, me remontaré a la época en que rigió en el Ecuador la Constitución del 98, en adelante (C98). Utilizaré el método de interpretación de la Escuela de la Exégesis. Bajo la técnica de la interpretación semántica, todas las leyes del presupuesto general del Ecuador, desde el año 1999 hasta el 2008, violaron el artículo 71 inciso primero[9](C98), ya que el porcentaje establecido en ellas, para la educación, fue inferior al 30%. Así mismo, por medio de un decreto presidencial se dolarizó la economía del país, mientras que el artículo 264[10] (C98) era sumamente claro y categórico. En cuento a las normas jurídicas válidas de acuerdo al procedimiento constitucional, el Tratado Internacional suscrito con Estados Unidos de Norteamérica, por el que el pueblo ecuatoriano cedió una parte de su territorio para la construcción de una base militar, nunca fue debatido por el entonces Congreso Nacional para su aprobación, en evidente violación al art. 161[11] (C98). Los casos de violación al sistema jurídico, mediante la expedición de normas de jerarquía inferior incompatibles, surgen como consecuencia de un deficitario control de constitucionalidad de las leyes.

Validez de la norma constitucional

Ahora bien, sabemos que la validez y vigencia de las normas jurídicas, siguiendo una línea de interpretación sistemática, se debe a la

---

[9] Art. 71.- En el presupuesto general del Estado se asignará no menos del treinta por ciento de los ingresos corrientes totales del gobierno central, para la educación y la erradicación del analfabetismo.

[10] Art. 264.- La emisión de moneda con poder liberatorio ilimitado será atribución exclusiva del Banco Central. La unidad monetaria es el Sucre, cuya relación de cambio con otras monedas será fijada por el Banco Central.

[11] Art. 161.- El Congreso Nacional aprobará o improbará los siguientes tratados y convenios internacionales: 1.-Los que se refieran a materia territorial o de límites.
2.-Los que establezcan alianzas políticas o militares. ...

Constitución; no obstante, si somos analíticos, deberíamos preguntarnos acerca de la validez de la norma constitucional misma: qué hace que determinada constitución, en un lugar específico, tenga validez y vigencia. Entramos en la tan polémica cuestión de la norma fundamental, o básica, kelseniana, ¿cuál es la naturaleza de esta norma?, ¿será extrajurídica, esto es, moral?, ¿o simple y llanamente es una imposición política, reconocida en el derecho internacional público como el principio de efectividad? Algunos iusfilósofos[12] sostienen que la norma básica, no es otra cosa que un presupuesto epistemológico, una hipótesis de trabajo para el científico del derecho, cuyo objeto de estudio es el derecho objetivo desde su aspecto externo, un derecho puro, desideologizado, neutro e impersonal.

Centrémonos en la validez como fuerza normativa. Para responder estas preguntas es necesario remontarnos al pasado, al nacimiento del constitucionalismo moderno y, específicamente, a la independencia norteamericana. Los padres fundadores de Estados Unidos se rebelaron contra la corona británica; entre otros argumentos, alegaron la falta de representación en el parlamento británico. Por consiguiente, decidieron fundar un Estado soberano, no ya monárquico, sino una república democrática. El pueblo estadounidense como único soberano, porque "la voz del pueblo es la voz de dios". Puesto que todas las personas nacen libres e iguales, no debe un solo individuo, allá en la lejanía, gobernar por derecho divino, sino el pueblo por intermedio de sus representantes. Para esto diseñaron una constitución escrita que delimitó el accionar de ese nuevo Estado, como garante exclusivo de los "derechos naturales" a la libertad, propiedad, etc.

Aquí surgen más cuestionamientos, ¿tenían los padres fundadores algún derecho de hacer lo que hicieron? ¿El reino británico reconoció a sus trece colonias un derecho tal de rebelión? No, evidentemente, pero los héroes de la guerra de la independencia buscaron legitimar su accionar, al considerarse como sujetos de derechos naturales. Sin embargo, si los ejércitos del general Washington hubiesen sido derrotados, los padres fundadores no serían otra cosa que traidores. Dejemos de lado la historia contra fáctica, el general Washington venció, la autoridad del rey

[12] Nino, Carlos, *La validez del Derecho,* Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985.

británico fue desterrada por completo de las 13 colonias, la convención constituyente expidió su constitución[13].

Las luchas armadas para derrocar la autoridad del viejo orden, "ancien regime", son propias del nacimiento del constitucionalismo moderno. Hechos, en cierta medida, similares a los señalados en el párrafo anterior, aunque guardando las proporciones del caso[14], sucedieron en gran parte de Europa tras la Revolución Francesa, y, como consecuencia de ésta, en América Latina tras las sucesivas guerras de independencia libradas en contra de la "Madre Patria". El Ecuador o, mejor dicho, la actual zona que corresponde al Estado ecuatoriano, fue independizada por el libertador Simón Bolivar con la finalidad de fundar la Gran Colombia –actualmente Ecuador, Colombia y Venezuela–. Para 1830 la república colombiana, venezolana y ecuatoriana, habían sido fundadas por separado, cada uno con su propia constitución republicana. Estas constituciones, me refiero en general a las de toda la región, adolecieron de muchas violaciones a los derechos constitutivos de una democracia[15]. Algunos Estados-Nación lograron consolidarse del todo con su constitu-

[13] Si continuamos retrocediendo en el tiempo, nos preguntaremos, también, por la legitimidad de la autoridad del rey británico dentro del continente americano, y así estaremos hasta llegar a los orígenes mismos de la historia del hombre.

[14] Vale la aclaración, la Revolución de 1789 no tiene parangón en la historia dada su trascendencia a nivel mundial. 1776 fue algo localizado, una mera independencia de hombres blancos.

[15] Violaciones por excesos.- Cuando no se respeta la autonomía personal: En casos de imposición de una religión.
- Violaciones en la organización de los derechos.- El condicionamiento de los derechos a alguna concepción del bien particular: Cuando se restringía la libertad de prensa para el caso de contribuir con la buena moral.
- Violaciones por defecto.- Sobre la regulación del proceso de toma de decisiones: Solo tenían derecho a voto los que tenían cierto nivel económico y sabían leer y escribir.
- Violaciones en el diseño o instrumentación de los derechos.- Una concepción muy robusta del derecho de propiedad: Se presionó por establecer ciertas restricciones al órgano legislativo, como forma de asegurar el derecho de propiedad.
- Violaciones de derechos autorizadas por el sistema institucional: Cuando se le permite al ejecutivo la violación de derechos fundamentales: Sistemas fuertemente presidencialista le otorgaron al ejecutivo facultades extraordinarias, típicamente la declaratoria del estado de sitio, en la cual se suspendían derechos fundamentales.
- Violaciones al principio mayoritario, a través de los mecanismos destinados a la protección de los derechos: Introducción del control judicial de constitucionalidad, jueces no representativos con facultades de derogar decisiones mayoritarias.
Ver en Gargarella, Roberto, *Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia,* SELA 2001 La Protección de los Derechos Fundamentales y su relación con el Sistema Político, Editores del Puerto.

ción original, mientras que otros, la mayoría, tuvieron que reformar sus constituciones en más de una ocasión.

Con lo señalado anteriormente concluyo que la legitimidad del poder constituyente originario, es decir, el del momento fundacional, no proviene de un derecho natural, puesto que habría que ponerse de acuerdo acerca de qué concepción de éste suscribimos: si es derecho natural católico (medieval), o derecho natural secular racionalista (iluminista), o de algún derecho natural que recoja otros principios morales, que permitan, o autoricen, discriminar en razón de la raza y de género. Esta discrepancia se ve claramente en los distintos ordenamientos jurídicos: los norteamericanos liberales y capitalistas sostenían que existía un derecho natural –individual- a la propiedad y a la libertad, derecho que no le reconocieron a los nativos americanos y que, luego de sangrientas luchas, se los reconocieron a los afro americanos; por otro lado, el actual movimiento internacional de derechos humanos, reconoce la existencia de otra clase de derechos naturales, además de los señalados, como los sociales y colectivos. Nuestros actuales gobernantes revolucionarios, sin haber efectuado una lectura crítica, acogieron la concepción de los derechos de la naturaleza[16]: ¿ahora un árbol es sujeto de derecho?[17]

Sostener que el acto constituyente originario se legitima por sí mismo, una vez que logró imponerse por la fuerza al orden anterior, nos hace caer en la falacia naturalista denunciada por el filósofo David Hume: existe un abismo lógico entre el ser y el deber ser o, en otras palabras, los hechos (victoria en una lucha armada) no justifican acciones

[16] Constitución Nacional vigente (CNE): Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.
La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.
Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

[17] Mediante el método de la interpretación, se pueden llegar a muchas consecuencias normativas, recordemos lo que establece la (CNE) textualmente: Art. 11.- EI ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:
5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.
6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

o decisiones (constituciones escritas). Un derecho que se crea envestido de legitimidad debe fundamentarse en principios extrajurídicos, esto es, principios que estén por fuera del orden legal. Cuando el poder constituyente originario surge como consecuencia de la manifiesta voluntad popular –en sentido material[18]-, para reformar o expedir una nueva constitución, desconociendo los mecanismos previstos por la constitución anterior, o por las sacro santas leyes de nuestros antepasados, notamos una evidente justificación de índole moral: los principios que subyacen a la creación de la voluntad política mayoritaria obtenida por consenso, principios morales generales, universales e imparciales, como la autonomía individual, bastan para legitimar la fuente última de validez dentro de un sistema jurídico.

Para demostrar lo que sostengo me voy a referir -muy brevemente- a lo que sucedió en nuestro país, desde el año 2007. El proceso constituyente "de plenos poderes jurídicos"[19], impulsado por el actual Presidente de la República, Rafael Correa, inició con una consulta popular para instalar la famosa Asamblea Constituyente de Montecristi, con las atribuciones –exclusivas, de acuerdo al Estatuto que la regía[20]- de redactar una nueva constitución y de transformar el marco institucional, para luego someter todas las decisiones del pleno de la Asamblea a la aprobación mayoritaria. El pueblo ecuatoriano del año 2007 se pronunció abrumadoramente en sentido afirmativo, más del 80% del electorado respaldó la propuesta del presidente Correa. Sin embargo, a pesar de los

[18] La voluntad de alguna elite racial o económica no agota la voluntad popular.

[19] Esta expresión desborda los límites externos o contextuales del lenguaje normativo. No es más que un sinsentido o absurdo penosamente repetido masivamente, no solo por la ciudadanía común, sino incluso por muchos juristas. Si existe un poder jurídico es porque una norma superior le transfiere tal competencia, si existen normas que atribuyen competencias, entonces el poder jurídico recibido de aquellas no puede ser pleno, ni absoluto. Ver en Carrió, Genaro, *Sobre los Límites del Lenguaje Normativo,* Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973.

[20] Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente: ARTÍCULO 1.- DE LA NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE.- La Asamblea Constituyente es convocada por el pueblo ecuatoriano y está dotada de plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado, y para elaborar una nueva Constitución. La Asamblea Constituyente respetará, profundizando en su contenido social y progresivo, los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas. El texto de la nueva Constitución será aprobado mediante Referéndum Aprobatorio. La transformación del marco Institucional del Estado y la nueva Constitución, solo entrarán en vigencia con la aprobación en referéndum, de la nueva Constitución.

cuestionamientos y confrontaciones, dada la supuesta ilegalidad del proceso constituyente, de las polémicas resoluciones adoptadas por la Asamblea de Ciudad Alfaro que no fueron puestas a consideración del electorado[21], el pueblo en mayoría, hace poco tiempo, volvió a respaldar la propuesta del ejecutivo.

Las razones normativas por las que sostengo que el proceso constituyente se encontró viciado de ilegalidad son las siguientes: el artículo 280[22] de nuestra anterior Constitución (C98), señalaba que la constitución podía ser reformada por el Congreso Nacional o mediante consulta popular (reglas de cambio), el artículo no mencionaba la posibilidad de reforma por medio de una Asamblea Constituyente, ni ningún otro organismo creado para el efecto. El numeral uno del artículo 104[23] (C98) establecía la facultad del Presidente de convocar a consulta popular para reformar la constitución, pero sólo de acuerdo con el artículo 283[24] (C98); dicho artículo preveía dos distintos supuestos para que proceda la consulta del presidente: el primero era en casos de urgencia que debía ser calificada por el Congreso, y el segundo, solo si el Congreso no hubiera tratado o haya estado tratando la cuestión materia de la reforma. Ahora bien, lo curioso del asunto es que el texto que el ejecutivo envió al órgano legislativo, para que sea calificado de urgente, no era una reforma constitucional específica, sino una pregunta, cuya respuesta afirmativa tenía como consecuencia la creación de un nuevo organismo "supra-constitucional", "extrasistémico".

---

[21] Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria, Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, Amnistías, etc.

[22] Art. 280.- La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso Nacional o mediante consulta popular.

[23] Art. 104.- El Presidente de la República podrá convocar a consulta popular en los siguientes casos:
1 Para reformar la Constitución, según lo previsto en el Art. 283.
2 Cuando, a su juicio, se trate de cuestiones de trascendental importancia para el país, distintas de las previstas en el número anterior.

[24] Art. 283.- El Presidente de la República, en los casos de urgencia, calificados previamente por el Congreso Nacional con el voto de la mayoría de sus integrantes, podrá someter a consulta popular la aprobación de reformas constitucionales. En los demás casos, la consulta procederá cuando el Congreso Nacional no haya conocido, aprobado o negado las reformas en el término de ciento veinte días contados a partir del vencimiento del plazo de un año, referido en el artículo anterior.
En ambos eventos se pondrán en consideración del electorado textos concretos de reforma constitucional que, de ser aprobados, se incorporarán inmediatamente a la Constitución.

No me voy a extender, con esto es suficiente, si seguimos ahondando en el conflictivo y polémico proceso constituyente, encontraremos más y más argumentos que dejan dudas acerca de su validez, en sentido legal. Para qué mencionar que el Tribunal Supremo Electoral destituyó a más de la mitad de los diputados, así como a todos los miembros del Tribunal Constitucional; qué sucedió con la vigencia del artículo 276 inciso sexto[25] (C98). Este es un caso donde se deja el viejo orden por uno nuevo, sin respetar lo dispuesto por la constitución antigua pero sin necesidad de la utilización de la fuerza, de la coacción estatal. El fetichismo legalista fue vencido por la abrumadora voluntad mayoritaria. Es verdad que también cabe realizar una mirada crítica a la conformación de dicha voluntad, se puede sostener que existió falsa conciencia, dada la paupérrima educación del electorado, o algo por el estilo.

Límites al Poder Constituyente

Dejemos de lado el asunto de la legalidad –como legitimidad– del proceso constituyente, debemos ahora comenzar a analizar el límite normativo –el deber ser– del poder constituyente como tal, aun cuando absurdamente se sostenga que éste es de plenos poderes. Hay diversas posiciones acerca del contenido de este límite. Por un lado, se sostiene que las reglas de la toma de decisiones adoptadas en la Asamblea Constituyente, es decir, el mecanismo con el que se obtiene el consenso para la expedición de la constitución, deben ser incluidas dentro de la misma constitución (regla de mayoría); por otro lado, hay quienes sostienen que los constituyentes deben incluir los derechos preexistentes, inalienables, dentro de su contenido. Más adelante profundizaré el tema, pero antes es necesario repasar ciertas ideas acerca del sistema democrático.

El valor intrínseco de la democracia –en su sentido normativo, es la igualdad. Todas las personas tienen derecho a ser tratados con igual consideración y respeto[26]. Nadie debe poseer privilegios, ni preferencias, por razones hereditarias, raciales, de género, religiosas, de estatus social (condición económica), etc. En democracia las decisiones del gobierno se adoptan por la regla de mayoría, la cual va depender de la importancia

[25] Art. 276.- Competerá al Tribunal Constitucional:
6 Dirimir conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución.

[26] Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984.

de la decisión que se adopte -o no-, pudiendo ser mayoría simple, mayoría absoluta, etc. La unanimidad es contraria a la regla de mayoría, ya que otorga el poder a las minorías, solo con la oposición de una persona se mantiene el status quo. En una democracia directa todas las personas participan de las decisiones que potencialmente les afectarán. No obstante, lo que ha predominado en la modernidad, por razones de diversa índole, más que todo económicas, es la democracia representativa. Los representantes, a su vez, también son elegidos por mayoría en elecciones libres, generales y periódicas, donde el voto es secreto. Se respeta siempre el principio de "una persona un voto", puesto que en democracia "cada uno cuenta como uno, nadie más que uno". Existen condiciones razonables para ejercer el derecho al voto y para postularse como candidato a representante, como por ejemplo: en cuanto la edad, nacionalidad, idoneidad, etc.

Teniendo en consideración lo anterior, pareciera como si la idea de constitución es contraria a la idea de democracia, puesto que si democracia es el gobierno de la mayoría del momento -del aquí y el ahora-, de las personas vivas, no de los constituyentes de hace 200 años, toda norma que pretenda limitar este poder será vista como antidemocrática. En este sentido resultaría paradójica la expresión "democracia constitucional". Sin embargo, algunos autores como Hamilton[27], sostuvieron que las decisiones adoptadas en la convención (asamblea) constituyente, hacen a la voluntad popular por excelencia y que cuando la autoridad (juez) decidía que debía prevalecer la norma constitucional por encima de una ley, lo único que hacía era forzar el respeto por la decisión soberana del pueblo.

Según lo señalado en párrafos anteriores, los momentos constitucionales originales o fundacionales fueron lo menos parecido a la democracia normativa descrita. El ser es una cosa, el deber ser es otra. Asumamos que, efectivamente, los constituyentes respetaron y representaron los intereses del pueblo. Ahora, cabe señalar las proposiciones normativas de las distintas teorías constitucionales para definir el límite o, lo que es lo mismo, establecer cuál debería ser el contenido de la constitución escrita.

[27] Hamilton, Alexander, *Federalista 78*

Teoría Monista

La teoría constitucional monista sostenida por John Ely[28], establece que el único límite a las decisiones mayoritarias deben ser las reglas de toma de decisiones del sistema democrático mismo, de manera que las decisiones de las mayorías coyunturales no puedan excluir a las minorías de la participación en el proceso democrático. Esto significa que la constitución debe contener –únicamente– normas de carácter procedimental o formal. Las normas constitucionales no deben contener valores, no deben ser sustantivas. Un ejemplo ilustrativo: un cuerpo humano contiene esqueleto y carne, la constitución debe ser el esqueleto, los valores sustantivos (la carne) deben rellenar este cuerpo, mediante las decisiones democráticas determinadas en el ámbito de la política mayoritaria del momento.

Según el autor, las mayorías tienen la tendencia, por la fuerte creencia de que su ideología es la verdadera y la única correcta, de silenciar a sus opositores; en consecuencia, se deben garantizar los derechos relacionados con la participación democrática de todos los miembros de la comunidad por igual, sin discriminación, que sean necesarios para adoptar decisiones libres y autónomas, siendo estos derechos una barrera infranqueable para las mayorías de turno, como por ejemplo: el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia, a la libertad de expresión, a la libertad de asociación, al libre tránsito, el derecho de voto universal y secreto, y el de participación como candidato a representante, etc.

Ely sostiene que el control judicial de constitucionalidad, o los jueces, tienen un papel muy importante, puesto que deben hacer las veces de árbitros que controlan la regular aplicación de los procedimientos constitucionales. De la misma manera que un árbitro en una competencia deportiva, los jueces no deberían intervenir para decidir que alguno de los equipos, o competidores, debe jugar de tal o cual modo, sino que su intervención debería limitarse a impedir que uno de los equipos adquiera ventajas abusivas. En su célebre nota al pie, el juez Stone estableció lo siguiente *"...los tribunales deben utilizar una investigación más abarcadora, en los casos en que las minorías aisladas toquen a nuestras*

[28] Ely, John Hart, *Democracia y Desconfianza,* Editorial Universidad de los Andes Colombia, 1997.

puertas en auxilio de sus derechos constitucionales. Así pues, este Tribunal tiene, no sólo el poder, sino el deber de proteger a una minoría que sufre de unas desventajas sistemáticas en los procesos democráticos. El Poder Judicial surge como único defensor de los ciudadanos que enfrentan precisamente uno de estos quebrantos del proceso democrático."[29].

El punto débil de esta teoría es que, en muchos Estados, las minorías pertenecen a grupos excluidos a lo largo de la historia, aun desde antes del momento fundacional, en la época colonial. Por lo que con el transcurso de los años o siglos, la desigualdad estructural se ha incrementado tremendamente. Es muy difícil imaginar a uno de estos grupos "acercarse a tocar las puertas de los juzgados en busca de auxilio", porque ni siquiera conocen que tienen derechos para hacerlo, la esfera civil misma atenta contra su cultura y costumbres. Sin perjuicio de que el poder de las mayorías se vea limitado, dada la garantía constitucional al derecho a la igualdad formal en la toma de decisiones, estos grupos excluidos o, como ahora se los denomina, núcleos duros, permanecerán marginados del proceso democrático.

En conclusión, la propuesta de la teoría monista, a pesar del riguroso control judicial de constitucionalidad que propone[30], no alcanza para incluir a todos los miembros de las sociedades de nuestra región –pueblos o nacionalidades indígenas o mestizos con mayor rasgo indígena, negros o mulatos-, está claro que se necesita algo más, es insuficiente el impedimento contra las mayorías de silenciar a los grupos vulnerables. Es necesario integrarlos garantizando los derechos económicos, sociales y culturales, mediante acciones afirmativas. Se requiere un Estado interventor en la economía, para que redistribuya la riqueza y, de ser el caso, corrija ciertas prácticas que perpetúan las desigualdades y la vulnerabilidad de los grupos –justicia correctiva-, ya que muchas de estas prácticas, en su momento, fueron auspiciadas por el aparato represor estatal. Retomaré este punto cuando haga el análisis de la teoría constitucional de derechos fundamentales. Ahora analizaré la teoría constitucional dualista.

---

[29] Caso del año 1935, nota al pie número cuatro United States vr. Carolene Products.

[30] Stephen, Holmes, *El precompromiso y la paradoja de la democracia*, "...Los jueces, en este sentido, podrían ser vistos como los guardianes de aquellas cláusulas orientadas a asegurar las precondiciones de la democracia..."

Teoría Dualista

La teoría dualista propuesta por Bruce Ackerman[31] distingue entre decisiones constitucionales y decisiones de gobierno. A la primera le da mayor rango o jerarquía que a la segunda. Las decisiones de gobierno son aquellas decisiones que se toman en el día a día, los ciudadanos las dejan en manos de sus representantes, porque confían en ellos o porque son decisiones acerca de asuntos cuya importancia no amerita una participación activa de la ciudadanía, que, por otro lado, está más preocupada por sus propios asuntos o negocios. Por el contrario, las decisiones constitucionales se dan en lo que él denomina "momento constitucional". Este momento constitucional no es muy frecuente, es más, se da en rarísimas ocasiones, y se caracteriza por una participación intensa por parte de la ciudadanía en la vida política, dejando de lado, temporalmente, sus asuntos privados, pues se llevan a cabo extensos debates, además de marchas y contramarchas.

Haciendo un estudio de la historia norteamericana, Ackerman llegó a la conclusión de que tales momentos constitucionales se dieron, obviamente, en el momento fundacional, pero además, luego de la guerra de secesión y la lucha por la abolición de la esclavitud; otro momento constitucional se vivió durante la década de 1930 con el presidente Roosevelt y la propuesta del New Deal, que iba en contra de la tradición estadounidense, capitalista por excelencia, ya que estas políticas interferían con el derecho "natural" a la propiedad, y, finalmente, en la década del sesenta con el movimiento afro americano y su lucha desegregacionista, liderado por el célebre Martín Luther King. Vemos que esta teoría tiene un sesgo fuertemente individualista, ya que asume que las personas privilegian sus asuntos particulares frente a los asuntos públicos, y quizás esto no sea tan exacto, sino que los denominados momentos constitucionales son situaciones emergentes que requieren medidas extremas.

Lo interesante de esta teoría es que las decisiones adoptadas en un momento constitucional pasan a formar parte del contenido de la constitución, debido a que el poder constituyente pertenece al pueblo. Aun cuando el texto de la constitución se mantenga inalterado, el

[31] Ackerman, Bruce, *We the people,* Harvard University Press, 1991.

organismo encargado del control constitucional debe hacer respetar estas decisiones frente a lo que Ackerman denomina decisiones de gobierno. Si esto fuera cierto, la Corte Suprema estadounidense debió invalidar las políticas neoliberales del presidente Reagan, dada su evidente contraposición con las políticas keynesianas del Estado de Bienestar de Roosevelt, expedidas en un momento constitucional. El contenido del límite, de acuerdo con esta teoría, no está definido de manera permanente, los derechos quedan sujetos a las futuras decisiones en los -poco frecuentes- momentos constitucionales.

Me parece que Ackerman afirmaría que el proceso constituyente "formal" vivido por el Ecuador puede ser considerado como un momento constitucional, no sólo por haberse efectuado una consulta popular y un referéndum aprobatorio, sino también porque la ciudadanía estuvo siguiendo muy de cerca el proceso de reforma que se efectuó. Como campaña para la aprobación del nuevo texto, hubo convocatorias a masivas marchas y contramarchas. La oposición despertó viejos prejuicios religiosos y de clase, el gobierno dispuso de una inmensa cantidad de recursos para su abrumadora campaña en los medios de comunicación masiva. Los unos afirmaban, los otros desmentían, sin dudas hubo una intensa participación. Movimientos sociales, comunidades étnicas, iglesias, partidos políticos, universitarios, funcionarios públicos, comerciantes, todos tuvieron la oportunidad de manifestarse, de persuadir al electorado. Un sector del país, arrastrados por la figura de su líder local, especie de viejo "caudillo", se polarizó. Lo más interesante del asunto, y lo que debería ser destacado por encima de todo, fue la ausencia de violencia –salvo pequeñísimos hechos aislados– con que se llevó a cabo el proceso de elaboración de la nueva constitución. Hasta los más recalcitrantes opositares al régimen deben reconocer este hecho ineludible.

Teoría Fundamentalista

La teoría fundamentalista sostiene que existen una serie de derechos fundamentales que deben ser incluidos dentro del contenido de la constitución, en otras palabras, que incluso el poder constituyente tiene límites muy claros y precisos, no hay tal cosa como poder constituyente de plenos poderes. Hay derechos que, por su importancia, no pueden ser ignorados por los constituyentes, debiendo éstos ser excluidos del ámbito de la política, donde las voluntades pasajeras e imprevisibles de las

mayorías imperan; recordemos un caso extremo y fatal, la voluntad del pueblo alemán en el año 1933.

Los fundamentalistas defienden una constitución robusta en derechos que puedan ser invocados como ases de triunfo frente a los objetivos colectivos[32]. No importa la utilidad que reporte tal o cual política, ésta no debe vulnerar los derechos individuales. La filosofía liberal se sustenta en tres principios: autonomía individual, inviolabilidad de la persona, dignidad de la persona[33], de los que se deducen una serie de derechos individuales. Como vimos en párrafos anteriores, lo que caracteriza al proceso democrático es su fuerte compromiso con la igualdad, los demócratas genuinamente radicales[34] piensan que cada persona es el mejor juez para decidir lo que más le conviene. El problema es que existen personas o grupos de personas que de hecho, por diversas razones, no tienen oportunidad para decidir aquello que más les conviene y que –finalmente- determinará su destino.

La constitución debe garantizar a todos los habitantes las oportunidades para tomar sus propias decisiones, es decir debe garantizar su libertad y autonomía. Marcelo Alegre[35] sostiene que *"En América Latina en especial, el peso normativo de la regla de mayoría se ve afectado por limitaciones institucionales de diverso orden, tales como la excesiva presión de los grupos de interés económico, la baja calidad de la intermediación política, el casi nulo acceso de los sectores marginalizados a espacios de representación, etc. El cumplimiento de los derechos socioeconómicos a través de la acción judicial tiende a contrarrestar esos males, creando nuevos espacios para hacer oír la voz de los sectores marginados, o creando obstáculos firmes para la aplicación sistemática de políticas regresivas, lo que en definitiva favorece que la regla de mayoría funcione con menos vicios y limitaciones."* De acuerdo con esta idea, la constitución debe incorporar los derechos sociales para mejorar el sistema de toma de decisiones democráticas.

---

[32] Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio,* Editorial Ariel, Barcelona, 1984.

[33] Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos,* Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989.

[34] Gargarella, Roberto, *La Justicia frente al gobierno,* Editorial Ariel, Barcelona, 1996.

[35] Alegre, Marcelo, *Igualitarismo y democracia,* SELA 2001 La Protección de los Derechos Fundamentales y su relación con el Sistema Político, Editores del Puerto.

Exigibilidad de los Derechos Sociales

El siguiente punto a tratar es un tema muy debatido en la actualidad, esto es, la exigibilidad de los derechos sociales. Algunos estudiosos del tema distinguen entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Esta distinción, además de ser conceptual, pasa por razones de carácter ideológico. En la época en que fueron elaborados los pactos internacionales de derechos humanos, el mundo estaba dividido en dos bloques antagónicos claramente definidos, eran los tiempos de la Guerra Fría que ardía en los países periféricos. Ambos imperios tenían una visión distinta del orden mundial que debía regir. La positivización de derechos en el seno de la ONU, anteriormente considerados como derechos naturales, formó parte de uno de los tantos capítulos de la guerra.

Por un lado el occidente liberal, liderado por los Estados Unidos de Norteamérica, impulsó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y, por el otro, el bloque oriental socialista, encabezado por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, promovió el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los primeros concebían un Estado mínimo, con funciones exclusivamente de policía, y los segundos defendían un Estado paternalista, planificador e interventor en la economía. La (C98) recogió esta tendencia y por ello, separó las clases de derechos en distintos capítulos: hubo un capítulo exclusivo para los derechos civiles, otro para los derechos políticos, así como un capítulo destinado para los derechos económicos, sociales y culturales. La nueva Constitución difiere en cuanto al esquema de la anterior, ahora se encuentran bajo la consigna del "buen vivir"[36].

En cuanto a la distinción conceptual, algunos tratadistas señalan que los derechos civiles y políticos únicamente generan obligaciones de abstención o de "no hacer" por parte del Estado, estos derechos protegen al individuo frente al aparato estatal represivo; mientras que los derechos sociales requieren de obligaciones positivas o de "hacer", derechos que garantizan al individuo la satisfacción de necesidades básicas, mediante la redistribución de la riqueza privada. Los derechos civiles y políticos

[36] Ver en (CNE), Título II, capítulo segundo.

son denominados "derechos-autonomía" y los derechos sociales "derechos-prestación".

De acuerdo con algunas teorías[37], se puede concluir que la distinción mencionada carece de fundamento, puesto que ambos tipos de derechos requieren tanto de obligaciones positivas, como de obligaciones negativas por parte del Estado. Por ejemplo, en el caso del derecho civil y político a la integridad física, además de la obligación negativa del Estado de no torturar, se requiere de una obligación positiva: la creación de un programa de capacitación de la fuerza pública para evitar futuras violaciones a este derecho; en el caso de un derecho social, como el derecho a la salud, el Estado no está solamente obligado a prestar un servicio de salud, sino que también está obligado a abstenerse de empeorar la salud de la población, debiendo penalizar ciertas formas de producción que causan daño ambiental.

Otra teoría distingue tres niveles de obligaciones estatales con respecto a ambas categorías de derechos: 1) obligaciones de respeto, que comprende la abstención del Estado de vulnerar un derecho, 2) obligaciones de protección frente a la violación de un derecho por parte de un tercero, que no es el propio Estado, y 3) obligaciones de garantía, que incluye la satisfacción y promoción del derecho. Sin embargo, Lucas Grosman[38] sugiere que existe una discrepancia en cuanto a que los derechos sociales contengan estos tres niveles de obligaciones, puesto que en el caso del derecho social a una vivienda adecuada, las obligaciones no se generan a partir de ese derecho en sí mismo, sino que se encuentran incluidas en el derecho civil y político a la propiedad, es decir que la obligación de respeto se encuentra incluida en la prohibición del Estado de expropiar una vivienda de manera arbitraria, la obligación de protección de la vivienda frente a terceros forma parte de la garantía que se brinda a la propiedad privada, y la obligación de garantizar una vivienda adecuada está sujeta a la existencia de políticas públicas dirigidas a este fin.

---

[37] Abramovich, Víctor y Courtis, Christian., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

[38] Grosman, Lucas, *Titular de la cátedra Derechos y Políticas Sociales*, Maestría en Derecho, Universidad de Palermo, semestre A, año 2006

Con respecto a la exigibilidad de los derechos humanos, muchos gobiernos, en la actualidad, alegan estar comprometidos –únicamente- con el cumplimiento de las obligaciones negativas; en el caso del partido, o movimiento, que actualmente nos gobierna, la satisfacción de estos derechos será "progresiva" en la medida de que el precio del petróleo se mantenga alto. Esto a pesar de la positivización de los derechos económicos, sociales y culturales, mediante la suscripción y ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, y de la norma constitucional vigente que los consagra como derechos exigibles, artículos 417 (CNE)[39]. Quienes están a favor de la postura que niega operatividad a los derechos sociales sostienen que éstos son sólo meras aspiraciones y declaraciones políticas, que su satisfacción está sujeta a la existencia de recursos, principalmente económicos –para los fundamentalistas del mercado la existencia de recursos privados debe quedar excluida del todo-, y a la voluntad política imperante. Además, sostienen que de ninguna manera los derechos sociales pueden llegar a ser exigibles ante la Función Judicial, lo contrario atentaría contra el sistema de división de poderes: es el legislativo y el ejecutivo quienes deben decidir las políticas públicas. Los jueces carecen de legitimidad democrática, ya que no fueron elegidos por el pueblo. Para nuestros actuales mandatarios, no debe ser el caso, según lo establecido por el artículo 86 (CNE)[40].

En cuanto a la escasez de recursos, siguiendo con la idea de Grosman, teóricamente existen tres paradigmas distintos de control judicial: el paradigma del abuso, de la inclusión y distributivo o de escasez. Dentro del paradigma del abuso, el Estado nunca podrá justificar el incumplimiento de sus obligaciones por razones de escasez, ya que el Estado tiene pre-condiciones conceptuales que de ser incumplidas éste dejaría de tener fundamento o razón de ser, en otras palabras, las personas no buscan conformar una sociedad para protegerse del accionar

[39] Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución..

[40] Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: …2. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento:

del Estado mismo, sino para protegerse de terceros que afecten sus derechos individuales. Por ejemplo, no se crea una fuerza pública para protegerse de la policía: cuando esta institución abusa de un ciudadano, el Estado no puede alegar que por falta de recursos no pudo evitarlo, ya que en este caso el problema radica en la existencia de la policía misma.

En el paradigma de la inclusión existe una estructura estatal encargada de proteger cierto tipo de derecho y cuando un titular de ese derecho ha quedado excluido por negligencia o discriminación, el Estado tampoco puede alegar que esa omisión es debida a la escasez de recursos. Por ejemplo en un caso de derecho a la salud, cuando existe una política pública de provisión de medicamentos para determinado tipo de enfermedad y a una persona que padece dicha enfermedad se le niegan los medicamentos, la Función Judicial debe exigirle al gobierno la restitución de ese derecho, por razones de igualdad, del derecho a no ser discriminados. En estos dos paradigmas, los jueces deben exigirle al Estado que detenga la conducta abusiva y que incluya al demandante dentro del programa estatal.

La escasez de recursos puede ser un argumento válido para el Estado, cuando es imposible garantizar un derecho social a toda la población. La Función Judicial, o de ser la instancia, la Corte Constitucional, en esta situación paradigmática, denominada distributiva o de escasez, debe resolver, primero, si el incumplimiento de las obligaciones que conlleva la garantía de un derecho social, atenta contra los derechos a los que yo llamo constitutivos de la democracia, y segundo, si el Estado ha considerado todas las estrategias posibles para la plena satisfacción del derecho social en disputa. Si la Corte encuentra que, efectivamente, el derecho social que no se ha garantizado es necesario para el perfeccionamiento del sistema democrático, y además comprueba que el Estado no ha agotado todas las alternativas de reforma posibles para garantizar dicho derecho, entonces los jueces están obligados, constitucionalmente, a exigirle al Estado las reformas estructurales[41] necesarias, para que sea posible la satisfacción del derecho demandado, y, consecuentemente, el potencial obstáculo para la toma de decisiones libres y autónomas quede removido del todo.

[41] Fiss, Owen, *Grupos y la cláusula de igual protección,* en Gargarella, R. (comp.), Derecho y Grupos Desaventajados, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999.

Conclusión

La propuesta de Ely acerca del rol de la judicatura, esto es, de ser los jueces los llamados a mantener los canales abiertos del proceso democrático, garantizando los derechos civiles y políticos, por lo menos en nuestra región, América Latina, no es suficiente. Para ilustrar el por qué de esta afirmación, vuelvo al ejemplo de la competencia deportiva. Imaginemos un enfrentamiento entres dos equipos, digamos un partido de fútbol, el equipo A y el equipo B, en el cual A dispone de todos los recursos para tener una preparación óptima, es decir, dispone de tiempo y de instalaciones para practicar, como canchas de entrenamiento y un complejo para concentrarse previo a cada partido; también dispone de mucho dinero para premiar a los jugadores, para pagar a los mejores técnicos y preparadores físicos, para alimentar a los jugadores adecuadamente, para comprar balones y adquirir medicamentos para tratar lesiones –y quién garantiza que el dinero no les sirva también para comprar al árbitro[42]-; y, por el otro lado, el equipo B no dispone de esos recursos, es más, lo único que los convierte en un equipo de fútbol son sus 11 integrantes desparramados por el campo de juego, siendo su pasión (afición) tan irresistible por el fútbol, lo que los motivó, sacrificando dinero para sus necesidades vitales, a concurrir a la cancha. Ante esta circunstancia, el resultado más probable, si el arbitraje cumple su función de acuerdo con el reglamento, es la victoria de A[43].

Para el buen funcionamiento del sistema democrático, sugiero un juez (árbitro), o funcionario público responsable, que garantice la igualdad de oportunidades, contenida en el segundo principio de justicia de Rawls[44], y todos los derechos morales que de ella se deducen, como elemento constitutivo de la democracia normativa. Deben incluirse

[42] Este es un problema latente en nuestra región, donde las cortes de justicia se asemejan a las subastas públicas, para obtener una sentencia favorable hay que hacer la mejor oferta económica.

[43] Sabemos que los resultados en el deporte pueden ser sorpresivos, existe mucho margen para la suerte en el resultado. Este ejemplo banal es meramente ilustrativo, valga la aclaración.

[44] Segundo Principio de Justicia: Las desigualdades sociales y económicas deben resolverse de modo tal que: 1. Resulten en el mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad. 2. Los cargos y puestos deben estar abiertos para todos bajo condiciones de igualdad de oportunidades. Ver en Rawls, John, *Teoría de la Justicia,* Fondo de Cultura Económica, México, 1975.

necesariamente los derechos sociales básicos como alimentación, salud, educación, vivienda y trabajo dignos (preparación óptima), de manera que sea únicamente la fuerza de los argumentos y la capacidad de persuasión (el talento adquirido), lo que defina el resultado de la deliberación democrática (la competencia deportiva). Estos derechos que hacen a la igualdad de oportunidades no pueden depender de lo que decidan las mayorías coyunturales, ni a la eventual decisión de aquello que se considera como pueblo en un momento constitucional futuro, estos derechos deben imponerse al proceso e, incluso, al momento o revolución.

Niñez
y Adolescencia

LA REALIDAD INVISIBLE DE UN "NIÑO-ARMA" ¿QUÉ SERÁ CUANDO SEA GRANDE?

Lic. María Celia Lassus[*]

RESUMEN:

El contenido del artículo tiene que ver con la Justicia de Familia y es un caso de SAP (Síndrome de Alienación Parental), analizando paso a paso el **proceso** del niño, con todos sus detalles prácticos debidamente ejemplificados; así como paralelamente se va trazando el **perfil** del progenitor y núcleo alienantes. Proceso y perfiles, que emergen claramente del discurso espontáneo del niño.

PALABRAS CLAVES:

Alienación – intencionalidad – indefensión – inteligencia – daño – riesgo – defensas distorsionadas – rituales adultos.

SUMARIO:

Presentación - Análisis por área del testimonio del niño (conductual, lúdico, plástico, gráfico, hablado, defensivo) – Estrategia de abordaje del testimonio hablado - Credibilidad del testimonio (en términos generales y específicos) - Diagnóstico de la situación - Aproximación al perfil familiar - Bosquejo del perfil del progenitor alienador; su evolución, motivaciones y funcionamiento - Grado de daño percibido; probable proyección futura - Grado de riesgo inmediato y mediato – Pronóstico – Conclusiones – Bibliografía.

[*] Psicóloga Perito. Integrante del Registro Único de Peritos de la Suprema Corte de Justicia. URUGUAY. e-mail: mclassus@montevideo.com.uy

PRESENTACIÓN

Nacho tiene 6 años y va a la escuela.

Las paredes de la institución sustituyen unas horas cada día a las del hogar. En su interior empieza a socializarse, a explorar la dimensión de la cultura, a enterarse de rituales cívicos, a reconocer símbolos, a identificarse con héroes, a ver otros modelos, a enterarse -en vivo y en directo- de qué es el mundo exterior y cómo moverse en él; descubre su propia intencionalidad y ensaya su capacidad de dirigirla hacia los demás; se entera gradualmente de la relación causa-efecto; su pensamiento dejará de ser "mágico" (por el cual cree que la mirada adulta lo traspasa y conoce, en su sentir y pensar) y ahora será concreto; usará su apellido tanto como su nombre; su *yo* será *nosotros*, con el significado de un lugar en el mundo, fuera de la familia.

Como sucede a otros tantos niños, sus padres se han divorciado; así que vive con mamá. No tiene hermanos, pero por suerte tiene abuelos, su tía, su primo…

Vive en las afueras de una ciudad del interior; así que la naturaleza está a su disposición, rodeando su casa algo apartada, impidiendo ese "pared contra pared" de la ciudad, preservando la intimidad familiar.

Podría decirse que su vida es amena; porque también ha ido a algún club de vez en cuando; y hasta a una psicóloga, cuando una maestra se quejó de que es inquieto y que a veces pega…aunque es el centro de la rutina diaria, de la vida familiar; incluso mamá trabaja en casa para estar tranquila de que todo se encamina bien.-Todos lo saben, todos lo ven.

Papá, empero, está preocupado, porque lo ve cada vez menos y lo nota progresivamente angustiado, que se sobresalta con facilidad, (por ejemplo: estando el niño desvestido en el baño, si le habla; se sobresalta y se cubre los genitales); que desde hace tiempo le observa cada tanto *moretones* que considera llamativos –sobre todo en la parte de atrás de las piernas y alguna vez en la cara– y que al preguntarle, se pone muy nervioso y sólo dice **"***me caí***"**,no siendo posible que recuerde donde cayó o qué estaba haciendo. Que desde hace dos años es más frecuente este suceso, así como la progresiva tristeza de su hijo. Que ha intentado por

las vías correctas -(judiciales)- aumentar la frecuencia de contacto con él, llegando incluso a obtener lo solicitado (dos noches a dormir, coincidentes con los días ya fijados); pero un recurso de apelación materno habría primado, evitándolo.

Dice saber que Nacho está en terapia, pero no tener noticia alguna de diagnóstico, ni contacto profesional de ningún tipo, que hiciera posible alguna *orientación* de cómo manejarse con él y sus cambios de ánimo, en forma efectiva.

Informa que viviendo y trabajando él en la capital del país, es que conoce a la madre de su hijo; se casan y van a vivir al interior, próximos a su familia política, porque la señora no deseaba alejarse de su núcleo original.

Según su relato, nacido Nacho, se fueron generando discusiones en la pareja porque la esposa pasaría más tiempo en casa de sus padres que en el domicilio propio; derivando esto en que ella se habría retirado del hogar común con el niño (de11 meses), *dejándole una nota,* e instalándose en el hogar paterno, donde aún viven los dos (madre-niño).

A partir de entonces la señora –siempre según su aporte– dificultaría que se trataran padre e hijo, llegando incluso en alguna oportunidad, a impedir el encuentro por varios meses.

Mamá no dirá nada, ya que no acepta concurrir, aclarando que "*no es porque haya algo que ocultar*". Esta elección es su *derecho*; pero también es su *obligación* saber a dónde, con quién, para qué, es llevado su hijo; sobre todo considerando que Nacho no puede elegir; debe ir adonde se decida, quiera o no.

Lo que sí quiere este niño –durante su evaluación– es "*que papá se quede*"; lo que facilita elaborar la *estrategia de abordaje* para esta situación en particular. Es bueno que papá esté porque**:**

1. su presencia durante las entrevistas permite que haya un adulto referente aceptado por el niño (tan pequeño); es decir, que no le inspire temor, sino confianza y seguridad –No lo habilita para estar presente, ser el progenitor consultante; sino la evaluación técnica

realizada en *su* entrevista personal previa, que no arroja indicadores violentos; así como el pedido expreso de Nacho.

2. la influencia de una presencia vivida como protectora, hace que el niño se sienta más tranquilo frente al adulto extraño, con mejor rendimiento en menos tiempo, lo que le supone menos sufrimiento.
3. la importancia de que el adulto escuche directamente *de su hijo*, lo que dice, cómo lo dice, qué palabras emplea, qué emociones exterioriza- (y no que un adulto extraño le diga en la puerta**:** "el nene dijo que...").

Estar presente le permite entonces a ese adulto/a**:** ubicarse en la realidad del hijo y en la visión que éste tiene de la misma; entender lo que le pasa; *creerle*; procesar gradualmente el impacto que pueda causarle la información; tener cada vez más claro, qué debe hacerse, qué está dispuesto a hacer, qué asesoramiento va a necesitar; qué dudas y preguntas-fuera de la entrevista-hacer al técnico; cómo manejar *su* relación con su hijo de ahora en más.

Este abordaje permite al técnico *recibir la información absolutamente desde el niño.* -condición sine qua nom para estar presente: el adulto ubicado a prudente distancia, no intervendrá ni siquiera gestualmente, oiga lo que oiga-sólo si se le pregunta en forma directa y no tendrá el niño contacto visual con la persona. -no interrogará después sobre lo trabajado, ni sugerirá información; sólo escucharlo, para no interferir en el curso natural del trabajo.

El proceso que vimos hace el adulto durante estas entrevistas, lo hace el niño también**:** se siente escuchado, creído, entendido, encuentra las palabras para "explicarle" aunque esté hablando al técnico...con todo el beneficio que esto tiene.

Nacho: es un niño lúcido, de aspecto saludable, con desarrollo físico y del lenguaje acordes a su edad; con buen nivel intelectual -incluso superior al esperado; sin trastornos del pensamiento o la conciencia; que logra establecer buena relación con el adulto; pero que manifiesta estar asustado porque "*mamá puede saber que estoy aquí, sin el permiso de ella."*

La *estrategia de abordaje* ha sido explicada y fundamentada; las *técnicas empleadas***:** entrevistas (fueron 6 en total); abiertas-semiabiertas y

dirigidas, según su dificultad para expresarse o su necesidad explicitada**:**"*pregúntame*"..."*ayúdame*"; juego; dibujo libre y solicitado (con consignas); modelado; muñecos; diálogo.

ANÁLISIS DEL TESTIMONIO:

Expondremos en forma breve y esquemática, aquellos aspectos que ya *muestran –antes de que el niño hable–* si algo no está bien y en qué área. Los más llamativos que se apreciaron en cada forma de expresión, para luego ver si el testimonio hablado dio una explicación coherente a lo observado.

TESTIMONIO CONDUCTUAL:

En contraste con el desarrollo intelectual que se manifiesta claramente, la quietud de su cuerpo, lo mínimo de su gestualidad, lo reducido del espacio físico que emplea- (disponiendo del necesario y más aún, en la superficie de la mesa), en un niño que no está enfermo ni tiene limitaciones motrices**,** el **cuerpo** se presenta como **área de conflicto.**

- Ante una consigna debe cambiar de lugar: pide permiso para levantarse de la silla.

- Se interesa por objetos en un estante de la biblioteca -invitado a jugar con ellos, de pie frente al estante, los moviliza estrictamente en la franja (entre libros y borde) que originalmente ocupan. Invitado a retirarlos del estante dice "*hay espacio aquí*".

TESTIMONIO LÚDICO: (juego)

De todo lo que contiene el canasto -que no vuelca como se le ofrece, sino que va mirando sin tocar, de a un juguete- y sacando sólo los muñecos masculinos; a los que en secuencia repetitiva, desviste y vuelve a vestir, por muy breve lapso.

No es posible determinar las características de su juego, simplemente porque NO JUEGA en las entrevistas. La ausencia de juego es un síntoma alarmante que presagia conflictos emocionales severos y/o la prohibición de hablar; es por lo tanto un indicador de sufrimiento que también se contrapone a su inteligencia, limitando su creatividad para

jugar y comunicarse. Que la única actividad en esa área fuese vestir y desvestir, pone al cuerpo otra vez en primer plano.

En una entrevista toma una cuna, una cama y un bebe articulado-(también en forma reiterada y cíclica) -lo pone en la cuna, lo saca y lo traslada cada vez con más "violencia" a la cama- (lo "incrusta" más bien). A un bebe lo maneja un adulto siempre**:** así que **cuerpo** y **vínculos** es lo que se destaca aquí y con matices de **violencia**.

TESTIMONIO PLÁSTICO:

Su "tarjeta de presentación", lo primero que dijo, es *"yo lo único que sé hacer es recortar y pegar, ¿cascola tenés?"* (Es lo que dirá hace a diario en su casa).

a)- manualidades

1- recorta y pega con movimientos mínimos pero muy precisos.
2- saca punta a los crayones hasta desaparecerlos, unta con abundante cascola (pegamento) la hoja y deja caer las virutas (que con los dedos fragmentó más) como lluvia desde lo alto ayudándose con otra hoja.

Tanto en 1 como en 2, el resultado es un ejercicio sólo de *fragmentación*: mecanismo defensivo empleado en todas las edades-aún en la adultez-cuando el cuerpo y la psiquis sufren agresiones que trascienden la posibilidad de defensa de la persona.

En un niño, "fragmentar" es también una forma de quitar peligrosidad a una situación afligente y/o a la persona adulta que le aflige; y dependiendo del contexto vincular y emocional, puede estar mostrando defensas disociativas que no reeducadas a tiempo pueden dañar el proceso de su IDENTIDAD e incidir negativamente en la estructuración de su PERSONALIDAD**.**

Durante esa actividad, rellena los orificios del cuaderno en que trabaja, con cascola; lo que hará que a su regreso a la consulta, el "cuerpo" del cuaderno esté rígido, inmóvil y haya que romperlo, desgarrarlo, arrancarlo, para poder hacer algo con él; (todo lo que él hizo al regresar).

b)- modelado

Usa una bola grande de plasticina de la que comenta "*tiene todos los colores*", la modela con fuerza, la retuerce, troza, reúne; todo reiteradamente siempre con el *mínimo movimiento corporal* y manteniéndose *en el mismo sitio.*, pero en definitiva mostrando una *masificación* de la que no puede salir, ya que no pudo crear ninguna forma con la plasticina.

TESTIMONIO GRÁFICO: (dibujo)

A los 6 años un niño realiza la figura humana completa, con prendas y accesorios y colocados en un ambiente con características determinadas.

1- dibujo libre solicitado

Se dibuja a sí mismo acompañado de su padre; este dibujo tiene color; no hay omisiones ni destaques en su cuerpo; hay una casa coloreada..."*quiero que mi papá tenga esa casa...porque vive en un departamento...éste"*.; lo hace a la vuelta de la hoja con garage y el auto (2-dibujo libre espontáneo).

3- dibujo con consigna: ¿quiénes viven en casa? "*mamá-abuela-abuelo-tía-primo"*-va diciendo mientras dibuja; él se agrega al lado de la madre al finalizar. En este dibujo se observa en todas las figuras**:**

a- **ausencia total de cuerpos**: se reducen a línea central con 4 líneas o extremidades y cabeza (defensa? no mostrar su cuerpo para no ser atacado? -no mostrar los cuerpos adultos para que no tenga nadie con qué atacarlo?).

b- **ausencia de manos y pies:** propio de los dibujos de niños golpeados

c- destaque de las **bocas y orejas:** lo que se dice -lo que se oye– oír permite controlar: él a sus mayores y a la inversa.

d- **cuello:** (la parte de la línea central que lo representa) demasiado largo: alude a la necesidad de separar los pensamientos preocupantes (cabeza) referidos a lo que pasa en su **cuerpo.**

e- **ojos** como puntos: que no lo vean; también indicador depresivo (no ve salida) y de conflicto emocional.

f- **ausencia de color:** ausencia de vida, de expectativa (indicador depresivo)

g- ausencia de **otros objetos:** los adultos representados son su centro de atención absoluto.

4- dibujo libre espontáneo: el papá con el perrito de ambos y el auto; cuando dibuja a su padre puede poner otras cosas, si bien conserva las características gráficas deterioradas; (terminado el dibujo, me lo muestra; agrega nubes a raíz de preguntas que le estoy haciendo; dichas nubes (depresivas) muy bajas, cerca de la gente, de bordes ondulados, pintadas en oscuro- (dijo que eran oscuras pero que no había el tono azul que quería).

5- dibujo con consigna**:** una figura humana y la del sexo opuesto.

Empieza por la figura masculina y dice que es *su abuelo***.**

Luego hace la femenina y dice que es *su mamá***.**

En este dibujo hecho en la última entrevista da forma a los cuerpos; lo que lamentablemente no se debe a una mejoría gráfica, sino a lo que hablaba en función del dibujo.

-La distribución de las partes del cuerpo masculino parece un puzzle de piezas desconectadas, en el que el cuerpo es mínimo; brazo y pierna derechos se destacan en tamaño (¿quién le aflige es diestro/a?)

-En tanto en la figura femenina -las piernas- están unidas al máximo-como dentro de un tubo; aparentemente sin brazos, sólo manos pegadas al tronco.

Destaques y omisiones que dibujan los niños castigados físicamente.

-No puede soslayarse que en este dibujo la figura masculina es también como él se ve a sí mismo; y por añadidura está desnudo (¿expuesto?) y los genitales (porque los dibuja), son desproporcionadamente pequeños (¿miedo a agresiones? ¿de qué tipo?).

6- dibujo libre espontáneo. (Hecho al terminar la última entrevista).

Toma un pedazo de hoja diferente a las que se le han proporcionado y dibuja. **"***son los países del mundo y por fin se ve el Uruguay..."*

- Hay muchísimo para decir de estos dibujos que quien está leyendo no ve, pero, en resumen entonces, este registro nos muestra en una primera instancia**:**

a- un llamativo *deterioro gráfico* que no condice con su evolución intelectual, siendo un niño sano sin problemas neurológicos, motrices, ni visuales. Aún cuando logra dar forma a los cuerpos (en 5) -el deterioro se mantiene con características no sólo llamativas sino explicativas de *conflictos a nivel del cuerpo.*

b- la presencia de diferentes indicadores emocionales de corte *depresivo***,** relacionados sin excepción-con *el cuerpo y los adultos del entorno.*

c-todos ellos indicadores también de un *sufrimiento emocional importante***.**

TESTIMONIO HABLADO:

Para facilitar la comprensión y abreviar, agruparemos por áreas-(cómo fue explorado además)- todo lo dicho por Nacho. Tales áreas son hábitos, vínculos, afectos y comunicación.

HÁBITOS:

(Este ítem primero porque el **cuerpo** de un niño, es el eje de su auto-conocimiento, de su percepción y aprendizaje del mundo circundante, de la integración de valores y de nociones como poder y derechos; a la vez que permite ver el manejo y la consideración adulta del cuerpo, espacio y derechos de ese niño).

1- alimentación: recuerda haber usado chupete hasta los 2 años y mamadera hasta los 4; dice no comer solo porque desde siempre su madre le corta la comida y se la da en la boca; que aunque pida para comer solo, no se le permite.

2- higiene: del mismo modo lo baña y lo seca cada vez, incluso en sus partes íntimas; también cuando usa el w.c. es higienizado por su mamá, a quien debe avisar antes de ir al baño y al terminar; explica como últimamente a veces se ingenia para poder limpiarse él mismo**.."***para saber cómo es limpiarme yo la cola***":** la estrategia consiste en decirle a la mamá que pregunta si ya está, que aún no terminó y mientras tanto se limpia; lo que le gana que su mamá se molesta al verlo salir del baño ya vestido....si no entra al baño antes.

3- sueño: dice tener su cuarto y su cama -pero no usarlos, porque duerme con su madre desde pequeño; debe acostarse a la misma hora que su madre se acuesta a mirar la tele (alrededor de las 19.30)-aunque no tenga ganas –y quedarse acostado y quieto– (es observado si se mueve) -hasta el otro día; refiere que "*eso me aburre muchísimo, porque no tengo sueño y no puedo hacer absolutamente nada*".

4-ocio:

-por un lado está el ocio compartido con su mamá en que debe mirar, no lo que le gusta, sino lo que ella mire: novelas, películas....

-por otro lado está el ocio sólo de él digamos, en el que:

1- puede mirar dibujitos en la tele, aunque no siempre

2- debe jugar sentado en una silla, apoyado sobre la mesa del comedor, en la que sólo puede recortar y pegar con pegamento y a veces jugar con algún autito, sin hacer ruido y sin bajarse de la silla; dice que *esto* ha sido siempre así.

3- a veces se le permite salir de la casa-(vive en una chacra, sin vecinos próximos) –si quiere jugar a algo que implique *caminar*; dentro de la casa no puede hacer movimientos.

5- vestirse: es vestido y desvestido, así como calzado y descalzado, por su madre cada día; quien también elige qué ropa.

6- tarea escolar: los deberes los hace con su mamá, que le va diciendo qué y cómo hacer y le lleva la mano si a ella le parece difícil, aunque le diga que lo sabe hacer.

7- sociales (otros niños y niñas en lo doméstico)**:** no recibe ni hace visitas -pero hay dos niños (varón 11, niña 9), que vienen a la casa cada tanto con sus mayores; juegan a correr y a atraparse- dice que son bruscos y que no se divierte porque nunca puede agarrarlos y porque terminan jugando entre ellos sin prestarle atención.

8- control de esfínteres: refiere haberse orinado casi todas las noches hasta los 5 años; desde enero que cumplió los 6 ya no más; pero se orina en la ropa a veces de día, incluso en la escuela, sin darse cuenta.. Preguntado si se orina porque no puede levantarse de la silla en la que juega, para ir al baño: "*no, **me orino de miedo** igual que cuando me orinaba de noche...yo soñaba que estaba en la escuela y que me hacía de miedo y cuando me despertaba estaba mojado...*"

-En cada área manifiesta cómo quisiera hacerlo él (bañarse, vestirse, comer....) y cómo no le está permitido.

VÍNCULOS:

1- vínculos intrafamiliares:

a- con su primo de 20 años

"A veces me habla...me saluda..."

"A veces juega un rato conmigo a la pelota"

"Él nunca me pega"

"...pero ellos a él también le pegan"

b-con sus dos abuelos

1-*"...a mi abuelo le dicen (*apodo*) pero se llama (*nombre*)....toma vino rojo...primero se pone feliz...cuando ya se emborracha, grita: "esta casa es mía, no es de nadie"...entonces se enoja y pega....con la mano abierta...con el pie da patadas fuertes...con los zapatos puestos...a veces no los tiene y patea igual...lo mismo duele...también me pega con cosas....cosas que agarra… varas o cosas de la mesa....los golpes me caen donde me los dé..."*

2-*"...mi abuela se llama… pero le dicen … ...con mi abuela todo mal...no le gustan los niños...los odia...me pega…me pega mucho…me grita...me pega con todo ella también...duele mucho cuando pega porque pega con muchas ganas....me pega en la cola, en las piernas, en la espalda...yo me quedo quieto…para que pare porque donde me mueva me pega más y más fuerte...ella* ***me patea el pito...****es lo que más sabe hacer...se pone contenta cuando lo hace....a veces mi madre le dice que no puede hacerme eso porque no soy el hijo de ella...mi abuela me pega más y mi mamá no hace nada...sólo mira..."*

3-*"cuando mi mamá no está en la casa, entonces me pegan los dos...y se ríen mientras lo hacen y cada vez pegan más.....mientras me pegan dicen que soy como mi padre, que no tengo sangre, que sólo molesto, que no debo decir malas palabras...a veces no me dicen por qué me pegan...a veces es porque sí..."*

c- con abuelos, tía y madre

*"todos pegan...mi tía (*nombre*) también...a veces empieza uno y terminan pegándome los cuatro...mi mamá también....entonces sí que me cae un golpe por todos lados, en el pecho, en la espalda, en la cabeza, en el estómago, en todo....siento miedo..."*

"algunas veces mi tía dice que no me peguen tanto....o mi madre le dice a mi abuela que no me patee que no soy el hijo yo y empiezan a pelearse.....no, no me defiende...si se para es para acercarse y pegarle a otro y entonces ya se pegan y se pelean..."

d- con su madre

1-"me apura para vestirme-que me mueva rápido-se va enojando-habla y habla"

2-"me atora para comer-que me apure, que trague rápido...no siento el gusto...a veces tengo náuseas y otras veces me siento mal en el ómnibus...cuando me pega porque demoro en tragar...en la cola, porque como parado…siempre como parado para ir más rápido…ella está sentada porque se cansa si no... lo

único que mientras como muchas veces puedo mover los brazos...si tengo un autito en la mano y hago que va por el aire... o algún juguete que agarro de por ahí..."

3-"si están haciendo "cosas de grandes" y me dicen que me vaya para afuera de la casa y yo no quiero ir porque hace mucho frío o está lloviendo, entonces a veces me obligan a ir para afuera igual. ...afuera hay un tejido de alambre y un espacio chico y tengo que pararme ahí.....y demoran...y a veces es de noche...y cuando llueve me mojo y me da frío...si está muy oscuro me da miedo..."

4-"...otras veces si no quiero salir entonces mi mamá me lleva al baño...a veces mi tía también, van las dos...a veces mi tía nomás...pero casi siempre mi mamá sola y entonces me grita y me saca la ropa con ganas y me mete en el agua fría...la ropa me la saca para que no se moje...yo tengo un reloj pulsera que se ve en la oscuridad y miro pasar el tiempo hasta que me quedo dormido....no, no puedo prender la luz porque está en el techo lo de prender.....no, salir del baño no, porque cierra con llave...en el piso me duermo...de baldosa…sí siento frío...no, la ropa se la lleva...a veces sí...me pasó, sí, que me duerma toda la noche en el piso del baño... y de día es lo mismo porque no es con luz el baño, es oscuro siempre... ¿comer? no!! .en el baño estoy preso y es igual que los presos..."

5-"…mi mamá también me pega, sí...con las manos y con cosas...como vara de mimbre...eso duele y deja moretones…en esto de las piernas ¿ves? Acá atrás..."

f- los vínculos entre los adultos del núcleo:

f- 1 - violentos-

(Su grado de participación, de momento, es visual y auditivo).

- *"mi abuelo cuando pega le pega a veces a todos...a mi abuela...a mi mamá a veces también y a mi tía...porque le pega a la abuela es que tiene que dormir en un galpón...."*
- *"todos se pegan...ellas también... pegan y se gritan..."*
- *"agarran los sifones del agua y se dan por la espalda casi siempre....muy fuerte que les duele...y se dan y se dan...a veces con otra botella..."*
- *"él les pega a ellas y ellas a él..."*
- *"entre ellas se gritan y también se insultan -porque todos se insultan- pero entre ellas no se pegan siempre...o a veces…"*(dice algunos de los gruesos insultos hasta con la entonación que oye de sus mayores)
- *"todos le pegan los cuatro a mi primo que tiene 20...el que más le pega es mi abuelo."*
- *"...y son éstas que te conté las cosas de mayores que hacen...."*

f- 2- violentos y ¿sexualizados?

-Es lo que más le costó decir...además de lo difícil que puede ser describir algo así-que ni siquiera entiende-con 6 años...que no tiene el léxico para decirlo, es aquello por lo que, si lo decía, la amenaza materna **es *no ver nunca más al padre***.

- *"no es como cuando se pegan pero tampoco es un juego"*
- *"es algo que duele"...*
- *"sé que duele porque se quejan"...*
- *"duele en el pito y en la vagina"...*(dice vajilla)
- *"empieza mi abuelo siempre....sigue mi abuela...después mi madre y por último mi tía"..."sí, siempre es en ese orden"*
- *"en la mesa de la cocina....en otro lado no...siempre ahí...después de comer... y de noche..."*
- *"ellas se sacan el pantalón y la bombacha.....mi abuela le pone la bombacha a mi abuelo en la cabeza...hasta que él se enoja..."*
- *"empiezan riéndose de lo que él dice y terminan a las patadas" ...*
- *"ellas se suben a la mesa de la cocina y hacen así..." (*muestra con muñecos golpes de karate y lo que parece una lucha cuerpo a cuerpo y relata como alguna vez ha caído alguna al piso, desde la mesa, golpeándose; como "*ellas le patean el pito al abuelo que llora y se queja y también se enoja y como entonces agarra hasta los lápices de los deberes y trata de clavárselos en la vagina a ellas, que corren y saltan...a veces les clava en las piernas").*
- *"a veces lloré de miedo"...." a veces me asusto...pero no lloro..."*
- *"y yo pienso: ¿por qué tengo que mirar a estas desvergonzadas?"*

Dice como en ocasiones puede irse si quiere, si pasa desapercibido; pero en otras, debe quedarse porque su madre se lo exige:**"** *Quedáte Nacho***!!** *Mirá Nacho***!!** *Mirá***!!";** (la imita);

(quedarse implica mirar y escuchar-si se va**:** al baño con él**!!**)

2- vínculos extra familiares:

Los espacios extra-hogar que de algún modo ha tenido Nacho le han sido quitados sin otra explicación que un *"no me gusta así que no vas más".*

- Por dos veces fue sacado en poco tiempo de diferentes jardines a los que concurrió, que dice le gustaba ir, jugar, los niños, el lugar, la maestra....se sentía triste de no ir más.
- Tuvo dos o tres veces espacios terapéuticos de los que también fue sacado, pero no sabe por qué, sólo que "*a mamá no le gustaron*"..."*ésta*

de ahora se llama…ésta le gusta...es la anti-psicóloga...si, porque le cuenta todo lo que digo a mi mamá...así que yo no le digo nada"

- Otros espacios no se han generado porque no salen a pasear; el núcleo funciona dentro de la casa. Recuerda haber ido en dos oportunidades a la playa con su mamá "*y eso porque vino una prima de ella y había que llevarla, si no..."*

AFECTOS:

En este rubro veremos los sentimientos que describe y dice sentir por cada uno/a, en el orden en que van apareciendo en su decir.

-**mi abuela**-"*antes le tenía mucho más miedo, ahora le tengo más...más rabia... es que me pega porque sí...sólo por levantarme así y moverme en el lugar (*lo hace*)....cuando me patea el pito pienso cosas malas....**en como matarla no**....lo que pienso es en si fuera grande para defenderme...quiero ser grande cuando me pasa eso....ella es la que más me pega, siempre, siempre..."*

-**mi abuelo-** "*a él le dicen (*apodo*) y a mí me dicen (*el diminutivo*) y eso me gusta...."....yo le tengo miedo porque siempre pega.....y grita y me insulta y me dice que no es mi casa...es que es un borracho...pero un borracho, borracho eh?!..."*

-mi tía- *"es mala...le pega al hijo y a mí también..."*

-**mi madre**- *"yo le tengo miedo...a veces "maso"* (por más o menos) *y a veces mucho.....también la quiero...a veces me dice que me quiere...muchas veces no porque ella me habla casi nada.....yo me acuerdo que cuando era chiquito me cantaba...en la falda no, pero me cantaba y a mí me gustaba que me cantara...no, cuentos no…eso no...no me gusta que no me deje hacer nada... ¡¡¡menos mal que me deja caminar!!!... Pero mirá que no en todo es tan así...a veces me deja jugar descalzo...pero afuera, adentro no….yo la quiero pero si estoy en la casa de mi papá no la extraño..."*

-mi primo- *"todos le pegan...pobre!!"* (Va contestando que no trabaja, no estudia, no tiene amigos, ni novia, no recibe visitas, está siempre ahí; **no** participa de los rituales adultos.) *"...A veces ahora sale de noche y ellos aprovechan...pero a veces está"; "él llora cuando le pegan mucho..." "mi tía lo bañaba...cuando ya estaba muy grande se tenía que dejar el calzoncillo puesto…"* **(**Nacho recién tiene 6 años ¿pensará que hasta los 20 su vida será esa?**).**

COMUNICACIÓN:

a)- "*Cuando están **todos juntos** me dicen cosas feas....de mí que no soy nadie, que no tengo sangre, que soy como mi padre...que molesto…que me*

vaya…si me quedo me pegan...si me voy me pegan...y me dicen de mi padre que siempre molestó...que no sirve para nada, que es un inútil...esas me las dice mi abuela más veces...pero ellos también....y que si tiene tres ojos y no ve nada con ninguno…que es un monstruo...tonto...idiota ...estúpido... ...antes yo les contaba adonde me llevaba...pero me dicen ¿ahí te llevó? qué aburrido!...qué horrible!...eso no es divertido!! Mirá adonde te lleva!!...dicen insultos siempre...por todo…pero si yo los digo me pegan..."

b)- La intimidad con su madre-

- *"Mi madre a mí no me habla casi nunca, pero de mi papá sí...."*
- *"sí, me pregunta de la escuela, todos los días me pregunta qué le dije a la maestra... con quién juego y qué le digo..."*
- *"..de mi padre siempre me habla mal....por ejemplo a ver… que fue él que se divorció y que los molestaba y no los dejaba tranquilos…"*
- *".todas las cosas que no son las que dicen todos, me las dice mientras me viste para ir a la escuela los días que me voy con mi padre...porque él me va a buscar."*
- *"..y me dice y me dice que hace todo mal.....que no sabe nada...y eso…"*
- *"..me dice que es muy malo, que siempre lo fue...que no le haga caso a nada que me diga él...cuando empieza a vestirme y a hablarme, entonces yo no escucho...pienso en otra cosa..."*
- *" y eso de los lados donde él me lleva a pasear, nunca le gustan a ella, siempre dice que no es bueno…a donde sea...no le digo nada para que no me pueda decir cosas de mi padre*
- *"en la casa de mi papá puedo invitar a otros niños…ella quiere saber quiénes son, qué hablamos, qué les cuento, a qué jugamos, todo, todo..."*
- *" cada vez al volver de ver a mi papá, me pregunta todo, de qué hablamos, qué me preguntó, qué contesté, qué hicimos, dónde, con quién..qué dije"*
- *".sí, me amenaza…y también cuando estamos solos y nadie la oye es que me dice: no le cuentes esto a tu padre o te pego...donde le digas esto no lo ves nunca más y ella siempre hace lo que dice...."*
- *"Esto de que no lo voy a ver más me lo dice casi todos los días ahora que sabe que vengo acá...no le gusta que venga...y me pregunta todo, todo...yo no le digo nada…le digo que vos no sabés..."*

TESTIMONIO EMOCIONAL:

El discurso emocional de Nacho oscila constantemente en las entrevistas.

-Predomina el *tono depresivo*, el estado expectante y alerta ante una adulta extraña, el nerviosismo constante y notorio, la tensión ante las preguntas, la confusión por temor al tener que dar respuestas, la tristeza en la mirada, por momentos una actitud ausente (defensiva), la gestualidad mínima y depresiva, como sin fuerzas.

-A medida que va confiando y pudiendo hablar se alterna este correlato emocional con picos de ansiedad, euforia e hiperactividad, en los que corre (previo pedir permiso), por mi casa tomándose el tiempo con un reloj de arena; en los que pide para ir al baño solo; en los que "se da el lujo" de desobedecer al decirle yo que no abriera determinado mueble; o pide para conocer cada lugar del apartamento.(esto le da la "tranquilidad" de que nadie está escuchando; es una conducta muy común en los niños maltratados a los que se exige secreto; temen estar siendo vigilados).

-En el transcurso de su desempeño en cada área explorada, surgen con carácter testimonial, palabras como *tristeza-miedo-asustado-rabia-pesadillas* (de contenido terrorífico, que después olvida) y expresiones como *llorar de miedo-orinarse de miedo-despertarse con miedo- no poder dormir por miedo o nervios*-también insultos con la entonación de la voz requerida para proferirlos.

-El correlato emocional muestra también la *somatización***:** se rasca y dice *"es alergia...por que estoy nervioso"*- relataba el padecimiento de enuresis (orinarse)

-Pasa de ser muy expresivo (para preguntar, para interesarse, en-por ej-si tengo hijos...), a relatar sus experiencias penosas aparentemente sin emoción alguna-como robotizadoa pesar del contenido de lo que expone (es defensivo); de ahí al pedido de ayuda: *"preguntáme de eso que no lo sé decir"*; a veces al pedido directo: "ayudáme"..."preguntáme"; al enojo e indignación al evocar algunos hechos (*"ellos dicen que no tengo sangre... quiero que sepan que tengo sangre, sí"*): aparecen relatos de hetero-agresión, cómo en la escuela él pega y empuja a otros niños.

Todo lo observado en el área emocional, por separado y en conjunto, constituyen *indicadores de sufrimiento.*

TESTIMONIO DEFENSIVO:

La batería defensiva desarrollada por Nacho, causa alarma por el sesgo patológico que trasunta su estructura y combinación; que denuncia además lo prolongado en el tiempo de las situaciones que lo llevaron a aprender a defenderse de estas maneras.

Lo que preocupa es que estas formas de defenderse se mantengan y se integren a su personalidad en forma definitiva.; así como que impiden la forma natural y espontánea de vincularse un niño de tan corta edad con los actores de cada área de su entorno vital.

1- Indefensión aprendida:

-Experimentos científicos realizados con perros enjaulados individualmente, a los que se administraba choques eléctricos con frecuencia regular, mostraron como fueron pasando de la desesperación y lucha por salir de la jaula hasta lastimarse en el intento, a una inmovilidad total, previa al choque eléctrico, por haber aprendido que no tenían salida; y cómo con posterioridad-al quitárseles la jaula *antes* de recibir la corriente-*no* se movían ni hacían por huir; *ni durante la descarga.*

-La indefensión aprendida es dable observarla en muchas mujeres de todo el planeta que llevan años siendo golpeadas en lo doméstico.

-Del mismo modo, Nacho aprendió de su imposibilidad de defenderse; debiendo someterse a tolerar el castigo, el dolor físico, la humillación, como una forma de sobrevivir; justo en el ámbito que debería ser matriz formativa de sus valores, afectos y capacidades.

-*"no, no me agarra con la otra mano...porque yo no me muevo"*

-*" cuando me pega yo me quedo quieto…para que pare, porque donde me mueva me*

pega más y más fuerte..."

- *" yo cuento los golpes...menos de tres no, nunca…si me quedo quieto..."*

-*"… mi mamá no hace nada...sólo mira..."*

2- Acomodación:

Es un mecanismo *patológico* propio de la reacción de un niño a la agresión más violenta como último recurso -para sobrevivir y mantener un equilibrio. Se exterioriza en la aparente insensibilidad pasmosa del niño frente a la situación; actúa como *robotizado*, como si todo estuviera bien, no le pasara nada; por lo tanto no llama la atención de nadie en ningún ámbito. Puede llegar a relatar las cosas más terribles como si

hablara una cinta grabada; se *acomoda***,** se adapta a la situación abusiva; lo que hace que todavía sea más difícil muchas veces para el técnico percibir la agresión; *aprende a convivir con ella*.

Gradualmente se alteran sus vínculos al retraerse el niño hasta el *aislamiento*; lo que no significa estar encerrado y no ir a nada; sino *estar encerrado dentro de sí mismo*, aislado gradualmente y en forma invisible de los demás afectos posibles de su entorno, que no llegan a percibir su verdadera realidad.

3- Fragmentación:

-Como ya se explicó al hablar del desempeño gráfico**:** mecanismo defensivo empleado en todas las edades -aún en la adultez- cuando el cuerpo y la psiquis sufren agresiones que trascienden la posibilidad de defensa de la persona. En un niño, "fragmentar" es también una forma de quitar peligrosidad a una situación afligente y/o a la persona adulta que le aflige. -Su presencia en cualquiera de las áreas de trabajo, (en este caso en la actividad plástica), habla de posible *riesgo* para la salud psíquica del niño, dependiendo del grado de desarrollo ya alcanzado por el mecanismo.

-En el caso de Nacho vemos que *ya* está presente en su vida afectiva y de relación.

Lo muestra**:**

-el rígido control de sus emociones- que no se noten.-*" a veces me asusto, pero no lloro..."*

-la alerta permanente ante el entorno hostil. Un niño alerta no quiere decir que mira a los lados; es el niño que presta atención cuando se acerca la hora de llegada; cómo es abierta la puerta, el peso de la pisada en la escalera, los sonidos emitidos; qué hace la persona antes de llegar a dónde él/ella está…ese alerta le permite saber qué le va a pasar primero, o a quién…

-el deseo de pasar desapercibido ante aquello que teme.

-la necesidad de desactivar o quitar peligrosidad a lo que teme.

-*mecanismo que deviene patológico con el tiempo***-** y que incide negativamente en todos los vínculos.

4-Disociación:

-Mecanismo normal y saludable que usamos todos y que nos permite discutir en casa antes de salir y casi sin pensarlo, mostrar nuestra

mejor cara en el trabajo. -También es normal en los niños. Por cierto, el sufrimiento refuerza defensas, que muchas veces se vuelven contra quien se vale de ellas en exceso y por periodos prolongados; sobre todo en organismos que se están formando. Su desfasaje puede llevar incluso a la psicosis.

-Nacho se disocia, se divide...es dos niños para cada vínculo: el que él es y el que "necesita ser" para preservar su integridad…con el núcleo familiar con el que convive, con su madre, su padre, su maestra, sus compañeritos, su terapeuta, conmigo durante la evaluación..... Obligado por las circunstancias a funcionar como dos personas diferentes… lo que implica un aprendizaje prolongado, que le ha exigido tiempo, gran esfuerzo mental, estar alerta y vigilante de cada persona y situación -para *no* equivocarse con el correspondiente desgaste de energía y salud psíquica; esforzado proceso que se acompaña de *miedo* a fallar y ser descubierto.

-*"empieza a vestirme y a hablarme, entonces yo no escucho...pienso en otra cosa.."*
-*"y me pregunta todo, todo...yo no le digo nada…le digo que vos no sabés.."*
-*"le cuenta todo lo que digo a mi mamá...así que yo no le digo nada"*
-*"...antes yo les contaba a ellos a donde me llevaba..."*
-*"...no le digo nada para que no me pueda decir cosas de mi padre..."*
-*"...todos los días me pregunta qué le dije a la maestra... con quién juego y qué le digo..."*

-Los mecanismos de acomodación y fragmentación, exigen un alto grado de disociación**.**

Las desventajas de la disociación, surgen cuando ante la cronicidad de los hechos traumáticos, el mecanismo se activa -no ya para proteger a Nacho en situación de riesgo, sino ante cualquier circunstancia que implique conflicto y angustia, sea cual sea el tipo y la magnitud del problema.

Instalada esta defensa, deja de ser flexible y su activación automática produce efectos indeseados, con repercusión patológica en la salud psíquica, (trastornos de la identidad, despersonalización, amnesias, personalidades múltiples, etc.)

La elevada inteligencia de Nacho, le permite desarrollar también defensas menos riesgosas y más creativas; pero con una inversión de tiempo y energía psíquica, que unida a la que le insumen los otros mecanismos mencionados y los momentos depresivos que padece, igualmente contribuyen a su agobio y no a su crecimiento como persona. Veámoslos…

a- Hiper-desarrollo sensorial:

-En oposición a la opresión que le causa lo limitante del vínculo con su madre, que no le permite valerse por sí mismo, ni establecer vínculos comunes y corrientes con nadie, desarrolló un sistema de registro y funcionamiento a través de los sentidos, que escapa al control materno aún estando ella presente.- El mismo consiste en registrar y memorizar *olores* y *sonidos* de cada ámbito: la casa donde vive, la de su padre, la escuela, etc.- Para mostrarme, iba comparando el *olor* de los muebles de su casa con los de la casa del padre y con los de mi consultorio; los *sonidos* predominantes en cada uno de esos ámbitos; contándome como puede oler, respirar más hondo para sentir los olores, graduarlo como quiera-*aún parado al lado de su madre-sin que ella pueda saber de ningún modo, qué está haciendo y menos controlarlo o impedirlo.* Lo mismo con escuchar y oír; así como asociar y comparar mentalmente las características aprendidas.

-A medida que Nacho hablaba, entendí cuánto estaba confiando en mí al develarme su secreto de oro, digamos.-Ha descubierto el poder de la inteligencia; en vista de tantos secretos que él debe guardar, se ha creado uno propio, sólo de él, que no había compartido con nadie-pero que nos hizo el homenaje a su padre y a mí de decírnoslo.

Muy probablemente por el alivio de haber podido romper esos "secretos" domésticos y liberarse de su carga.

Este mecanismo-creativo, positivo, inteligente, que le permite un grado de libertad y auténtico disfrute, lo ha construido *no* en base al intercambio afectivo y enriquecedor, sino *como defensa*; lo que transforma su muy buen logro en un secreto no compartible, en un arma a ocultar; al mismo tiempo que "aprende" que el *placer, el goce* no se transmite, no se comparte; así como a ver el placer del otro/a como algo peligroso. Todo esto que explico en este ejemplo- (lamentablemente se observa en muchos más en su desempeño), señala el riesgo a su proyección en su vida adulta, en todo aquello que tenga que ver con la *sexualidad*. Máxime cuando se defiende mayoritariamente de *mujeres* y en primer lugar de *su madre.*

b- Hiper-desarrollo de la memoria.

-Archiva buenos recuerdos y disfruta de saberlos sólo él, (para lo cuál debe ocultarlos) –en particular lo que hace con su padre -Se le ocurrió porque las burlas de **"***ellos***"** como les llama a sus mayores, cada vez que le preguntan sobre qué ha hecho en casa de su padre, le han llevado a no decir, para preservar lo grato de esas experiencias. No decir nada de sus salidas con el padre o lo mínimo, para que no le dañen la imagen, el buen recuerdo- y ocultar lo placentero que normalmente debería compartirse.

-Con su padre va al cine, al circo, a jugar al fútbol, a jugar con otros niños, al zoo; invitan otros nenes a la casa, se baña solo; usa el baño, se higieniza, se viste y come por sí mismo; conversan entre ellos y su papá se interesa por lo que él hace en la escuela –por ejemplo y sus cosas...qué piensa, qué quiere, qué le gusta....

-Este mismo tipo de ejercicio -pero no placentero por rígido y defensivo- consiste en contar los niños de las filas en el colegio para saber cuántos hay por clase y por turno y el total del colegio, (y me los dice!!!!)

-Del mismo modo atesora en su memoria nombres, apellidos, apodos, aún los ocasionales, de sus compañeros/as de escuela; así como las bromas que se hacen; disfruta compartiendo esta información en la entrevista.

c- Imaginar:

-Que es *grande* y puede defenderse de los adultos del entorno.-(fantasías defensivas)

-Lo que haría a su abuela... *"cuando me patea el pito pienso cosas malas....en como matarla no..."*...En el inconsciente no hay negación...así que sí lo ha pensado...el tema es el desarrollo de sentimientos de venganza y destructivos, ya a tan corta edad.....

-Otras cosas...pensamiento evasivo defensivo, para no escuchar a la mamá.

-Por ahora logra mantener un equilibrio; pero las estrategias adultas de control, sometimiento y castigo -reforzadas por ser sus vínculos primarios- pueden trascender los esfuerzos defensivos "de niño" de Nacho y provocar un *fallo de las defensas* que lo deje descompensado y con todos los peligros de evolución de patología, incluso irreversible.

DE QUÉ SE DEFIENDE:

1- De la presencia de:

Maltrato Físico- castigos y agresiones infligidas *en su cuerpo***:** (palizas, golpes, patadas, varas de mimbre, c/objetos, c/manos, golpes en los genitales, mojarlo con agua fría, dormir mojado y desnudo en la baldosa, ser encerrado a oscuras, limitar todos sus movimientos, usarlo como objeto de rituales adultos violentos, sacarlo fuera de la casa en la noche en condiciones climáticas desfavorables, etc., etc.).

Maltrato Emocional-insultos, gritos, órdenes contradictorias, dobles mensajes contradictorios y confusos, devaluación de sus afectos e intereses, exigencias inadecuadas (presenciar-guardar secreto), cercenar todas sus libertades (hasta la de ser él mismo), coartar todos sus diálogos, irrespetar su privacidad, amenazas, hablarle casi sólo para herirlo, hacerlo presenciar violencia entre adultos, control permanente muy limitante, a través de detallados interrogatorios.

2- De la ausencia de:

Un contacto físico cuidadoso, atento, de caricias; un contacto emocional, estimulante, afectivo, con diálogo y elogios; una comunicación verbal fluida e interesada; actividades compartidas con alegría y respeto de sus intereses; la consideración y valoración de su cuerpo, su condición de niño, su privacidad, sus derechos; libertad para crecer...

3- De los sentimientos emergentes de la articulación de estas presencias y ausencias:

-indefensión – preocupación – angustia – agobio – miedo –depresión – desamparo – soledad – sensación de no tener a quien recurrir - confusión – culpa – vergüenza – desconfianza - desesperanza – ira - deseos de venganza.

Por qué nunca dijo nada-

Los niños pequeños tienen lo que se llama "pensamiento mágico", por el cual creen, tienen la certeza, de que el adulto/a puede verlos y oírlos sólo con que "hagan" o "digan", no importa en dónde o a quién; incluso en presencia del adulto (el que sea), creen ser vistos como a través de un vidrio: lo que piensa, lo que siente, lo que teme, lo que le pasa...

-Es **una** de las razones por las que creen en amenazas, respetan prohibiciones y no contestan al "¿qué te pasa?"...porque el adulto que pregunta -en opinión del niño- lo sabe al verlo cada vez.

-Otra razón es el **miedo** causado por el entorno adulto agresor y la certeza de que sería "visto" de esta forma explicada si, por ejemplo, le contaba a su papá.

LA VALIDEZ DEL TESTIMONIO DE NACHO.

LA CREDIBILIDAD DE SU RELATO:

Lo dicho por Nacho es *creíble en la medida que cumple con los criterios universalmente aceptados de validez del testimonio infantil:*

(Tomados de la literatura más consultada al respecto en nuestro medio, así como de lo medular de distintos instrumentos que reconoce la Psicología del Testimonio para convalidar éste, en diferentes partes del mundo; aún aquellos de enfoque parcial, como son el SVA., el CBCA, la Entrevista Cognitiva, entre otros).

En términos generales:

1. Descripción de los hechos con lenguaje de niño y desde una perspectiva acorde, con una visión infantil de los mismos.
2. Sus relatos son espontáneos y claros; con un hilo conductor coherente, que no se altera ni desorganiza por la intervención adulta (que por otra parte, no puede prever), aún variando las estrategias de interrogación.
3. La construcción de sus respuestas, sencillas pero precisas, se ajusta a su edad cronológica.-
4. Apreciándose en ellas, el detalle de conductas, contextos físicos, ambientales, número de personas, etc., coincidentes con la integración del núcleo al que pertenece y con la dinámica vital que se le conoce a este niño.

En términos específicos:

5. La presencia en su relato de numerosos y reiterados incidentes abusivos (en lo físico y lo emocional), sin incoherencias, contradicciones ni rectificaciones.
6. Así como la aparición de términos violentos, que implican el manejo de códigos de violencia adulta, inaccesibles para un niño de corta edad si no la padece y/o presencia.

7. La descripción de maniobras de coerción física y/o psíquica: en la que muestra las formas de ser castigado y los motivos esgrimidos por sus mayores.
8. La clara incidencia en sus declaraciones, del secreto impuesto por lo menos por un adulto/a
9. El relato de amenazas que armonizan con las agresiones declaradas.
10. Un correlato emocional: que acompaña su desempeño y se ajusta al esperado desde las experiencias vividas que explicita.

En suma: un testimonio congruente con una problemática emocional *vigente y sin resolver.*

Y aún, del análisis de su desempeño se observa que:

-es altamente significativa la presencia de un relato vivencial -en cuyos componentes se reconoce la acción violenta: su estrategia, su dinámica interactiva y los factores favorecedores del entorno

-es altamente significativo que su imperiosa necesidad de ayuda haga que pueda –tan pequeño- vencer sus miedos y romper el secreto y aún verbalizar pedido de ayuda para hacerlo**.**

-es altamente significativa la presencia en todo su desempeño de los indicadores esperados en niños maltratados física y emocionalmente.

-es altamente significativo *el aislamiento* de Nacho-que gradualmente se desprende de su información -que se construyó sobre la amenaza que ampara la agresión, que excluye testigos, impide ayuda, otros modelos, etc.; y asegura la vigencia de la asimetría de poder inadecuada, la distorsión de los valores y los vínculos y su permanencia como *objeto* en el núcleo.

-es altamente significativa la conjunción de numerosos indicadores de MF/E, (Maltrato Físico y Emocional), que surge de los diferentes relatos de Nacho antes analizados.

-es altamente significativa la imposibilidad de jugar**:** por la que ofrece en esa área un desempeño rígido, no creativo, sin fantasías propias de un niño; que se observa reiterado, sin secuencia, (principio-desarrollo y final): repite una y otra vez la misma acción; la interrumpe y la retoma otra vez.

-es altamente significativo**-** el grado de evolución en la construcción de los mecanismos de defensa que hablan de una situación de vida que no empezó ahora, sino que fue aprendida así y los maneja como respirar....

-es altamente significativo-el uso de la **inteligencia para sustituir al cuerpo** en aquellas funciones que están limitadas y para el logro de cierta libertad.

Factores que -de haberse detectado con características predominantes- harían dudar de la credibilidad de Nacho.

La sugestibilidad, la capacidad de fantasear, imaginar y/o de mentir, la necesidad de satisfacer la expectativa del otro, son parte de la vida de cada persona en toda edad.

CONTESTAR PARA SATISFACER AL QUE PREGUNTA-(porque es lo que aprendió en su casa y en sus vínculos para no ser castigado) -puede ocurrir cuando el niño peritado está muy asustado y el profesional no está suficientemente preparado para encauzar ese miedo y preservar el *testimonio* con todo su valor. -Pero entonces la discordancia y la contradicción se harían patentes en la estructura del discurso; lo que precisamente *no* se observa en el de Nacho.

MENTIRA- No sabía Nacho -como ningún niño sabe- qué se le iba a preguntar, ni cómo -Las respuestas repetidas de memoria se detectan rápidamente- por la imposibilidad que tiene un niño de adaptar la respuesta aprendida a la pregunta adulta inesperada y al giro que va tomando el diálogo

IMAGINACIÓN-FANTASÍA-. no puede construir toda una historia que permita hasta trazar -como se verá- una aproximación a los perfiles funcionales del núcleo familiar y de la madre. Su producción -(tan completa y compleja como coherente en cada punto de su estructura)- "haría agua" a cada momento; sería insostenible y no sería posible *ni* para un niño mucho mayor, reiterar, con espontaneidad y adecuación, lo informado.

SUGESTIBILIDAD- perfectamente podría este niño tener -y tal vez tenga- un registro magnificado de algunas de las experiencias vividas, por incidencia del miedo, por ejemplo- ¿En qué cambiaría su realidad presente?

-Y todavía, por si alguna duda queda, tengamos presente lo *muy significativo* de que un niño tan pequeño sea capaz de diferenciar por sí solo**:**

- entre los rituales adultos violentos y los que además tiene otra connotación que escapa a su entendimiento**:** "*no es como cuando se pegan pero tampoco es un juego"*
- entre las *formas de comunicarse* su madre con él**:** "Mi *madre a mí no me habla casi nunca, pero de mi papá sí."- ".todas las cosas que no son las que dicen todos, me las dice mientras me viste para ir a la escuela los días que me voy con mi padre..."*
- los *valores* adquiridos que se desprenden de los argumentos con que Nacho fundamenta las defensas que desarrolló para cada agresión**:** "*a veces mi madre le dice que no puede hacerme eso porque no soy el hijo de ella."* (y no porque no se patea en los genitales a un niño....)
- las numerosas y muy claras alusiones a la *naturalización de la violencia* en su ámbito doméstico**:** -"*...pero ellos a él también le pegan"*; (ellos) lo hace más de uno, (también) a alguien más.
- la *masificación* que hace de los adultos del entorno familiar. No discrimina a cada componente del núcleo, expresándose en términos tales que no transmite la sensación de unidad familiar, sino de masificación**:**"*ellos*" aunque le pregunte por sólo una persona con su nombre.-"*...entre ellas no se pegan siempre"*....lo que nos muestra que él tampoco se diferencia del grupo, en desmedro de su individualidad. Igual que se dibuja a sí mismo, automáticamente que hace a su madre.
- -*en lo conductual***:** pedir permiso para levantarse de la silla; no poder usar el espacio de que dispone; no poder desparramar los juguetes; no poder jugar; ordenar las cosas sobre la mesa, hasta ocupar el menor espacio...

Todo, absolutamente todo lo que se evoque de su relato, habla de la antigüedad y permanencia del aprendizaje de patrones de conducta, adquiridos en base a una obediencia rígida, bajo presión y a una ejercitación constante.

Todo lo expuesto desde el inicio de este informe, descarta entonces que Nacho haya imaginado, magnificado, fantaseado, mentido, intentado complacerme por miedo o sugestión....del mismo modo que *descarta absolutamente la intervención del padre en la construcción de su discurso*...esto es de larga data, no de sugerencias maliciosas de fin de semana por medio.

DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN:

En este apartado veremos una aproximación al **perfil** familiar y materno, el grado de **daño** psíquico detectado y el grado de **riesgo** futuro, tal como emergen de lo exhibido por Nacho.

APROXIMACIÓN AL PERFIL FAMILIAR:

-Los **factores** predisponentes y precipitantes del maltrato hacia un niño tan pequeño e indefenso, sin posibilidades de rebelarse y *durante toda su infancia*, hablan claramente de un contexto ambiental desfavorable, de la impulsividad de sus agresores y de una eventual patología de los mismos.

-El **origen** del maltrato, hay que buscarlo en las relaciones familiares pasadas. Cada uno tiene su historia, su educación, sus experiencias que se repiten dejando su huella. Es importante tener claro que para que una situación de maltrato psicológico -(el físico no tiene siempre este requerimiento)- pueda mantenerse, es necesario que el entorno participe como cómplice.

-El adulto que maltrata, necesita dominar a su víctima para intentar cada vez -sin éxito conseguir autoestima. Se caracteriza por la ausencia de intereses propios y la necesidad de control: le urge lo mecánico, lo rígido, lo predecible y lo controlable, con un profundo deseo de notoriedad e influencia sobre los demás. Estos rasgos de personalidad, le hacen ver amenaza donde no la hay y convencerse de la razón y justicia de sus actos, en previsión de esos "posibles" ataques.

-Nacho no sabe de psicopatología, sociología o psicología forense; ni siquiera que algo de eso existe. Por eso llama la atención el contenido de sus afirmaciones, que proyecta la imagen de lo que desde diferentes autores se define como **familia multi-problemática (F. M. P.)**

La misma se reconoce por:

1. **crisis -**constante, predominantemente emocional, pudiendo ser además, de otra índole.
2. **desintegración -**suele estar constituida por**:**

- fragmentos de diferentes núcleos ya disueltos;
- en su mayoría mujeres (con hijos y sin marido);

- todos pertenecientes a más de dos generaciones;
- la presencia masculina-de haberla-es menoscabada y violentada en toda edad.

3. **vulnerabilidad** de todos los integrantes que se acechan constantemente.
4. **niños en ALTO RIESGO-**son los pararrayos de la casa
5. **no conciencia** clara de su problemática (o ninguna)
6. **c/u** con SU reclamo que NO incluye NI considera los DDHH del otro.
7. **vínculos** caracterizados por**:**

- permanente hostilidad que se manifiesta con frecuencia en forma **ritual**
- presencia del fenómeno de **violencia cruzada** (física y emocional), entre adultos
- reiterados **malos tratos de toda índole** contra los menores de la casa(niños, adolescentes) y aún adultos muy jóvenes-(sin importar sexo)
- frecuente presencia de **alcoholismo**-drogadicción u otro del estilo.

8. Todo esto con absoluta prescindencia del **nivel** socio-económico-cultural.(en este núcleo hay-incluso-universitarios).

Así que cuando Nacho nos cuenta:

- de las golpizas y "no-juegos" de sus mayores....
- de que vive con sus abuelos, su madre, su tía y uno de los hijos de ésta...(3 generaciones)
- de cómo lloran su abuelo, su primo de 20 años y él, por la misma violencia en sus cuerpos...
- de cómo funciona su pararrayos personal...
- de los malos tratos que debe soportar....
- de cómo a pesar de compartir la hora de golpearlo entre todos, igualmente, a espaldas de su madre se lo castiga "extra" (En verdad tal vez a ella?)
- del vino rojo que toma su abuelo.....
- del discurso "privado" de su madre....para con él....
- de que parece que no podría-de ningún modo-"querer a su padre", porque al mostrar sus sentimientos, lo condena...y no lo entiende y se llena de culpa...y aprende a fingir, a ocultar....para terminar aceptando -ni siquiera sabiendo para qué- que lo que él siente, sus

afectos y necesidades, tienen tanta fuerza como el brillo de la aguja de su reloj en la oscuridad del baño.

...está también confirmando, sin saberlo, que de recibir ayuda -si acaso un día la pidieran- les sería necesario**:**

1. una intervención múltiple
2. a largo plazo
3. con cobertura simultánea de diferentes servicios...

...así como qué difícil sería; puesto que estos núcleos así constituidos:

1. se resisten a los planteos
2. retacean información
3. manipulan todo el tiempo tanto la situación como a los técnicos
4. sólo respetando lo que Cirillo y Blassio llaman la **cronicidad del "juego" familiar:** refiriéndose a ese **juego** -no en sentido lúdico- sino por la **"riqueza"** de la dinámica **violenta.**

¿Cómo podría Nacho inventar todo esto y decírmelo como para que me crea que es verdad?...o para dejarme conforme?

-No sabe que su infancia transcurre en lo que se llama un *conflicto destructivo***,** donde *manipulación* y *ocultamiento intencional* son las llaves que cierran sus *derechos*; que no le permiten aprender en los hechos -porque de palabra es demasiado chico aún -qué son la *empatía* y la *receptividad***;** y aunque sí entiende que *nadie escucha*, que por alguna razón *él no existe* en verdad, ni nada que le interese y que si lo muestra, *eso será dañado,* trata de hacerse un espacio, de poner algún orden en el caos... aunque sea en el propio…

(Titánico emprendimiento para sólo 6 años). Es que no le es posible percibir que nadie asume roles ni respeta reglas**...** exceptuando aquella que dice-y está en los libros- **"***yo quiero esto y lo quiero así***"...**y que aspira cada uno a lograrlo a como dé lugar**...**sólo que...la esencia de esa norma cambia cada vez, antes de que él pueda aprenderla...

-Mucho más lejos está de saber, que en ese conflicto destructivo, rigen los aspectos *obstaculizadores* ante los facilitadores; sobre la base de lo *privado***:** vivido como intocable, escudo para el afuera, para la mirada ajena; preservado en exceso de la esfera pública; como algo tan propio que nadie podría entrar ahí; lo que **"**asegura**"** que *no* se busque ayuda y que todo el que quiera acercarse, sea automáticamente excluido.

La familia de Nacho entonces:

- en su estructura, no está determinada por vínculos de afecto, identidad común y apoyo mutuo; sino que adopta otras formas "inusuales", "patológicas" o "desviadas", todas ellas de contenido violento.
- funcionando**:**

1. con actos de violencia y promiscuidad caracterizados por la ausencia total de límites y reglas familiares
2. sin modelos de interacción entre sus integrantes
3. poniendo en evidencia las fuerzas que se ejercen dentro de la familia y que afectan el comportamiento de la misma
4. con un:"Nada pasa aquí, todo marcha bien."
5. inestabilidad que fractura el equilibrio, la identidad, función y rol de cada uno de sus integrantes.

- **-familia altamente coercitiva:**("pasa de ser sostén a ser verdugo o inquisidor") cuya influencia **:**

1. *no favorece* a Nacho la construcción adecuada de su identidad
2. *no proporciona* aprender a enfrentar y resolver los problemas en la vida
3. sí favorece que sus afectos y emociones se gesten en forma *errónea*
4. le *limita* los vínculos afectivos naturales
5. le *coarta* toda comunicación y la confianza en sus integrantes - *impidiendo* se comunique y/o manifieste sus emociones, gustos e inconformidades
6. le asegura un desarrollo *forzado y restringido*
7. le genera sentimientos encontrados, entre la culpa, la vergüenza y el dolor
8. *lo violenta* en su integridad física, moral, emocional y social.
9. *lo obliga* a descalificar o disfrazar cada hecho traumático
10. *lo somete* a medida que crece, al *poder inadecuado*- en vez de desatar gradualmente los lazos de la natural DVA, (**d**ependencia **v**ital y **a**fectiva).
11. le enseña a temer, a desconfiar, a no tener en quien depositar su confianza.

- Y todavía se evidencia la presencia en el vínculo con él, de *manipulación* sustentada en *mentiras* que le son impuestas, además del no reconocimiento de las faltas adultas cometidas, como lo ejemplifica su relato.

.APROXIMACIÓN AL PERFIL DE LA MADRE:

- **La niña** que se cría en este tipo de núcleos multi-problemáticos, como la mamá de Nacho, emerge a la vida adulta con la aludida "influencia" de su familia coercitiva, ya integrada en su personalidad y "aceptada" pasivamente como natural. Es por esto que la reproduce en sus vínculos sin cuestionamientos. Aprendió a manejar el *amor* como un mero complemento de sus objetivos integrados; más frecuentemente, un instrumento de seducción, captación y sujeción, que incluso le permitirá el chantaje emocional aprendido y que estima necesario, parte de la vida.

- **La elección de pareja :**

1. en general el candidato es un hombre tranquilo, al que ella considera de buen carácter, tolerante, confiado, dispuesto a transar con ella en aras de la armonía que cree compartir; todo lo que le asegura ser aceptado de buena fe, pero también, por *no peligroso para lo privado del núcleo,* del que ella no aprendió a independizarse, pero sí a preservarlo en primer lugar.
2. candidato en el que ella percibe -además- un grado de *dependencia afectiva*: criterio selectivo fundamental, que lo ubica en los registros de su amada como vulnerable y por ende menos peligroso aún. Y que ella estima como un "primer punto de ataque"; puesto que a la primera dificultad amenazará con irse o lo hará sin avisar, para que vea que puede "perderla".
3. La consolidación de la pareja suele tener la "*condición"* de vivir lo más cerca posible de su núcleo original, del que no puede prescindir
4. Y como no fue educada para "integrar" sino para "excluir", en poco tiempo comenzará a sentir la nueva presencia vincular como una invasión impuesta a su privacidad familiar original; no pudiendo construir una, para SU familia.
5. Todas las virtudes percibidas se irán "desdibujando" en su mente y dando paso a la noción de "peligro desde el afuera" manejada desde pequeña (y que ahora inculca a su hijo).
6. comenzarán las exigencias, las limitaciones, las críticas a todo emprendimiento, aún mínimo, del otro.
7. ...y los mensajes subliminales, los indirectos y hasta directos del núcleo original dirigidos al nuevo miembro, sobre lo que se puede y no, en el matrimonio y/o en la crianza de los hijos.

8. el chantaje emocional será más frecuente para conseguir sus propósitos, que además serán tema del día en la agenda familiar original.
9. *curiosamente*, todas estas conductas, le hacen-a su pareja-entender y responder mejor a las que considera "reacciones por necesidad de afecto".
10. De haber una separación definitiva, la sensación de peligro se magnifica; la certeza del deseo de destrucción del otro para con ella y su núcleo, se instala, como única forma de justificar la necesidad de "recuperar" el lugar nunca perdido en su núcleo, (y por reflejo interno de la imagen de hombre violento y denigrado que aprendió).
11. El *rechazo-preventivo* se intensifica aún más, *si hay descendencia.*

- **La maternidad:**

1. lejos de enriquecer, bifurca inicialmente todos los registros de estas madres:
   1.a- el hijo es sentido como "parte de su propio cuerpo"....percepción asaz limitante, que le asegura a ese hijo *sólo* poder pensar y sentir como su madre. Si nos pica la cara, no se nos ocurre que nuestra mano pueda querer otra cosa que rascarla; no lo pensamos ni por un segundo!!! Sólo rascamos. Así es vivido.
   1.b- pero también como **"**sucursal**"** del "enemigo" que logró excluir del núcleo....y por lo tanto "algo a destruir". -El control comienza- ¿finalidad? Preservar la estructura de aquel núcleo, asegurando *su* derecho de pertenencia en él.
2. El *interés* que manifieste el padre por su hijo, transforma a éste en arma en su contra. A mayor interés paterno, más frecuente su uso como tal...
3. La "guerra" que se desata le permite a la madre sentir "el placer de ejercer el poder" -ella y sólo ella- sobre su hijo y sobre el padre. Aumentado por el desconocimiento de ambos de lo que pasa en verdad. Uno por niño; el otro porque nunca habría imaginado este proceso, como no podrá reconocerlo en su evolución.

- **La estrategia vincular de esta guerra:**

1. Del mismo modo que "se rasca la cara con su mano", pretende que el hijo rechace al padre; aún sin que éste haya dado motivo alguno.

Para conseguirlo -lo que no es fácil, sobre todo si hay un buen vínculo entre el niño y el adulto- intentará torcer los sentimientos del hijo hasta hacerlos coincidir con los suyos; para lo que se valdrá de las conocidas técnicas de "lavado de cerebro"**.**

2. Sin duda la edad del niño cuenta, el tiempo de vínculo transcurrido con el padre y la calidad del mismo.
3. Para vencer la resistencia que aparezca, que será mayor si el hijo no tiene malas experiencias con su padre, deberá "borrar" primero, las que haya...con los métodos que considere convenientes...

La meta: destruir el vínculo padre-hijo.
<u>El motivo</u>: preservarse y a su hábitat, del temido "seguro" intento destructivo del otro.

1. Hacer imposible toda forma de *contacto, encuentro o comunicación* entre ambos se transforma en el centro de su existencia
2. Así como *debilitar* los afectos e interés del hijo por su padre
3. Promover la *renuncia paterna* a sus aspiraciones -(A veces, por cansancio- e ignorancia -un padre decide retirarse del proceso judicial y "esperar" a la adolescencia, en que ya entenderá más, para acercarse y hablarle- aunque para entonces la pasta base unida a la incomprensión de por qué ahora y no cuando sufría y lo necesitaba...harán lo suyo.)
4. Hallar la forma de lograrlo (*estrategia*), será su consigna diaria
5. Ningún método coercitivo será desestimado**:** tanto para el *hijo* y el *padre***,** como para el *sistema judicial.*
6. Y otra vez la literatura especializada viene en ayuda de nuestra comprensión**;** puesto que**:** el trazado de estas metas; la puesta en marcha de estrategias para el logro y mantenimiento de tales cometidos; el despliegue emocional que acompaña el proceso en la persona que lo cursa, se conocen como "*alienación parental"*.
7. y su incidencia negativa en la vida del hijo**:** lo victimiza, desde un nuevo **(¿?)** ángulo, y en forma desvastadora, además.
8. En ayuda de la comprensión y en previsión del riesgo, muy frecuente, de considerarse lo informado como "ciencia ficción".

La alienación filial de un progenitor contra otro es cada vez más frecuente en las disputas por tenencias, visitas y divorcios. Buena parte de la comunidad científica no acepta que esta forma de usar a los hijos

como armas sea considerada un síndrome; es más, no figura en esos términos en tratados internacionales como el DSM IV, ni aparentemente figurará aún en el DSM V. Esto es porque quien lo hizo público, lo aplicaba él mismo en su vida personal. (Me refiero al Dr. Gardner, médico psiquiatra de niños y docente universitario en EEUU, ya fallecido; quien promulgaba también las bondades del abuso sexual. Publicó numerosos libros, en su propia editorial y en su propia imprenta; material que circula por Internet con absoluta libertad desde siempre).

Esto es -en mi modesta opinión- como cuando se discute si legalizar o no la droga; si no lo es ¿deja de ser consumida? NO. Pues mientras se discute si alienar a un niño/a contra uno de sus progenitores por parte del otro/a, es un invento diabólico que no debe tenerse en cuenta y menos aún informarse sobre sus características, éste *uso de los hijos* sigue reproduciéndose, cosechando adeptos/as, enriqueciendo sus estrategias, etc. etc.; igual que se sigue consumiendo la droga. ¿Y quiénes son por excelencia los perjudicados? Los niños/as-hijos/as de todo el planeta. Saber qué se argumenta a favor y en contra; cómo funciona; quiénes y por qué lo usan; en qué contextos; qué factores son más facilitadotes que otros, qué hacer y demás, es lo correcto en mi opinión profesional; y NO significa estar de acuerdo con, ni apoyar al Dr. Gardner.

Volviendo a la situación de Nacho, es cierto que no todas las familias multiproblemáticas son forzosamente alienantes; pero sucede que Nacho está, precisamente, preso en esa "cárcel sin rejas" donde todos miran y nadie ve. El listado que sigue *no* es exhaustivo -(hay muchos más ítems)- pero *sí* ejemplifica los más frecuentes artilugios "alienantes" que se emplean. He seleccionado los que más comúnmente se observan en estos casos, durante la rutina laboral; aunque sin darles un orden en particular. Los numerados, son los que yo considero que conforman, en buena medida, los barrotes de la cárcel de Nacho. Estimo que sin lugar a dudas se escuchan en el discurso de Nacho**;** el que por otra parte ha sido ampliamente ejemplificado. Cada lector/a reconocerá o no, lo que Nacho ha contado, en estas líneas…

1- Impedir que el otro padre ejerza el derecho de convivencia, limitándole los tiempos de compartir lo más posible.

2- Desvalorizar e insultar al padre ante el niño.

3- Ridiculizar los sentimientos de afecto del niño hacia el padre.

Premiar las conductas despectivas y de rechazo hacia el otro progenitor

Prohibirle que se refiera al padre como papá obligándole a nombrarlo con su nombre de pila, como a un tercero o con nombres despectivos y ridículos

Aterrorizar al niño con mentiras, insinuando o diciendo abiertamente que su padre pretende secuestrarlo, dañarlo o, incluso, matarlo...

4- Inducir recuerdos falsos que desvaloricen al padre en la mente del niño; (entendiendo por tales, cosas del pasado anteriores incluso a su nacimiento, o siendo un bebe).

5- Implicar al entorno familiar propio en el "lavado de cerebro" practicado al hijo.

-Presentar falsas alegaciones de abuso (físico y/o sexual) en los tribunales para separar a su niño del padre, alegando no haberse dado cuenta antes; (demasiado común).

6- Focalizar la atención del hijo hacia los normales errores, defectos y carencias del padre, exagerándolos y negar la existencia de rasgos positivos.

7- Exigir una adhesión absoluta a sus percepciones personales, colocando al hijo ante un conflicto de lealtades.

Intentar cambiar los apellidos del hijo para que pierda el del progenitor denigrado.

Cambiar de domicilio, incluso a miles de kilómetros, con el único fin de ausencia del mismo, que después argumentará como *iniciativa paterna.*

8- Hacer inaccesible el lugar de residencia del niño-*aún si se enferma*

Llegados a este punto, es dable observar que en aras de su propósito de conseguir la eliminación del padre de la vida de su hijo, esta madre no ha dudado -en el proceso alienador- en comprometer la integridad psicológica y emocional de Nacho, con tal de instalar en su mente sus propios esquemas disfuncionales y patógenos. Y no se trata de una mera conclusión, ni de una acusación impertinente y sin fundamento; prontamente y con claridad se explicará por qué lo hace, por qué le sucede esto a esta mamá-y para qué sirve saberlo.

Tratemos de entender esto:

- La aparición de dos niveles bien diferenciados en la *intención* y el *grado de conciencia* que muestra esta mamá y las *prioridades* que exhibe en consecuencia -(todo lo que se desprende claramente del desempeño de su hijo de sólo 6 años)- la ubican no sólo integrando ese tipo de núcleo *(F. M. P.),* sino inserta y funcionando en este mecanismo de *alienación*.
- Entender estos aspectos y cómo interactúan en ella, así como qué origina el "doble nivel", no es un detalle menor-ya que nos permitirá acceder con más certeza al *grado de daño* que ya se percibe en Nacho, a los *riesgos* a tener en cuenta y a las posibilidades futuras para él.
- Al haberse "aprendido" a sí misma -(en el seno de esta familia con las particulares características que hemos visto)- no como persona sino como *objeto***,** no concibe otra forma de ver a los demás; y su hijo no sólo es visto como tal, sino como de su *propiedad*; exclusividad que cree le confiere todos los derechos inherentes a esa pertenencia.
- Como además la *identidad* es un rubro masificado en este núcleo, no lo diferencia ni discrimina, (como tampoco a sí misma); y cuando lo hace -(dice a su madre que no puede patearlo porque *no es su hijo*)-es en función de ser la "propietaria", la que tiene los derechos, la que podría hacerlo si quisiera, y no con miras de preservar la integridad de Nacho; ni siquiera de defenderlo.**:**como él dice**: "...***sólo mira***"**
- Y no estamos diciendo "qué mala es esta mamá"; estamos tratando de entender cómo la distorsión de los vínculos y los valores en la época de la vida en que un niño/a se desarrolla y se forma, modifica y condiciona absolutamente la óptica vital del adulto/a en que se transforma.
- Ella *no es conciente del daño* que causa a su hijo; sólo del peligro en que cree hallarse....de su necesidad de evitarlo....obedece a un

mandato de toda su vida, integrado en su desarrollo en el seno de ese núcleo

- *Su intención***:** evitar el acceso del afuera, como una cuestión de supervivencia, desestimando toda otra prioridad.-Preservándose, cree preservar a ese "hijo-yo", como a su brazo o a su pierna

- *no tiene cabal conciencia de dañarlo; por eso mismo lo "amenaza con hacerlo" cada vez...*

- Tampoco es conciente de estar **"**usándolo**",** con el sentido que se da habitualmente a la expresión, porque lo "normal" para ella es hacerlo; valiéndose de él para herir y/o anular al padre; no tiene cabal idea de que al mismo tiempo destruye a su hijo; segura de que si hace desaparecer al papá, su hijo automáticamente lo olvidará... prescindirá de él.... (en tanto hijo vivido como una parte de su cuerpo, de su mente, de su sentir).
- Sólo tiene en cuenta que en tanto "arma", Nacho debe ser efectivo como tal y para eso debe manejarlo bien: adoctrinarlo, programarlo... "pegar" con él, tan fuerte como le sea posible.
- *Su prioridad* no le permite manejarse con la realidad de lo que ella en verdad sabe**:** lo importante que es para su hijo el padre y cómo sufriría su pérdida... también que este padre no es peligro para su hijo....pero sí para lo privado de su familia.
- Entonces lo amenaza…Se asegura el *silencio* de esa manera, a precio de la tranquilidad y equilibrio emocional de su hijo… **(**también porque la no conciencia de dañar, incluye en el no-reconocimiento de los DDHH de Nacho**)**.
- ¿Y por qué *necesita* ese silencio de su hijo?

- Porque SÍ *es* conciente de que Nacho es necesario para la satisfacción del desborde emocional de todo el núcleo conviviente; que SU presencia es indispensable para el cumplimiento de determinados rituales violentos de descarga; que pegarle o intervenir en lo que podría parecer un indicio de defensa, permite el estímulo para empezar el "juego violento adulto"**:** "*cuando se para, no es para defenderme, es para pegarle a otro"*. Es decir, la situación misma de Nacho en ese momento es el estímulo por excelencia. Por lo tanto *debe* permanecer ahí en calidad de objeto útil...al servicio del ritual perverso; para el que su corta edad e indefensión absoluta son un estímulo invaluable, por la certeza para sus mayores de que no podrá librarse.

- Y no sólo para su familia es necesario este niño**;** TAMBIÉN PARA ELLA, QUE PARTICIPA ABSOLUTAMENTE DE TODOS LOS RITUALES. Es entonces que ESTE SECRETO LE ES INDISPENSABLE A ELLA EN PRIMER LUGAR; puesto que como adulta, NADIE LA OBLIGA a ofrecer a su hijo cada día en ese altar para el sacrificio.

- Entonces, vemos como "su grado de conciencia" está graduado, controlado, por "su intención", la que permite que aquel aflore en más o en menos; dependiendo de cómo es digitada a su vez (la intención) por "su necesidad protectora", (la inculcada por sus mayores en sus vínculos de niña); y-por ende-cómo incide toda esta articulación en su "relación lógica" con el devenir de los acontecimientos, delimitando sus "prioridades".

- Esta PRIORIDAD SUYA, resultante de tal proceso, es la que más habrá que tener en cuenta al momento de decidir la suerte de su hijo**.**

- Y menos podrá desestimarse el "*doble nivel"* que emerge de su forma de vincularse con el entorno y con su hijo en particular; puesto que se origina en SU INTERÉS; que la mantiene por encima de la integridad y derechos de Nacho.

- Es por esto que**:**

1. **lo amenaza**- El contenido de las amenazas y adonde van dirigidas, en los afectos e intereses de Nacho, muestran que la prioridad, el fin último, no es que no trascienda el MF/E a que es sometido, sino "preservar el secreto perverso y violento del núcleo"**:** constituido por varios niveles**:** agresiones individuales y grupales -de toda índole- directamente sobre él y rituales a presenciar. Por eso la ame naza es la más dura, la que le cause más temor**:** perder para siempre a su padre- *"no lo ves nunca más"*
2. **lo aísla:** asegurándose su permanencia, ser ella su única referencia; a través del empobrecimiento de su calidad de vida -porque a medida que crece, percibirá y aprenderá *modelos***,** pensará....así que decide aislarlo, romperle relaciones e impedir que se vincule como cualquier niño- que no se quede en un mismo jardín, que no vaya a

la misma escuela, que no juegue con otros niños; lo encierra en sí mismo en una cárcel sin rejas, de la que no puede salir sin ayuda; ayuda que cuida no reciba

3. **lo desconecta:** el no reconocimiento de sus derechos como persona, de su individualidad, impide que se acepten como válidas sus necesidades....y/o que él mismo pueda reclamar. Lo va desconectando de toda forma de vínculo, ya que él no necesitaría vínculos porque está en el núcleo "masificado". Se le impide construir vínculos sanos, confiables, que le sirvan de apoyo, de referencia, de modelo; no se le permite establecerlos ni afianzarlos con nadie.
4. **lo controla**: por medio de un interrogatorio permanente y detallado de lo que habla con cada persona; no sólo socavando los vínculos, sino el interés por establecerlos.
5. **lo bloquea**, fragmentando no sólo las posibilidades vinculares, comunicativas y afectivas que naturalmente le surjan, sino devaluando y acallando su exteriorización personal; en desmedro de los afectos y la confianza en los demás.
6. se asegura de **la ruptura del diálogo espontáneo**-con quien sea-que echa las bases para la desconfianza en todos los seres: porque un niño pequeño atribuye al otro aceptar la "desconexión" impuesta, ya que él la rechaza; si no muestra ese otro, alguna reacción contra esa conducta materna.
7. Como **la decisión judicial no le permite anular por esa vía el vínculo padre-hijo,** entonces lo hace a través del aislamiento, la devaluación de la imagen paterna, la ruptura vincular progresiva..... Y a pesar de contar esta mamá con el "apoyo" y participación familiar en esta cruzada, no le basta y aprovecha su condición de madre, la autoridad y poder sobre su hijo que le confiere la natural dependencia vital y afectiva de un niño de tan corta edad, para asegurarse su silencio y su permanencia en el panorama "familiar"....
   ¿Por qué?

PORQUE ES SU INTERÉS, SU NECESIDAD, ÉSTAS SÍ, PLENAMENTE CONCIENTES.

...como lo avala el que al amenazar **: a)**-La primer amenaza está referida a todo lo que le pase a él o le suceda dentro de la casa.-**b)**La segunda-**"***le decís eso y no lo ves nunca más"***,** específicamente a lo que Nacho describe como*: "no es como cuando se pegan pero tampoco es un juego".*

8. Parece no plantearse, no tener en cuenta, no llamarle la ATENCIÓN, el desamor que podría generarse para ella en el niño...así como no reflexionar sobre la posibilidad de que su hijo llegue a entender un día que lo importante para ella "no es él", sino...

9. ...el ritual adulto, perverso y violento, situación que Nacho con sólo 6 años, no puede entender, escapa a su percepción, a su razonamiento; lo que no sería por cierto impedimento para incluirlo activamente en los rituales adultos en un futuro, puesto que YA tiene un grado de participación visual y auditiva.

Hablamos entonces de INTENCIONALIDAD CONCIENTE Y PREMEDITADA**,** no en función del hijo **(**un nivel**),** sino de sí misma y de su núcleo **(**otro nivel**).**
La falta de empatía -(capacidad de ponerse en el lugar del otro)-del alienador, le permite usar al niño sin darse cuenta del daño que le hace, pero tiene claro su propio interés.
Y así quedan explicados los dos niveles que hemos ido viendo cómo y por qué se gestaron en esta mamá; cómo los usa, así como para qué nos sirve saberlo.

GRADO DE DAÑO.... GRADO DE RIESGO.

1. La presunción de riesgos futuros, aún sin daño ya causado
2. así como la progresiva sensación de posible daño con los riesgos a determinar
3. la posterior confirmación de la presencia de daños en la estructura psíquica, emocional y vital de Nacho, con riesgos específicos-algunos a prevenir, otros ya a contrarrestar...fueron surgiendo de la dinámica que espontáneamente se dio en el contacto con los tres actores vinculados a esta evaluación**:**

1- presencia padre-ausencia de la madre**:** durante el proceso; que muestra**:** no intereses compartidos por el hijo entre los padres.
2- las discrepancias entre lo doméstico paterno y materno en el testimonio de Nacho.
3- la posibilidad del secreto impuesto al niño, apareciendo ya en el motivo de consulta**:** ("*me caí*"-pero no sabe, no recuerda, no dice...) y con posterioridad

4- la presencia en los testimonios de ejecución (no verbales), de numerosos indicadores de conflicto relacionados con el cuerpo de niños y adultos.
5- el tipo y número de indicadores que mostraron el manejo y consideración adulta del cuerpo, espacio y derechos de Nacho.
6- los contenidos del testimonio hablado**:** castigos, agresiones, humillaciones, interferencia en sus vínculos de niño...
7- el tipo de sentimientos aludidos: miedo, vergüenza, culpa, tristeza…
8- la calidad predominante en los sentimientos negativos-(venganza, odio, enojo, rabia, deseo de destruir al otro...)
9- el NO signando las respuestas adultas a requerimientos oportunos del niño.
10- ausencia de diálogo afectivo- asociado a aislamiento, deterioro progresivo, desconfianza, desesperanza...
11- presencia de diálogo amenazante, intimidatorio, controlador…
12- mecanismos de defensa- tipo, desarrollo y nivel alcanzado

- El maltrato-en cualquiera de sus formas- promueve el desarrollo de síntomas; pero aún siendo llamativos, *no logran que la mayoría de los niños maltratados reúna los requisitos para recibir un diagnóstico psiquiátrico*, llegándose a conclusiones clínicas recién en la adolescencia, cuando ya es tarde para revertir aquellos aspectos del carácter y la personalidad que se hayan dañado sin retorno.
- Los efectos del estrés son acumulables; por tanto, los eventos negativos múltiples como los que le ha tocado vivir a Nacho-y como lo reconocen todos los autores producen consecuencias negativas más duraderas que los eventos únicos de maltrato.

VEAMOS LO QUE YA ESTÁ:

1º)- limitación progresiva de la asertividad**: (**habilidad social que reúne las conductas y pensamientos que nos permiten defender nuestros derechos, sin agredir ni ser agredidos), ya se aprecia en la presencia de emociones dolorosas de mucho tiempo, (ansiedad, depresión, ira...), que de adquirir cronicidad, se proyectarán en conflictos duraderos en su vida social (escuela, barrio, liceo, trabajo) -familiar y de pareja.- Con ataques verbales y físicos, como defensa ante peligros de dudosa existencia…y aún reales que pudieran hablarse.
2º)- la verbalización de sentimientos negativos (nacidos de risas, burlas y humillaciones durante los castigos físicos), (rencor, deseo de ven-

ganza) que presagian impulsos violentos, que puede llevar a cabo a corto plazo

3º)- dice fantasearlo con sus mayores (ej-abuela)...(los niños suelen fantasear -por ej.- que si se sacan bien en las cuentas, a lo mejor la abuelita cuando cobre la jubilación le compra un alfajor de esos que traen la media bicicleta....o con esconderle los dientes que deja en el vaso mientras duerme...con matarla, no**)**

4º)- la imposibilidad de confiar, el estado de alerta permanente**....**ante quien sea.

5º)- defensas inadecuadas para contrarrestar lo aprendido, que impedirán a su vez el desarrollo de otras más propicias-como las detalladas y explicadas con ejemplos.

6º)- ya sabe cómo y con qué se golpea; qué deja marcas y qué no; dónde duele más; qué palabras lastiman; cómo se amenaza; cómo se infunde miedo; **(** en vez de saber qué caricia, palabra, actitud, le gusta más a cada adulto del núcleo...y a la inversa...y disfrutar el intercambio)

7º)- ya **"**disfraza**",** oculta, modifica... sentimientos, reacciones, deseos...retacea información....Si bien en forma defensiva frente al entorno adulto hostil (pero sabe hacerlo...)

8º)- observador forzado de violencia cruzada entre adultos, maneja ese modelo para sí y domina el léxico que lo acompaña y lo reproduce debidamente entonado

9º)- es capaz de simular sus sentimientos, deseos, temores, etc. etc. para no ser castigado (pero sabe hacerlo)

10º)- la verbalización de golpes que da a sus compañeros de escuela, "ocultos" en el juego para saber cómo es pegar él**; (**en vez de disfrutar el juego entre niños, sin saberlo, se ejercita en violencia)

Ya "sabe" manejarse con sus propios rituales**:** en escuela -al jugar de manos con otros niños en el recreo ...pega pero que parezca que está jugando, que no se den cuenta…pega para ver cómo es pegar él...,,y cómo es pegar y que el otro no se defienda- (Es muy obvio que no va a matar a otro niño; lo que alarma es, por un lado**:** que no disfruta su infancia, sino que trata de vivirla como viven sus mayores; por otro lado**:** cómo funciona ya su mente... con los modelos rituales violentos aprendidos en lo doméstico)

- Sin ser lo únicos, estos ejemplos de *daño***,** muestran LO QUE SE VE, de los "cimientos" del edificio-hombre que se está construyendo desde hace 6 años en Nacho. Pero los cimientos se ven al principio... después la construcción los oculta con todo lo que tengan que pueda

ser prejudicial para el edificio y hasta hacerlo caer, (humedad, insectos, fisuras...en fin)...

- ¿Cómo fue posible ver los cimientos, el que ya están dañados y en qué medida? Porque pudo romper sus *secretos* y mostrarse... exhibiendo de ese modo otro ejemplo de daño **(11°)**: la más absoluta soledad, el mayor y más completo **aislamiento:** resultado del cual, mientras sus compañeritos juegan, él no integra el grupo en verdad, se auto-excluye desde su propia mente; como aprendió a funcionar en el grupo familiar.....los niños juegan y él hace otra cosa a solas consigo mismo, mientras simula jugar....

- Vamos a ver ahora algunos de los *aspectos dañados* que *ya* están en los cimientos de Nacho, pero que NO SE VEN aún; se verán claramente cuando llegue a su adultez, (aunque si no se le ayuda pronto, se podrán ver antes).

12°)-¿Qué construcción de *género femenino* hay ya en los cimientos de Nacho?...siendo la mujer la que pega, tira cosas, amenaza, patea pitos de toda edad, insulta, denigra, prohíbe que, obliga a, impide, limita, decide sin excepción, cercena derechos, se burla, humilla...?
Su único conocimiento de genitales y mujeres, están por ahora asociados con la violencia extrema y el miedo... Si nada cambia... ¿cómo será su acceso a la genitalidad? Y su vida sexual? Y su relación con las mujeres? Y con los hijos que tenga un día?

13°)-..siendo la mujer madre-la que arranca la ropa, pega, moja con agua fría, encierra a oscuras, deja mojado en el piso frío de baldosa, controla, impide, aísla, abandona, excluye, irrespeta, amenaza, asusta, atemoriza, destruye lo más amado por él.....?
Tal vez nos convenga recordar que una de las tres razones por las que un hombre violento mata a su mujer es por quedar embarazada (las otras dos**:** pedir ayuda con o sin denuncia e irse, huir de su lado); la mata o se lo quita a golpes. ¿Por qué será?
¿Cómo habrá aprendido, que "ser madre" es algo a evitar? ...Porque los hombres violentos no se gestan sólo mirando como papá le pega a mamá....a veces no llegan a ver eso jamás...bueno hay abuelitos que dan una mano...pero hay mujeres que dan las dos....y patadas en el pito...y agresiones muy violentas en el cuerpo, en la condición moral de ser varón, en la imagen del padre.....a un niño que está en los cimientos.....

14º)- ¿Qué construcción de *género masculino* **?** cuando el hombre es golpeado y golpea, denigrado y denigra, insulta, amenaza ,pega y patea a mujeres, jóvenes y niños, se emborracha.....es obligado a dormir fuera de la casa....pero obliga a otros a su vez.....Cuando tratan de verse más con su padre y su mamá no deja…y ve que su papá no lo logra, no puede con esa mamá...que para el niño es **"**no puede-ni podrá -con todo esto que me pasa".....

15º)-Durante las entrevistas, varias veces me dijo: "mi primo que ya tiene 20 años..." contando cada vez algo que se le hizo al primo, bañarlo, golpearlo, dejarlo llorando…¿será que con 6 años piensa que hasta los 20 esa será su vida? Esa vida que AÚN rechaza y desea que termine.....Porque si la "acepta" finalmente, por no tener otra opción.....

16º)- ¿Y si no se vuelve violento- a pesar de lo muy elevado de las posibilidades, por su historia de vida que nada ni nadie interrumpe-qué se volverá?

¿Sometido infelizmente y en silencio a una mujer violenta? ¿Pegará a sus hijos contra su voluntad para que hagan el silencio absoluto que exige el vecino de mal carácter, por no animarse a enfrentarlo? ¿Tolerará las sujeciones humillantes de un jefe abusador de poder? ¿De cuántos será el hazme-reir? ¿Sellará de estas u otras maneras-con su ejemplo-la vida de sus hijos??

17º)- En los primeros 5 años de vida-se construyen todos los cimientos necesarios para completar el edificio "resto de la vida".....

El hecho es que, con sólo 6 años...Nacho**:** *ya* está preparado para; ya tiene los cimientos necesarios para; *ya funciona***-**apoyado en ellos: (el juego escolar-"cuidar" la versión que da a la psicóloga-ocultarle a su madre lo que habla conmigo...etc.-etc.-)

Más....no veremos el edificio hasta que esté terminado**...**

Podríamos pensar que Nacho es ya un "producto"al que le ha caducado la fecha de vencimiento.....pero**....** **(**¡siempre hay un pero...!!), existe algo que se llama RESILIENCIA, **(**término de la metalúrgica que alude a la propiedad de algunos metales para ser fundidos, cambiada su forma y tamaño(ex-barra de hierro, ahora lote de ménsulas),SIN alterar sus propiedades y esencia-Por extensión**:** término de la medicina que refiere a lo mismo en los huesos humanos cuando se fracturan-así como, término de la psicología al definir la capacidad de aquellas personas que, sometidas a agresiones con resultado de daños- (para muchos irrepa-

rables)- son capaces de sobrevivir y mantener algo que popularmente se llama esperanza....

Pues resulta que Nacho tiene (no por fuerza todo el mundo).

Son sus aspectos resilientes los que hicieron**:**

1. que rompiera el secreto
2. que aún pueda poner en palabras cómo sufre, cómo no quiere esa vida, cómo desea cambiarla...
3. que aún pueda fantasear cómo lo haría, qué cosas cambiaría...
4. que aún pueda sentir el deseo de lograrlo
5. es lo que le hace decir con firmeza**:** "*quiero que sepan que tengo sangre, sí"*
6. aunque también exprese su miedo y dudas de que se pueda....por lo desmesurado para su edad y madurez del poder adulto en el que se siente preso**...**

18º)-Un niño en soledad, por muy resiliente que sea, no podrá enfrentar y manejar esta situación y salir airoso; puesto que ante todo estará soportando la carga de la existencia que lleva, el daño y de todos los riesgos; armado únicamente con sus miedos, sus deseos, su confusión y su inmadurez. -Así que, abonando los cimientos que vimos en Nacho, estarán los riesgos, que –también vimos-algunos ya presenta...

- severamente castigado tendrá consecuencias físicas (sobre todo en términos de nutrición y crecimiento, somatizaciones, enuresis, etc.) y psíquicas **(**depresiones frecuentes, insomnio, pesadillas, sentimientos de culpa, sensación de impotencia y baja autoestima, dificultad para confiar, síntomas de trastorno de estrés postraumático (especialmente pensamientos intrusivos- (aparecen abruptamente sin lógica ni relación con lo que está haciendo) y desesperanza con enojo e ira crónica.
- el maltrato prolongado puede conducir a un trastorno disociativo (como la personalidad múltiple) que no se observa en Nacho, pero los mecanismos de defensa por él desarrollados, no lo preservan precisamente y él ya es dos niños**...(**los cimientos están....)
- el secreto intrafamiliar le exige el extra-familiar y ambos le imponen el aislamiento.
- El modelo materno a seguir por la fuerza del vínculo desde la gestación, por el predominio en su vida -como en la de todo niño casi- será definitorio.

- Por ahora logra mantener un equilibrio; pero las estrategias adultas de control, sometimiento y castigo, pueden trascender los esfuerzos defensivos "de niño" de Nacho y provocar un fallo de las defensas que lo deje descompensado y con todos los peligros de evolución de patología incluso irreversible.

19°)- Todo en este niño por su edad, está en evolución-aún lo malo-pero no definitiva e irreversiblemente instalado. El problema en estos casos es que los niños son como una esponja seca que apretada dentro de la mano, introdujéramos en un balde con agua; absorberá lo más posible, sin darse cuenta, sin discriminar.-Rápidamente, porque su estructura está ávida de aprender, de saber, como la esponja por el agua...y si lo que aprende le permite sobrevivir en el sufrimiento...más absorbe...

20°)-Una de las cosas que fortalece y asegura normalmente la salud psíquica de un niño, es el afecto de sus padres**.**...-la díada madre- niño, se establece como el primer vínculo afectuoso y de mutua satisfazción que ejercerá en los individuos un efecto protector que les permitirá enfrentarse en lo posterior, a las adversidades de su entorno circundante.

Bowlby, dice que este *apego* e influencia significativa va más allá del vínculo madre-hijo, se extiende a toda la red de relaciones existentes dentro del seno familiar.

- El descuido o crianza negligente es la forma más común y menos diagnosticada de maltrato a niños. La pobreza, (no sólo económica, que además *no* es la situación), sino también en términos emocionales y experienciales, es uno de los factores predisponentes observados en casos como el de Nacho.

-La falta de afecto materno, es extremadamente dañina.-y es precisamente la que emerge de su testimonio.

-El rechazo, el desamor, la indeferencia, de uno de los padres; su ausencia normativa; su presencia asociada a la hostilidad; el no depositar expectativas en el hijo-lo que implica no tener esperanza e ilusión por él....

-Punto a favor en este caso: *no* se trata del padre del mismo sexo

¿Qué nos queda entonces? La posibilidad-y necesidad-de acudir al otro progenitor -que lo proteja, que le de una oportunidad.....

21°)-Pero aún queda el riesgo de si esta mamá logrará sus propósitos alienantes, antes de que sea posible ayudar a su hijo.-

En ese caso, Nacho**:**

- Irá distorsionando la percepción que tiene de su padre hasta coincidir con su mamá-
- Será obligado a borrar de su memoria el recuerdo de experiencias gratificantes vividas en ese vínculo.
- A más lo necesite y quiera a su papá, más deberá simular lo contrario, para no "perderlo"; pero tan pequeño, se adaptará a las exigencias de su mamá, confundido por su propio esfuerzo y presionado por el núcleo.
- De tanto fingir para sobrevivir y mantener su afecto a salvo, terminará viendo como válidos esos argumentos.-
- Sentirá culpa por ocultar sentimientos positivos, absolutamente normales, hacia su papá.
- Reprimirá su criterio y espontaneidad, ejercitando los de su madre, creyendo preservarse y a su amor por su padre.
- Su pensamiento será cada vez más entrenado y rígido...
- Aprenderá que la forma adecuada de conseguir el afecto y el aprecio de mamá, es odiar a papá y mostrárselo a ella
- Los lazos afectivos con un padre probablemente capaz y afectuoso, se perderían y con ellos la oportunidad de un vínculo con una figura de referencia fundamental para un armonioso desarrollo. Dada la situación de Nacho, este es un grado de riesgo preocupante.

Factores que fortalecen los *riesgos*, favorecen el *daño* y que haya oportunidad de que se instalen definitivamente mecanismos irreversibles.

- La violencia familiar contra niños es universalmente el delito con mayores índices de impunidad y sub-registro.
- El problema de la discriminación sexista: por antiguos prejuicios culturales aún vigentes, "víctimas" habla de mujeres y niñas-El varón en toda edad es mal visto si demuestra su padecimiento, si se queja....Incluso la demanda de capacitación para atender varones de cualquier edad, es muy baja en todo el mundo; puesto que culturalmente, el varón "es el agresor". De modo que "cuando una madre lo es", su responsabilidad desaparece, refugiada en la práctica nube del prejuicio.
- La idealización social a través del tiempo, de la figura materna, que por cierto, no debe confundirse en sus aspectos erróneos con la lucha por los derechos de la mujer.

- El hecho de que sólo están legisladas las heridas físicas-las que tiene Nacho NO**.**
- Entonces, la *"alienación parental"* cuando es ejercida, padecida, por una mujer, rara vez es tenida en cuenta como tal.
- Lo mencionado constituye la razón básica por la que no se profundiza en la exploración de las causas de la sintomatología que acertadamente se advierte en los niños; quedando éstas relegadas a una posible consecuencia menor y pasajera, de la disputa legal por el tiempo a compartir con el niño.
- **Consecuencias inmediatas**: la permanencia de la situación violenta en que está inserto el niño y la IMPUNIDAD adulta, buscada en forma consciente.

PRONÓSTICO:

DEFINICIÓN DE VIOLENCIA:(O. M. S.)

"Violencia-en el ámbito doméstico-es cualquier acción u omisión, cometida en el seno de la familia por uno de sus miembros, que cause DAÑO físico, emocional, sexual, patrimonial o económico; incluso menoscabe la libertad, ponga en riesgo la vida, afecte la salud física y/o mental, o limite de alguna manera el pleno desarrollo de otro integrante del núcleo".

1. un *núcleo familiar* masificado e indiscriminado, cuyos integrantes-c/u sin excepción- (y por ende también *la madre*)**:**

- castiga severamente sólo por el placer de hacerlo
- controla rígidamente en vez de enseñar
- impone erróneamente en vez de permitir aprender de la experiencia
- crea negatividad a través del mal ejemplo
- genera miedo y no confianza y respeto
- anula en lugar de fortalecer y estimular
- no reconoce errores ni culpas
- justifica su accionar violento, atribuyendo responsabilidad al más débil e indefenso, para pretextar el castigo
- percibe al niño de la casa como objeto carente de necesidades
- prioriza sus intereses sobre las de cualquiera otro
- con un handicap afectivo por el que está en competencia con el niño
- con una hiper-exigencia nunca satisfecha

- jamás se plantea *pedir perdón* o *reparar* el daño

2. *un niño* de corta edad, que ya presenta un *grado de daño* considerable y enfrenta *riesgos* presentes y futuros de magnitud

3- conjunción e interacción que nos distancia en grado superlativo de lo que llamamos **"***interés superior del niño***";** del espíritu de la normativa interna, regional e internacional y que sólo podría *garantizar la transmisión intergeneracional de la violencia.*

EL PRONÓSTICO ES ALTAMENTE RESERVADO.

Por lo que requiere inmediata intervención desde todo punto de vista.

Se impone un tratamiento que consista en una reeducación terapéutica de su sistema vincular y defensivo**;** lo que implicará**:**

- revaloración de su cuerpo
- reconstruir su imagen corporal
- desarrollo pleno de sus capacidades
- construir su privacidad
- fortalecimiento de vínculos protectores y afectivos, en los que sea tenido en cuenta como sujeto de derecho
- asumir sus derechos
- creación de vínculos propios de la edad
- re-orientar la forma de vincularse con los demás...con miras a su futuro (amigos-compañeros-pareja.-familia-hijos)
-desarmar y sustituir progresivamente mecanismos defensivos inadecuados por otros saludables
-reeducar su valoración masculina y femenina que le permita: recuperar su dignidad de niño, rescatar su condición de varón, para establecer y reafirmar su identidad y una construcción cultural de género acorde con una vida sana; en base a la que se encauce saludablemente su sexualidad, en aras de un acceso lo más adecuado posible a la genitalidad

-Pero surgen por lo menos dos problemas:

- **como es muy obvio, de nada sirve terapizar a Nacho si no cambia su entorno vital. Su terapia se transformaría en un mostrarle como deberían ser las cosas y cómo podría ser su vida si viviera en otra realidad.**

- **la madre** también necesita ayuda profesional; pero si no se aparta del núcleo -cosa que difícilmente quiera hacer- sería tan improductivo el aporte técnico, como sería el de Nacho mantenido en ese ambiente.

El tema de la oportunidad...

- Nacho con certeza tiene oportunidad; porque lo que se ha dañado en su mal proceso, puede revertirse en buena medida, impidiendo una instalación definitiva; siempre que sea en el marco de un *cambio radical y total.*
- Todo lo que está procesándose en Nacho, está instalado de toda la vida en la mamá, dificultándole aceptar ayuda-y lo que es más serio- entender la situación riesgosa de su hijo.
- Ella probablemente no desea cambiar de vida, salir de ahí...su niño es muy claro en eso.
- Ella no tuvo un adulto referente que le prestara atención, que buscara ayuda, que intentara estar lo más cerca posible....su hijo por suerte sí.
- Si ella puede comprender esto en algún grado, ver estas diferencias entre una historia y otra....*un primer paso sería tal vez darle a su hijo la oportunidad que necesita...y acceder a la suya propia.*

CONCLUSIONES:

- La situación de Nacho hay que entenderla tal como se ha construido: con la intervención dinámica de la madre y su núcleo familiar- (excluido el padre)- de Nacho mismo, del entorno social (maestras, psicólogas, terapeuta) y del sistema judicial.
- Nuestro Derecho reconoce a la "estructura familia", a sus funciones protectoras y formativas, a los individuos que la integran y a las relaciones de ellos entre sí, con el resto de la familia y con la sociedad. Eso nos da entonces un amplísimo espectro de posibilidades para negociar, mediar y/o conciliar, cuando surge un conflicto.
- Pero para ello, es menester**:**
  -la coexistencia de intereses compartidos como el bienestar del hijo, su salud y evolución.
  -la percepción de ambos padres de los intereses del hijo y la compatibilidad para encararlos.
  -capacidad mutua de empatía (ponerse en el lugar de los otros).

-Todo lo que –lamentablemente- *no* es lo que se observa aquí.

- De acuerdo a lo que hemos estado percibiendo y entendiendo a través de Nacho: La situación nos ilustra sobre *el marco delictivo de conflictos*: desconocimiento absoluto y colectivo de DDHH: abandono, negligencia, encierros, tormentos, golpizas, sometimiento, desamor, indiferencia, descuido, desinterés, chantaje, humillaciones, degradaciones, insultos, burlas, abuso de la autoridad que confiere el vínculo y la condición de adultos; y no sólo de la madre, sino de todo el núcleo conviviente.
- Maltrato físico y emocional vigente en menores y mayores bajo todas sus formas...en esas 3 generaciones...lo que proporciona la certeza de antecedentes violentos, también en las anteriores.
- El diagnóstico de la situación familiar de este núcleo permite detectar figuras jurídicas que remiten a responsabilidades penales y civiles.
- Pero la insuficiencia de legislación aplicable a delitos cometidos contra niños, que se manejan con las figuras del código penal adulto, dificulta la adecuada resolución de su situación. Exceptuando la ley 16.137 (29/9/90) que en su *artículo único* reconoce la Declaración de DDNN del 11/89 en Nueva York; la que -a su vez- sólo enuncia, "declara"; no legisla-todo lo que terminará posibilitando reclamos y/o medidas en desmedro de la integridad y derechos de Nacho.
- Si un niño se fractura una pierna, lo enyesan, hace quietud, no juega a la pelota, no corre, no va unos días a la escuela; el entorno cuida que no entre en contacto con su rutina habitual. Hasta que cicatriza. Y mientras tanto, no se le indica saltar sobre esa pierna para que los músculos no pierdan sus funciones, movilidad y elasticidad....Si se fractura su vínculo con uno de los progenitores, ¿no habrá que esperar que cicatrice, sin forzar la permanencia del vínculo?

-La realidad de Nacho, del núcleo familiar materno y el "estado" del vínculo en particular, ameritan la adopción de medidas que resulten coherentes, adecuadas, acordes, a la situación de alto riesgo en que él se encuentra.

-urge que los operadores de justicia a cargo, consideren medidas cautelares que contemplen:

1. -un cambio radical del entorno conviviente
2. -la posibilidad de una restricción vincular prolongada y completa, con todo el núcleo sin excepciones; entendiendo por tal la interrup-

ción de todo contacto, incluido el acceso a los lugares que frecuenta el menor-(escuela-domicilio-otros)–
en tanto se dirima en las vías pertinentes el destino final de Nacho.

3. -se sugiere también desestimar visitas vigiladas, si acaso se solicitaran, en las que serían posibles las recriminaciones por haber hablado y las amenazas para lograr una retractación.
   Ya que –como es lógico-la interrupción de la convivencia no basta para modificar patrones de conducta adultos, como los que emergen del relato y desempeño de Nacho; así como tampoco sería suficiente el inicio de una terapia de parte de la mamá, (ni aún con todo el núcleo, posibilidad que aparece como altamente improbable).
4. -la conveniencia de ampliar lo más posible el contacto y tiempo de permanencia con el padre (condiciones para asegurar su estabilidad emocional...) de acuerdo a lo relatado por Nacho....De ser posible en forma permanente**:** ante la urgencia de SALIR este niño de esta situación y de identificarse con una figura masculina que preserve su identidad
5. -las necesidades y derechos de un niño de 6 años son muy claras para cualquier persona que tenga acceso a esta información, así como a estas reflexiones y conclusiones. El estado de uno y otro rubro en la situación de Nacho es muy obvio. Él mismo lo muestra claramente con su lenguaje de niño.

Entonces podríamos preguntarnos cuáles son las reales necesidades de los adultos que reclaman tiempo con él.

El Dr. Manuel Sauceda (España)-en su libro "La violencia familiar dirigida al menor"- capítulo 2-"El uso del sistema judicial"-páginas 32 a 48-comenta, al otro lado del mundo**:**

- ".....convirtiéndose así la *instancia judicial* en un elemento necesario del maltrato, al no ejercer el poder para cortar la perversión de esta dinámica. Los *motivos de discusión* rara vez son reales, sino que son creados por el alienador como medio de mantener viva la conexión emocional a través del conflicto, con su víctima.
  Cuando no se entiende esto, cuesta trabajo entender que, en este tipo de relación, la *firmeza* de la víctima sea la clave, en lugar del diálogo."
- "El alienador no tienen ninguna intención de servirse de ellos-(*se refiere a los motivos de discusión)*- para resolver ningún problema, ya

que los problemas, como decíamos antes, no son más que un medio perverso, pero medio al fin y al cabo, de conseguir conexión emocional con el progenitor alienado y denigrado y por otro lado, el alienador no pretende otra cosas que mantener su estructura de poder."

- "Un mediador es una amenaza para esa estructura de poder, y eso no lo aceptará nunca el alienador de buen grado. Es posible que alguno dé la apariencia de querer la mediación pero, tan pronto como se empiece a desmontar su juego, será rechazada. Hay casos en los que han estado yendo durante un año a terapia de pareja sin la más mínima intención de cambiar nada, sólo para "ayudar" a cambiar al otro. Por eso cuando vemos alguna sentencia que sugiere este tipo de solución sabemos que no habrá avance alguno...."

En suma:

-problemática que se centra y gira en torno al vínculo de Nacho con su madre y el núcleo familiar que ambos integran, de características patológicas, con rituales perversos y predominio de conductas violentas, de índole física y emocional, con connotaciones sexuales indirectas.

-vínculos en función de los cuales Nacho no puede distinguir los roles adecuados ni construir su propio espacio vital; menos reconocer sus derechos

-que trata de contrarrestar con defensas cada vez más rígidas y menos favorables para su vida afectiva y de relación y su condición de persona

-que según su información espontánea, muy clara y directa, con lenguaje de niño, su existencia se enmarca en un MF/E, severo y perjudicial y en el ritual de limitaciones que se han ido detallando. (Sobre todo por provenir de su mamá, que parece vivir a su hijo como un objeto de su propiedad, necesario para la satisfacción del grupo masificado).

-siendo el *mayor riesgo mediato*, la probable reacción materna-núcleo, (ya experimentada en la historia judicial del país y registrada en la literatura)**: "**si no es nuestro, no es de nadie**";** lo que podría poner en riesgo la vida biológica de Nacho; lo que sin duda exige medidas cautelares extremas para preservar absolutamente su integridad física.

NOTA: Obsérvese que todo lo expuesto ha sido trabajado, elaborado y concluido, en base a lo manifestado por el niño; omitiendo información-que se posee-acerca de los adultos, para mostrar cómo un niño, aún de

corta edad, puede testificar su realidad claramente; que por compleja que esa realidad sea, no pierde coherencia si el relato es verídico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS-

-Blanco Barea ; Las amenzas del síndrome de alienacion parental-España- (impreso)

-Barudy; J, (1998), "El dolor invisible de la infancia" Buenos Aires, Paidós

-Barudy, J,(2005), "Los buenos tratos en la infancia", Barcelona, Gedisa

-Besten, B, (1997), "Agresiones a niños", EEUU, Editorial Herder

-Blanco, MJ; "El interés superior de los menores en procedimientos de Guarda y Custodia y Derecho de Visitas"- (impreso)

-Bolaños, I; "Hijos alineados y padres alienados. Asesoramiento e intervención en las rupturas conflictivas"- (impreso)

-Bolwby, J; (1990); "El vínculo afectivo" volumen 1, Barcelona, Paidós

-Burín, M-Meler, I; (2004)-"Varones", Bs As, Paidós

-Cantón Duarte-Cortés Arboleya, (1995), "Malos tratos y ASI", Madrid, SXXI.

-Cárdenas; 1998 "La mediación en conflictos fliares"; Lumen Humanitas- Bs. As.

-Cerezo, Fuensanta, (1997)-"Conductas agresivas en la edad escolar", Barcelona, Pirámide

-Cirillo, S; Blassio, P; (1997), "Niños maltratados", Milán, Paidós

-C, J, (compilador), (1994), "Violencia doméstica", Bs As, Paidós

-C, J, (compil), (2003), "Maltrato y abuso en el ambiente doméstico", Bs As, Paidós

- CVRS: violencia y perversión la mente violenta-(España) (impreso)

-Díaz, A; Bin, L, (2006), "Atención, memoria y resiliencia", Madrid, Lugar

-Echeburúa, E, (1998), "Personalidades Violentas", España, Pirámide

-Esbec, E; "Daño psíquico: Factores de vulnerabilidad"-Madrid-SXXI

-Garrido Martín, E., Masip Pallejá, J.; CBCA- Evaluación de la credibilidad del testimonio: Una revisión de los fundamentos teóricos, orígenes, evolución y estado actual del Análisis de Contenido Basado en Criterios (CBCA) Editado-Universidad de Salamanca.

-Gelvan, S, (1995), "Padres golpeados", Bs As, San Pablo

-Giberti, E; Fernández, S; (compil), (1989), "La mujer y la violencia invisible", Bs As, Sudamericana-

-Glaser, D; Frosh, S; (1998), "Niños maltratados", Bs As, Paidós

- Hayez, JY; De Becker, E; (1999); L'Enfant victime d'abus sexuel et sa famille: Evaluation et traitement-Edit. Broché

-Henderson, N; Milstein, M; (2003), "Resiliencia en la educación", Barcelona, Paidós

-Intebi, I, (1998), "Abuso a niños hasta en las mejores familias", págs.173 a 201-cap. 6- Bs

As, Granica

-Kempe, R, (1982), "Niños maltratados", México; Morata

-Lambertti, S-(compil), (2003), "Maltrato al menor", Bs As, Universidad

-Lassus, MC; 2003-"Un diagnóstico sobre la relación vincular entre padre e hijo y evaluación del daño en un núcleo cómplice en MF/E". CEJU-Montevideo, Uruguay

-Lassus; MC; (2003) "Violencia e Impunidad"-análisis de una familia multiproblemática-Jornadas Psicología Jurídica –Montevideo, Uruguay

-Luna, M, (1997), "Qué hacer con menores y familia", Bs As, Lumen Humanitas

-Manzanero, A; -"Evaluando el testimonio de menores testigos y víctimas de abusos " -Dpto. de Psicología Básica. U. A. Madrid

-Matturana, H y otros, (1985), "Violencia en distintos ámbitos", Santiago de Chile, Dolmen

-Murcia Valcárcel, E, (1997), "El matriarcado patológico", España, Herder

-Mondragón, J; Trigueros, Isabel, (2002), "Intervención con menores", Madrid, Nancea

-Niehoff, D, (2003), "Biología de la violencia", Barcelona, Ariel

-Peyrú, G. y otros, (2003), "Violencias sociales", Barcelona, Ariel

-Puerta, M P, (2002), "Resiliencia", Bogotá, Lumen Humanitas

-Ravazzola, M C, (1997), "Los maltratos en las relaciones", Bs As, Paidos

-Redondo, S, (2000), "Personalidades violentas", Madrid, Pirámide

-Sanmartín, J, (2002), "La violencia y sus claves", Barcelona, Ariel

-Sanmartín, J, (2002), "La mente de los violentos", Barcelona, Ariel

-Sauceda, M; "La violencia familiar dirigida al menor"-capítulo 2-"El uso del sistema judicial"-páginas 32 a 48-(España)- (impreso)

-Seijó, D; Carballal, Y; "Importancia de la estabilidad psicológica en progenitores separados: evaluación psicológica"-España-(impreso)

-Stevenson, O, (1992), "Atención al niño maltratado", Bs As, Paidós

-Suárez Ojeda, E,(compil), (2001), "Descubriendo la propia fortaleza", Bs As, Paidós

-Seligman;M ; (1975); "On depression, development and death"-págs. 42 a 52- San Francisco. EEUU.

-Summit; R: (1973); "Child abuse and neglect: accomomodations syndrome"-pág. 177 a 199 EEUU

-Varma, V, (2005), "La violencia en niños y adolescentes", Sevilla, Trillas

-Vázquez, B. (Coord.).- "Evaluación de la credibilidad del testimonio. Estudio de 100 casos". Serie documentos del Centro Reina Sofía para el estudio de la Violencia. Valencia.

-Vitale, G; De los Testimonios de niños y niñas. Análisis y propuestas-Barcelona-(impreso)

-Velásquez, S, (2003), "Violencias cotidianas de género", Bs As, Paidós

-Welldon, E, (1980), "Madre, virgen, puta: idealización y denigración de la maternidad", Londres, SXXI

-Wollman, B, (1978), "EL niño ante el temor, el miedo y el terror", México, Laser-press

Derecho Laboral

EL FONDO DE RESERVA O TRABAJO CAPITALIZADO

Dr. Jorge Egas Peña

La legislación laboral ecuatoriana incorporó desde 1938, una interesante institución, única en la legislación positiva americana, llamada Fondo de Reserva o Trabajo Capitalizado, como lo conceptúa el Art. 124 del Primer Código del Trabajo y subsiste hasta la fecha en el Código vigente (art. 196).

El fondo de reserva es un derecho del trabajador que preste servicios por más de un año a que el empleador le abone una suma equivalente a un mes de sueldo o salario por cada año completo posterior al primero de sus servicios. Este valor debe depositarse obligadamente en el IESS, en forma mensual o anual.

La ley recientemente introducida por la Comisión de Legislación y Fiscalización de la Asamblea Nacional ha dispuesto la entrega mensual de la alícuota del fondo de reserva (8,33%), directamente a los trabajadores; aun cuando dejando al arbitrio del trabajador que se le siga depositando dicho valor, en forma anual, en el IESS.

Rastreando el origen de esta institución hemos encontrado que dicho beneficio perseguía proporcionar al trabajador un patrimonio dinerario para el tiempo de su retiro, el mismo que estaba constituido por un monto equivalente a un mes de su sueldo anual; esto es, la doceava parte de lo ganado en el año, valor que el patrono debía depositar en el IESS, siendo en principio indisponible e irretirable, a objeto de que pudiera cumplir su finalidad esencial, que fue constituir una cultura de ahorro en el trabajador, para futuras eventualidades.

El fondo de reserva, al decir de Fabián Jaramillo Dávila[1], no tuvo carácter indemnizatorio, pues debía pagarse a los trabajadores aun

[1] Derecho Laboral en Iberoamérica, Editorial Trillas (Méjico), 1981. Pág. 143.

cuando su contrato de trabajo no hubiere terminado por culpa del empleador; tampoco constituye una participación del trabajador en las eventuales utilidades del negocio, pues debe pagarse aun cuando éstas no existan; y, tampoco es una prima o bonificación que el empleador concede graciosamente al trabajador, pues la ley lo obliga a hacerlo todos los años, ni cumple tampoco las funciones de la cesantía o jubilación, ya que la ley prevé por separado tales beneficios.

Su finalidad fue la de constituir un capital que sirviera al trabajador para solventar sus necesidades al tiempo de su retiro, no cual auxilio de subsistencia como lo es de jubilación, sino como medio para establecer un negocio, adquirir un inmueble o, en general, realizar una actividad económica.

En cierta forma, el fondo de reserva perseguía introducir al trabajador en el sistema de producción capitalista, para cuyo efecto lo dotaba de un capital propio.

Con posterioridad, la legislación del trabajo fue abriendo las posibilidades de disponibilidad del fondo de reserva, como por ejemplo para la adquisición de vivienda familiar o finca agrícola o cancelación de los gravámenes que recaen sobre las mismas; o, permitiendo el retiro del fondo de reserva cada cierto tiempo (3 años); para ahora, disponer la entrega mensual del mismo, directamente al trabajador, conjuntamente con su remuneración.

Con tal medida se provoca la desaparición del ahorro obligatorio de dicho recurso, para transformarlo en "plata de bolsillo", con la pretendida finalidad de incrementar el consumo interno, evitar la paralización del aparato productivo y precaver, por tal vía, el aumento del desempleo, producto de la crisis actual por la que atraviesa el país.

Si el propósito expuesto es real, la medida debió ser de duración temporal; y, así como se ha dejado en libertad al trabajador para recibir directamente su cuota mensual del fondo de reserva (8,33% de la remuneración), conjuntamente con su remuneración ordinaria, con o como son la pérdida de la capacidad de ahorro del trabajador, el descontrol en el cumplimiento efectivo de este derecho y la confusión que provocará la

duplicidad de regímenes instaurados, respetando el supuesto albedrío del trabajador.

Nos resulta difícil admitir que la medida legislativa recientemente adoptada se inscriba en una tendencia a eliminar los rezagos del supuesto "neoliberalismo" que caracterizara a la etapa republicana anterior al socialismo del siglo XXI, en que se privilegiaba soluciones como las de fomentar la formación de capital en los trabajadores, a fin de desarrollar un capitalismo popular como también se preveía en el Art. 31 de la Constitución de 1998 que establecía la obligación del Estado de estimular la propiedad y la gestión de los trabajadores en las empresas, por medio de la transferencia de acciones o participaciones a favor de aquellos; y, la necesidad de procurar el incremento y la redistribución de los ingresos y permitir el acceso de la población a los beneficios de la riqueza y el desarrollo, declaraciones programáticas, si se quiere líricas, pero que desgraciadamente han desaparecido de la Carta Magna vigente.