

CAPJURÍDICA

REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA

1ER. SEMESTRE 2016

CAPJURÍDICA

Revista del Colegio de Abogados de Pichincha

ISSN:

No. 1-Primer Semestre 2016 (año uno)

Quito-Ecuador - SEMESTRAL

CAP JURÍDICA, Revista del Colegio de Abogados de Pichincha, difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas en general. Su objetivo es impulsar el estudio riguroso en el campo del derecho, a través del intercambio de opiniones, análisis y reflexiones sobre los problemas más contemporáneos de la ciencia jurídica en el Ecuador y otros países.

COMITÉ EDITORIAL

Urs Kindhäuser PhD (Universidad de Bonn-Alemania)

Antonio García Amado PhD (Universidad de León-España)

Manuel Atienza PhD (Universidad de Alicante-España)

Alí Lozada Prado PhD (Universidad de Alicante-España)

Ramiro García Falcofí PhD (Universidad Central del Ecuador)

Agustín Grijalva Jiménez PhD (Universidad Andina Simón Bolívar-Sede-Ecuador)

Hernán Salgado Pesántes PhD (Pontificia Universidad Católica del Ecuador)

Angélica Porras Velasco PhD (Universidad de Especialidades Espíritu Santo Ecuador)

Director de la revista: Salim Zaidán

Editor general: Salim Zaidán

Coordinadora de la revista: Angélica Porras Velasco

Toda comunicación puede hacerse a través del correo revistacapjuridica@gmail.com o la dirección del Colegio de Abogados de Pichincha: Vicente Piedrahíta N 15-134 (e4-62) y Av. 6 de Diciembre, Quito, a la atención de Revista CAPJurídica.

Diseño de portada:

Diagramación:

Impresión:

ÍNDICE

- Editorial	
RAMIRO GARCÍA FALCONÍ _____	11
- Cine y Teorías Criminológicas	
NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ _____	19
- Los acuerdos entre criminales y administradores de justicia penal. El arrepentido o colaborador que negocian con la justicia penal	
PABLO GALAÍN _____	67
- Justicia restaurativa: La desatinada prohibición de la mediación penal	
CARLOS PATRICIO SERRANO _____	147
- El principio de legalidad y los límites del poder punitivo	
MAURO BENENTE _____	181
- La función del compliance en el análisis de la responsabilidad penal de la persona jurídica	
STALIN RAZA CASTAÑEDA _____	221
- Constitución sin constitucionalismo. El problema sobre límites y control del poder en el poder constitucional y la democracia de derechos en el Ecuador	
PAÚL CÓRDOVA _____	279

-
- Las marcas de distribuidor y el derecho de la competencia en el Ecuador
LENÍN HURTADO ANGULO _____ 327

 - Consentimiento informado en adolescentes para tomar decisiones en temas relacionados con su salud, salud sexual y salud reproductiva
ANA CRISTINA VERA SÁNCHEZ _____ 361

 - Políticas activas de empleo juvenil en el Ecuador
ELISA LANAS MEDINA _____ 407

 - La doctrina del margen de apreciación nacional. Su recepción en el sistema europeo de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina
MARCELO LÓPEZ ALFONSÍN y MARÍA SOL BUCETO _____ 455

 - Colaboradores _____ 499

 - Normas para colaboradores _____ 505

EDITORIAL

La Dirección de la Revista del CAP pone a disposición de sus lectores el primer número de la Revista CAPJurídica dedicado al estudio de distintas materias del Derecho, relacionadas con temas de actualidad y cuya importancia es de trascendencia de orden coyuntural para fomentar la discusión en torno a la doctrina, academia y práctica judicial. Ello sin contar la relación existente entre la formación jurídica y la promoción editorial, que requiere de análisis, crítica y fomento de la investigación de los juristas tanto nacionales como extranjeros.

En primer momento, me complace anunciar que a través de estas páginas fomentamos la cultura jurídica del país, es decir un espacio en el cual los investigadores jurídicos puedan publicar sometiendo a la revisión de pares y demás criterios que se pueden observar en el desarrollo de la revista. Una de las quejas constantes que se han formulado en la evaluación de nuestras facultades de derecho, ha sido sin duda la falta de producción investigativa por parte de los docentes de las mismas, el número ínfimo de publicaciones y carencia de impulso para realizarlo.

Este fenómeno tiene diferentes explicaciones y circunstancias. La falta de bibliotecas adecuadas ha jugado en contra al momento de generar nuevas tendencias y teorías del derecho actual, rezagando las discusiones a la interpretación literal de las leyes y códigos sin ninguna muestra de base doctrinaria y científica, lo que ha llevado a la tardía aplicación de estas figuras que ya constan y están en auge en la normativa de varios países con un sistema normativo similar al nuestro.

En este sentido, la nueva biblioteca del CAP ha contribuido con nuevos horizontes bibliográficos de varias ramas del Derecho, con una propuesta que esté al alcance de todos los abogados y les permita realizar una investigación seria sobre los problemas jurídicos y sociales que golpean a la sociedad ecuatoriana y al mundo. De esta iniciativa se debe reconocer los planteamientos nuevos e innovadores que se conjugan para el continuo crecimiento de la ciencia jurídica cuya base se remonta a la posibilidad actual de los juristas de tener a su disposición libros, jurisprudencia y doctrina sobre temas de su interés.

La dirección editorial de este número, ha recogido una serie de artículos producto de esta visión que convergen en sus líneas aspectos cotidianos, problemas dogmáticos, la función de organismos internacionales en relación a los estados, medios alternativos de solución de conflictos, principios, garantías, derecho de competencia, derecho laboral, consentimiento informado y derechos humanos; es decir, nos encontramos frente a un trabajo extenso, variado y arduo de varios juristas que han visto en la investigación la oportunidad de impulsar el mundo del derecho a otro nivel.

Finalmente, resta pronosticar el mejor de los éxitos a este arduo trabajo del CAP y de los autores de los diferentes artículos, ya que con su aporte esperamos impulsar la academia y la judicatura para la construcción de un nuevo derecho crítico y vigente con los nuevos problemas, retos, tendencias y teoría del sistema jurídico actual. En cuanto a los diferentes artículos que recopila el primer número de la revista jurídica del CAP, constan los siguientes temas:

NOBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ en su artículo “Cine y teorías criminológicas”, pretende evidenciar cómo a través del cine se analiza tanto categorías dogmáticas del derecho penal, como teorías criminológicas; ya que como señala el autor en ocasiones se tornan temas difíciles de abordar con los estudiantes y el público en general ésta temática pudiendo simplificarse a través del uso de herramienta audiovisual para obtener mayor receptividad y construcción compartida de conocimiento.

PABLO GALAÍN PALERMO en “Los acuerdos entre criminales y administradores de la justicia penal. El arrepentido o colaborador que negocia con la justicia penal”, señala que la política criminal diseñada por los organismos internacionales y supranacionales para la lucha contra determinados fenómenos, pone en riesgo la seguridad jurídica a nivel nacional e internacional bajo la exigencia a los Estados miembros que introduzcan en sus respectivas legislaciones determinadas figuras procesal penales. El estudio de la figura del “crimen organizado” toma en cuenta lo referente al arrepentido o colaborador, que lo lleva a realizar un análisis crítico en un contexto genealógico, filosófico, normativo y fáctico entorno al Ordenamiento Jurídico penal de Uruguay.

CARLOS PATRICIO SERRANO LUCERO al referirse a “Justicia Restaurativa: La desatinada prohibición de la mediación penal en los asuntos de violencia de género”, señala que la violencia de género es un fenómeno que ha pasado de ser ignorado por la norma penal a tener una excesiva carga punitiva en la actualidad, lo que ha derivado en la prohibición de la mediación penal en asuntos de violencia de género, siendo la política criminal actual ineficiente pues los índices de violencia de género no han disminuido. En el referido artículo argumenta a favor de la implementación de este medio alternativo de solución de conflictos, precisa las infundadas causas de su prohibición y aboga por los beneficios que ofrece este sistema de justicia restaurativa.

MAURO BENENTE en cuanto al artículo “El principio de legalidad y los límites al poder punitivo” determina que tanto la academia jurídica como la jurisprudencia muestran que el principio de legalidad es una garantía que limita el poder de castigar del Estado, cita autores como Raúl Zaffaroni y Luigi Ferrajoli que conciben al principio de legalidad como un dique de contención del poder de castigar. Además, manifiesta que el principio de legalidad fue incluido en el sistema legal abordando las obras de Beccaria y Feuerbach para conceptualizarlo en proporción con las justificaciones del castigo.

STALIN RAZA CASTAÑEDA a través de “La función del *compliance* en el análisis de la responsabilidad penal de la persona jurídica” analiza seis aspectos fundamentales. Primero, el Estado de la cuestión en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, desde un abordaje tanto teórico como práctico; segundo, la compatibilidad constitucional de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; tercero, los modelos de imputación de las personas jurídicas conocidos hasta la actualidad; cuarto, los

problemas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la Dogmática Penal estándar; quinto, las funciones del *compliance* para evaluar la responsabilidad penal de las personas jurídicas; y, finalmente la necesidad o no de elaborar una nueva Dogmática Penal para los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas y las funciones del *compliance*.

PAÚL CÓRDOVA VINUEZA al tratar sobre “Constitución sin constitucionalismo. Problemas sobre los límites y controles al poder en el Derecho Constitucional y la democracia de derechos en Ecuador”, explica las razones jurídicas en la Constitución de 2008 sobre la concentración y centralización del poder, los factores estructurales que menoscaban el desarrollo de una democracia constitucional y de los derechos *ius* fundamentales. El autor considera que la vigencia de un presidencialismo hiperpoderoso aminora la formación de un sistema equilibrado de pesos y contrapesos institucionales; y fractura la separación de poderes, argumentando que los controles y límites al poder son el desafío pendiente del constitucionalismo ecuatoriano.

LENÍN HURTADO ANGULO sobre “Las marcas de distribuidor y el derecho de la competencia en el Ecuador”, explica que estas representan una herramienta fundamental en el ejercicio del comercio y, consecuentemente en la competencia económica en el Ecuador. Las marcas dejaron de ser una forma de establecer el origen empresarial y constituyeron una manera de identificación de productos y servicios en el mercado, gracias al auge de los autoservicios como forma de comercialización de productos de una gran variedad. Dicha distribución logra un enorme nivel de penetración en el mercado de expendio de alimentos, por lo que es el principal mecanismo de ofrecer y adquirir tales productos, logrando una posición de dominio que causa abuso, en

contraposición de las normas de defensa y tolerada competencia desleal.

ANA CRISTINA VERA SÁNCHEZ expresa sobre “Consentimiento informado en adolescentes para tomar decisiones en temas relacionados con su salud, salud sexual y salud reproductiva” una reflexión legal desde el marco de los Derechos Humanos y la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes sobre el tema del consentimiento informado en cuanto a su relación con la patria potestad, los deberes y obligaciones de los Estados, basados en el análisis y aplicación de los principios de bienestar superior y autonomía progresiva.

ELISA LANAS MEDINA en cuanto a “Políticas activas de empleo juvenil en Ecuador”, presenta un estudio crítico sobre las políticas activas de empleo juvenil aplicadas en Ecuador por el actual gobierno, con especial énfasis en las incorporadas en la Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, regulación excepcional de la jornada de trabajo, cesantía y seguro de desempleo. El objetivo de este estudio es comparar la política pública del gobierno frente a los actuales planteamientos de organismos internacionales especializados para enfrentar el alarmante desempleo de los jóvenes en el mundo, espera generar un debate informado sobre la pertinencia de dichas políticas y plantea la posibilidad de ajuste de los mecanismos propuestos en la norma.

MARCELO ALBERTO LÓPEZ ALFONSÍN y MARÍA SOL BUCETTO respecto al análisis de “La doctrina del Margen de Apreciación Nacional. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina”, ponen a la vista el margen de apreciación

nacional como pauta hermenéutica nacida en el sistema europeo que profiere a los Estados un modelo de diferencia para la interpretación de las normas convencionales, atendiendo al contacto más directo que las autoridades nacionales tienen con la sociedad civil. Los alcances de esta teoría trascienden las fronteras hasta ser receptados por el sistema interamericano y el Estado argentino, lo que permite realizar una comparación que muestra sistema interamericano en una posición más retardada respecto a su par europeo.

Ramiro García Falconí
Quito 2016

CINE Y TEORÍAS CRIMINOLÓGICAS

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ¹

RESUMEN

El presente artículo pretende demostrar cómo a través del cine se pueden analizar tanto categorías dogmáticas del derecho penal, como teorías criminológicas. Estos temas, que en ocasiones se tornan difíciles de abordar con los estudiantes y el público en general, pueden simplificarse a través del uso de esta herramienta audiovisual, obteniendo mayor receptividad y construcción compartida de conocimiento.

PALABRAS CLAVE: Cine, criminología, derecho penal.

¹ Asesor docente Grupo de Prisiones Universidad de los Andes e Investigador visitante de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona).

ABSTRACT

This paper aims to show how both (i) dogmatic categories of criminal law and (ii) criminological theories can be analyzed through movies. These two issues, which sometimes become difficult for students and the general public, can be simplified with the use of this audiovisual tool. In fact, movies help obtain greater academic openness and discussion.

KEY WORDS: Movies, criminology, criminal law.

INTRODUCCIÓN

La criminología se convirtió en una disciplina de encuentro (DOWNES, citado por ROCK y HOLDAWAY, 1988, “Thinking About Criminology: <Facts are Bits of Biography>” p. 3), cuya competencia corresponde a varios saberes y profesiones (GARLAND, 2007, “La cultura de las sociedades con altas tasas de criminalidad. Algunas precondiciones de las políticas de seguridad ciudadana” p. 94; MATTHEWS, 2003, *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento* p. 307)². El cine, por su parte, permite mostrar representaciones de la vida cotidiana y en materia delictiva, ofrece al espectador algunos detalles sobre el comportamiento criminal que pueden ser analizadas a través de las teorías criminológicas y el derecho penal³, ante lo cual los textos de criminología, así como los distintos manuales de derecho penal, en ocasiones resultan densos para graficar estas situaciones.

Estudiar criminología a través del cine continúa siendo atractivo y novedoso⁴ y el tema en el ámbito colombiano ha sido relegado a un segundo plano. Sin embargo, el presente artículo pretende mostrar los beneficios del estudio del crimen y las reacciones

² Incluso puede hablarse de “identidades criminológicas”, siendo los franceses más cercanos a la sociología, los británicos a la medicina y los italianos a la antropología (LARRAURI, 2015 p. 24)

³ “El lenguaje cinematográfico está asociado casi desde el comienzo con el mundo del Derecho, aunque la afirmación pueda parecer paradójica” De Lucas (2003, *Blade Runner: el Derecho, guardián de la diferencia* p. 19)

⁴ Cfr. ATHERTON (2013); DEMERATH (1981); LIVINGSTON (2004) y RAFTER y BROWN (2011). DE LUCAS (2003), por su parte, ofrece un análisis de la inmigración - fenómeno estudiado por la criminología a partir de las teorías ecológicas de la desorganización social y la asociación diferencial-, a partir de la película *Blade Runner*.

frente a éste dentro de un contexto cultural, por medio del análisis de películas que desde diversos ángulos y estilos, abordan esta temática, particularmente la construcción social y cultural del fenómeno criminal y su control, lo cual es correlacionado con el contexto colombiano.

Se pretende así, ofrecer una herramienta pedagógica en la enseñanza de estas disciplinas, que morigere los aspectos técnicos propios del derecho penal y la criminología, facilitando su entendimiento, no solo para los estudiantes de derecho y criminología⁵, sino en general, para cualquier sujeto ajeno al conocimiento jurídico, que ante la propagación del crimen en todos los ámbitos de la vida cotidiana, puede encontrarse motivado frente al tema.

Para este efecto se ha dividido el texto en ocho temas, que se consideran fundamentales en el estudio de la criminología, los cuales serán contextualizados a partir de una o dos películas de manera principal y otros *films* que serán abordados de manera secundaria. En la escogencia de las películas se procuró omitir el estereotipo de Hollywood – lo que no se logró en todos los casos –, ofreciendo películas clásicas, permitiendo así una reflexión libre de prejuicios o la eventual desmotivación frente a historias ya observadas.

A continuación se relacionan las películas con base en las cuales se estudió cada uno de los temas propuestos y frente a las cuales se brindará un breve análisis en este texto:

⁵ “(...) en algunas ocasiones, los estudiantes se quejan de que hay muchas teorías criminológicas en los estudios de criminología y a ellos les gusta un conocimiento más práctico, más aplicado” (LARRAURI, 2015, p. 66)

CUADRO 1
Películas estudiadas

TEMA	PELICULAS	OTRAS PELÍCULAS SOBRE EL TEMA
Explicaciones biológicas y psicológicas sobre el crimen.	M (Alemania, 1931, 110 min.). Director: Fritz Lang y Psicosis (EE.UU., 1960, 109 min.). Director: Alfred Hitchcock.	El silencio de los inocentes; Monster; American Psycho
Explicaciones sociológicas: anomia y tensión.	Mean Streets (EE.UU., 1973, 112 min.). Director: Martin Scorsese	El Padrino (partes 1, 2 y 3); Goodfellas; Once Upon a Time in America; María llena eres de gracia; Trainspotting; Scarface.
Explicaciones sociológicas: exclusión y alienación en la modernidad tardía.	Taxi Driver (EE.UU., 1976, 113 min.). Director: Martin Scorsese.	Mean Streets; Satanás; Asesinos por Naturaleza; Boys don't Cry
La escogencia racional del crimen.	Double Indemnity (EE. UU., 1944, 107 min.). Director: Billy Wilder	El halcón maltés; The Big Sleep; Sunset Boulevard; Touch of Evil; The Third Man; The Lady from Shanghai.
El espacio urbano y la desorganización social como factores generadores del crimen.	La Haine (Francia, 1995, 98 min.). Director: Mathieu Kassovitz y Un profeta (Francia, 2009, 155 min.). Director: Jacques Audiard.	La Sierra, Rodrigo D No futuro, La vendedora de rosas, Ciudad de Dios, Los olvidados, Goodfellas, Mean Streets, The Departed.
Las teorías del etiquetamiento y el pánico moral.	The Thin Blue Line (EE. UU., 1988, 103 min.). Director: Errol Morris (Documental)	Capturing the Friedmans, Summer of SAM.
Crimen y control social.	Los 400 golpes (Francia, 1959, 99 min.). Director: François Truffaut.	A Clockwork Orange; Fight Club; Reservoir Dogs; Ciudad de Dios, Lord of the Flies.
La criminología crítica y la legitimidad del poder de castigar.	La batalla de Argel (Italia-Argelia, 1966, 121 min.). Director: Gillo Pontecorvo.	

Fte. Elaboración propia

Para finalizar esta introducción, es importante resaltar la preocupación de los docentes en obtener receptividad por parte de sus estudiantes en los temas abordados en clase y, ciertamente la enseñanza del derecho penal y la criminología se ha camuflado recientemente bajo cierto misticismo, del cual somos responsables en gran medida los profesores y quienes escribimos sobre el tema. Insisto, este texto pretende desmitificar la enseñanza de estas disciplinas, acudiendo a una herramienta llamativa para el estudiante-espectador, que motiva su reacción y la construcción de conocimiento conjunto, acercándolo a la realidad, más allá del aprendizaje memorístico sobre las teorías dogmáticas que rodean el objeto de estudio.

EXPLICACIONES BIOLÓGICAS Y PSICOLÓGICAS SOBRE EL CRIMEN⁶

Cuando observamos el comportamiento criminal de Aileen Wuornos (Película *Monster*, 2003)⁷, Buffalo Bill (Película *The silence of the lambs*, 1991)⁸, Patrick Bateman (Película

⁶ “Para LOMBROSO, los sujetos delincuentes se diferencian del resto de los ciudadanos, y por influencia de DARWIN afirma que no han evolucionado al mismo ritmo que el resto de la humanidad y que, por tanto, exhiben rasgos de atavismo. Los delincuentes poseen características biológicas distintas, como la enfermedad mental, carecer de un sentimiento moral y el alcoholismo, que les determina a cometer delitos” (LARRAURI, 2015, p. 52). Sobre el tema ver AKERS y SELLERS (2009, *Criminological Theories. Introduction, evaluation and application* pp. 47-70), BARATTA (1989, pp. 31-34), CID y LARRAURI (2001, pp. 57-77), DELISI (2012, “Revisiting Lombroso” pp. 5-21), HAGAN (2008, *Introduction to Criminology. Theories, methods and criminal behavior* pp. 117-144), LILLY, et. al (2007, *Criminological theory. Context and consequences* pp. 17-32), NEWBURN (2013, pp. 131-168) y SERRANO (2009, *Introducción a la criminología* pp. 243-282).

⁷ <http://www.youtube.com/watch?v=vq70brIQP40>.

⁸ <http://www.youtube.com/watch?v=lQKs169SI0I>. Ver también Rafter, 2006, p. 71

American Psycho, 2000)⁹ y la representación de Peter Kurten, llevada a la pantalla grande por Fritz Lang (Película *M*, 1931), muy probablemente surjan muchas preguntas relacionadas con el estudio del criminal¹⁰, como: (i) el ¿por qué de esas conductas desviadas? y (ii) ¿cuál es la mejor estrategia de control social?

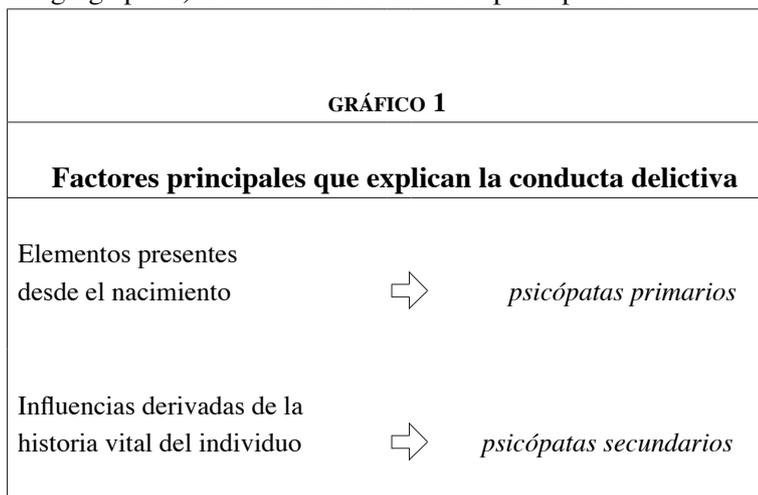
A continuación se abordarán algunas posibles respuestas a estos cuestionamientos desde una perspectiva criminológica, directamente vinculada a la imputabilidad penal. La criminología ha explorado varias teorías, que arrojarían como consecuencia de estos actos, desde la pena de muerte con base en una visión de proporcionalidad inspirada en la escuela clásica [*criminología administrativa y legal* (TAYLOR, *et. al.*, 2007, *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada* p.23)], hasta el internamiento en un centro psiquiátrico como medida de rehabilitación promovida por FERRI, GAROFALO y LOMBROSO, dentro de la escuela positivista (pp.28 y s.s.).

Ahora bien, estos personajes pueden ser catalogados dentro de lo que la psiquiatría forense rotula como “*psicópatas*”, siendo una de sus características, la completa ausencia de empatía que conduce a la realización de comportamientos socialmente desvalorados, con ausencia de frenos inhibitorios (CANCIO, 2013, *Psicopatía y derecho penal: algunas consideraciones introductorias* p. 533), satisfaciendo sus intereses netamente egoístas (TAYLOR, *et. al.*, 2007 p.20).

⁹ <http://www.youtube.com/watch?v=XKEX1aaf1DI>. Ver también RAFTER, 2006, p. 69

¹⁰ La criminología – como ciencia de la criminalidad- es ante todo, en sus orígenes, conocimiento del criminal (MELOSSI y PAVARINI, 1987, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario* (Siglos XVI-XIX) p. 192).

Para responder el primer cuestionamiento, relacionado con el ¿por qué de esa conducta?, la doctrina alemana (ANDERSON y KIEHL, 2012, “The psychopath magnetized: insights from brain imaging” p. 53)¹¹ relaciona dos factores principales:



Aunque en principio esta clase de personas no serían aptas para el castigo penal, desde la arista del libre albedrío y la autodeterminación (MORSE, 2008, “Psychopathy and criminal responsibility” pp. 205 y 211 y TAYLOR, *et. al.*, 2007 p. 248), la dogmática jurídico penal actual y en especial, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español (CANCIO, 2013 p. 537), consideran que deben ser condenadas sin ninguna clase de distinción ni atenuación [como si lo harían los neoclásicos (TAYLOR, *et. al.*, 2007 pp. 26 y 27)], ya que comprenden perfectamente lo ilícito de su hecho y no presentan dificultades de control de la conducta, advirtiendo que los psicópatas son todo lo contrario a impulsivos [lo que se acopla al problema del *nihilismo terapéutico* (TAYLOR,

¹¹ En sentido similar RAFTER (2006, p. 70).

et. al., 2007, p. 43) y a su vez va en contravía de la tesis positivista (p. 42)].

Retornando al caso de Peter Kurten, analicemos una de las confesiones que le hizo al psicólogo Karl Berg, cuando le preguntó sobre la conciencia de sus actos¹²:

No tengo. Nunca sentí arrepentimiento en mi alma; nunca pensé que lo que hice estaba mal aunque la sociedad lo condenara. Mi sangre y la de mis víctimas estará en la cabeza de mis torturadores. Debe de haber un Ser Superior que creara la chispa de la vida. Ese Ser juzgará buenos mis actos puesto que vengué mi injusticia. Los castigos que sufrí destruyeron todos mis sentimientos de ser humano. Por eso no tuve piedad con mis víctimas.

En este contexto, el defensor de Kurten (en la película) sostiene una posición positivista en virtud de la cual el asesino carece de continencia moral y no puede ponerle freno a su necesidad incontrolable de matar niños. De ahí que sus acciones no son su responsabilidad. Por eso sostiene que el asesino necesita un tratamiento, una rehabilitación, y no un castigo¹³.

¹² Disponible on line: <http://www.el-parnasillo.com/elvampirodedusseldorf.htm>

¹³ En el mismo sentido Taylor, et. al. - siguiendo a la corriente positivista -, señala que un criminal es una persona anormal y enferma, que precisa de tratamiento (2007, p. 28). Desde esta perspectiva, expone Ferrajoli que: "las penas asumen el carácter de medidas técnicamente apropiadas para las diversas exigencias terapéuticas u ortopédicas de la defensa social: medidas higiénico-preventivas, medidas terapéutico-represivas, medidas quirúrgico-eliminativas, según los tipos de delincuentes ocasionales, pasionales, habituales, dementes o natos, así como de los factores sociales, psicológicos

Nótese que la película exalta los rasgos comportamentales del sujeto criminal. Los silbidos compulsivos que acompañan siempre al asesino son una muestra de ello. De modo similar, las características físicas del sujeto criminal, tales como la mirada errática, pero al mismo tiempo increpante y siempre alerta; o incluso su frente, ancha y prominente, que recuerda características eminentemente *Lombrosianas* que contribuyen a crear el arquetipo criminal (RAFTER, 2006, *Shots in the mirror. Crime films and society* p. 64).

Si tanto él, como Aileen Wuornos, Jame Gumb y Patrick Bateman pueden ser considerados dementes¹⁴, sus conductas desde la óptica penal pueden ser consideradas típicas -porque reúnen los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de homicidio- e igualmente son antijurídicas porque lesionaron de manera efectiva el bien jurídico tutelado de la vida. Estas dos categorías, sin lugar a dudas, serán superadas con suficiencia por el juzgador, pero ¿cómo hará para establecer de manera efectiva la situación de demencia de este sujeto? ¿La decisión sobre la culpabilidad, en definitiva, corresponderá al juez o al médico forense? Estas situaciones no están reguladas en la ley y es el poder disciplinario (medicina) el que en definitiva adopta la decisión¹⁵, debiendo

o antropológicos del delito" (2009, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* p. 267)

¹⁴ "Un hecho significativo: la manera en que la cuestión de la locura ha evolucionado en la práctica penal. Según el Código francés de 1810, no se planteaba hasta el final del artículo 64. Ahora bien, éste dice que no hay crimen ni delito, si el infractor se hallaba en estado demencia en el momento del acto" (FOUCAULT, 1976, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* p. 27).

¹⁵ De antaño, así lo ha reconocido implícitamente la jurisprudencia colombiana: "Para que tal situación se presente, debe ser cabalmente comprobada mediante pericia médica, no siendo suficiente la simple afirmación de la existencia del trastorno, sino que su existencia debe emanar de pruebas

el poder soberano ceder ante su presencia (HERNÁNDEZ, 2014, “Poder soberano y poder disciplinario. La codificación desde una visión foucaultiana” p. 147). Por esta razón, no es tan desacertado pregonar que en esta clase de casos, las togas negras deben ceder ante las blancas batas¹⁶.

Para el caso colombiano, encontramos una cercanía entre Luis Alfredo Garavito y Peter Kurten, quien si hubiera sido declarado inimputable—a pesar de la concepción social errada de impunidad-, podría haber sido condenado a una medida de seguridad¹⁷, aparejada a un tratamiento médico por un largo tiempo.

Por otra parte, la obra *Psycho* (Robert Bloch, 1959), llevada a la pantalla grande por Alfred Hitchcock (1960)¹⁸ permite escudriñar en el comportamiento de Norman Bates¹⁹ y las muertes que este

atendibles de donde surjan datos o antecedentes verosímiles relativos a la personalidad del inimputable y a la manera como normalmente se exterioriza a través de su usual comportamiento”. Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal– providencia del 26 de junio de 1985, proceso 1985, magistrado ponente Velásquez (1985).

¹⁶ La competencia en esta clase de delitos queda radicada preferentemente en cabeza del médico, desplazando al Juez (AKERS, 1994, *Criminological Theories. Introduction, evaluation and application* p. 165).

¹⁷ “Se establece un sistema de doble vía, el de penas para las personas racionales y el de medidas de seguridad para las personas que no tienen capacidad de razonar o controlar su comportamiento (técnicamente llamadas inimputables)” (LARRAURI, 2015, p. 53). También se hace referencia a esta consecuencia jurídica en la página 169 del mismo texto.

¹⁸ <http://www.youtube.com/watch?v=NG3-GlvKPcg>

¹⁹ Representa la historia del asesino en serie de Wisconsin (Ed Gein - “El carnicero de plainfield”). “Aparentemente era un hombre inofensivo... pero su personalidad ocultaba un terrible psicópata que convirtió su granja en un matadero humano. Sus espeluznantes crímenes proporcionaron a Hitchcock las bases para su clásica película de terror *Psicosis*.” Recuperado de internet:

ocasionó²⁰; sin embargo, en la primera parte de la película, también permite observar la teoría de la elección racional del delincuente (Marion Craine) al apoderarse de una suma importante de dinero (U\$40.000), aprovechando la confianza en ella depositada, lo cual realiza con el objetivo de tener una estabilidad económica para compartir con su pareja sentimental.

Ahora bien, la belleza de Marion Craine no resulta desprevenida, en la representación que hace Hitchcock, para el análisis de esta teoría. Las características físicas de aquella son las que propician el comportamiento homicida de Bates al sentirse atraído y al mismo tiempo confundido por el trastorno de personalidad, que hace aparecer a su progenitora (en su cabeza) quien rechaza esta atracción, terminando de esta manera actuando en contra de la vida de una persona bajo un *edipo* materno que se encontraba dentro de sí. Utilizando los términos de Freud podríamos decir que esa belleza está relacionada con el súper yo del delincuente (BARATTA, 1989, *Criminología crítica y crítica del derecho penal* p. 45), que lo enloquece y despierta en definitiva un comportamiento paranoide, mismo que le impide actuar libre y consciente frente a sus actos.

De la misma manera podríamos aventurarnos frente a una explicación de los otros dos homicidios mencionados al final de la película (relatados por su autor al psiquiatra) y cuyos cuerpos, muy probablemente se encontraban en el fondo del pantano, aledaño a la casa y donde escondía los cadáveres de sus víctimas. No ocurre lo mismo con el homicidio del investigador privado, cuya motivación es sustancialmente diferente, al pretender

http://www.escalofrio.com/n/Asesinos/Ed_Gein_-_El_carnicero_de_Plainfield/Ed_Gein_-_El_carnicero_de_Plainfield.php

²⁰ Una de las escenas más famosas del séptimo arte está constituida por la muerte de Marion Craine en la ducha del motel Bates.

eliminar los rastros del delito pero que guardan relación en la medida que es ese otro yo de Bates, el que realiza la conducta homicida.

De esta manera, las películas analizadas ofrecen suficientes insumos para determinar no solo la enfermedad de los delincuentes sino el origen de su patología y el tratamiento con base en el cual el derecho penal debe responder a esta clase de actitudes, en las cuales el libre albedrío pregonado por BECCARIA (LARRAURI, 2015, *Introducción a la criminología y al sistema penal* p. 50), se encuentra ausente.

EXPLICACIONES SOCIOLÓGICAS SOBRE EL CRIMEN: ANOMIA Y TENSIÓN²¹.

En su obra *El contrato social*, ROUSSEAU expresa que “El hombre nace bueno y la sociedad lo corrompe”, lo que se traduce en que el hombre es producto del contexto social en el que se encuentra, iniciando por la familia y continuando con el entorno que lo rodea. En cuanto al primer grupo citado, que a voces del constituyente del año 1991 –para el caso colombiano- constituye el núcleo de la sociedad (artículo 42 Constitucional), encontramos que “la familia es, desde luego, la principal cadena de transmisión para

²¹ “Unas aspiraciones que el orden social universaliza, aumenta y transforma en valor económico, y un acceso desigual a los recursos legales que permiten satisfacerlas, conllevan a que la persona esté en disposición de recurrir a medios ilegales. La existencia de estos, junto con unos grupos que enseñan a utilizarlos y a neutralizar los vínculos morales, propiciará la comisión de actos delictivos” (LARRAURI, 2015, p. 70). Sobre el tema ver AGNE (1997, “The Nature and Determinants of Strain: Another Look at Durkheim and Merton” p. 23-51), AKERS y SELLERS (2009, pp. 177-210), CID y LARRAURI (2001, pp. 125-150), HAGAN (2008, pp. 145-150), LILLY, et. al (2007, pp. 53-78), NEWBURN (2013, pp. 169-186) y SERRANO (2009, pp. 339-388).

la difusión de las normas culturales a las generaciones nuevas. Pero lo que pasó inadvertido hasta muy recientemente es que la familia transmite en gran parte aquella parte de la cultura que es accesible al estrato social y a los grupos en que se encuentran los padres” (MERTON, 1992, *Teoría y estructuras sociales* p. 237).

En este sentido resulta bastante gráfico el personaje de Michael Corleone (*The Godfather* – Mario Puzzo, llevado a la pantalla grande por Francis Ford Coppola y protagonizado por Al Pacino²²) quien luego de acabar su carrera militar y con ocasión del atentado contra la vida de su padre²³, decide tomar venganza (*vendetta*)²⁴. Michael termina dirigiendo la familia Corleone y hereda el título de Padrino, con las implicaciones delictuales que esto conlleva.

En una situación similar, aunque no idéntica, se encuentra Charlie (Película *Mean Streets*, 1973)²⁵ quien dentro del fenómeno de la migración italiana a los Estados Unidos, creció en un ambiente delictual que le generaba dilemas éticos sobre lo bueno y lo malo.

²² <http://www.youtube.com/watch?v=gCVj1LeYnsc>

²³ La guerra de los Corleone con las otras familias (mafias) de New York se origina por la negativa de Don Vito para hacer parte del negocio del narcotráfico.

²⁴ “La sociedad ya no castiga – si es que alguna vez lo hizo-, sino que delega su función en un aparato estatal y en instituciones especializadas al margen de la sociedad. Los actos emotivos de venganza se volvieron tabú hace mucho tiempo –por lo menos en la conducta oficial-, y fueron desplazados por lo que parecen ser procesos racionales de control de la delincuencia” (GARLAND, 1999, p. 44). Curiosamente en las dos películas analizadas, la venganza fue el medio de control social por excelencia, en contra de Johnny Boy y de los opositores de la familia Corleone, cobrando también la vida de algunos integrantes de esta última. Incluso en la primera escena del Padrino, Don Vito es requerido por Bonasera para vengarse, frente a un fallo judicial que consideraba injusto.

²⁵ <http://www.youtube.com/watch?v=rCwjzn0CncA>

Charlie, a diferencia de Michael, aspiraba heredar los negocios de su tío (voluntariamente), mientras que Michael se vio obligado a hacerse cargo de la familia, a pesar de que su conciencia inicial no se compaginaba con estos ideales, terminando encuadrados ambos, en definitiva, bajo lo que MERTON rotula como “pecado socialmente inducido” (MERTON, 1992, p. 209).

Y aquí resulta interesante analizar la relación que existe entre las dos películas frente a la presión religiosa que cargan los protagonistas, lo cual se observa desde la primera escena en la que aparece Charlie, mientras que respecto de Michael solo se vislumbra al final de la saga. Esto por cuanto en últimas, el delito trasgrede el código moral impartido por la religión (pecado) dentro de una cultura teocrática, fuertemente arraigada en las costumbres de estos delincuentes²⁶.

Analicemos ahora el entorno social del delincuente²⁷. Tanto *el padrino* como *mean streets* se desarrollan en la pequeña Italia (Manhattan-New York). En la segunda de las películas citadas, Charlie y sus amigos se encuentran en medio de un ambiente criminal (RAFTER, 2006 p. 66) que los lleva a reproducir las conductas sociales que culturalmente los han acompañado a lo largo de su vida. Aquí es preciso también analizar como el paradigma de éxito dentro de una sociedad de consumo se ve

²⁶ El delito es “una violación al código moral básico que la sociedad considera sagrado” (GARLAND, 1999, p. 46). Al respecto resultan interesantes las películas “La virgen de los sicarios” http://www.youtube.com/watch?v=1O_QZV1ImFE o “rosario tijeras” <http://www.youtube.com/watch?v=YQ91nR3mw78> en donde a pesar de segar la vida de algunas personas, encomendaban su accionar criminal a la Virgen María e incluso rezaban las balas para que llegaran al blanco propuesto.

²⁷ “environmental theories of crime” (RAFTER, 2006, p. 65)

directamente relacionado a la capacidad adquisitiva de dinero y que las oportunidades de obtención del mismo se ven limitadas por la inequitativa distribución de la riqueza (MERTON, 1992 p. 223), que lleva a una solución ágil y rápida consistente en la obtención de recursos a través del delito –*innovación* (CID y LARRAURI, 2001, *Teorías criminológicas* p. 130), máxime cuando el ambiente en el que se desarrolla el individuo, así lo propicia.

Finalmente, la conducta de Jhonny Boy, termina vulnerando los parámetros de conducta establecidos dentro de la sociedad en la que habita (MERTON, 1992 p. 212) y cuyo castigo resulta directamente impartido por el rechazo social a su comportamiento²⁸. Este ejemplo resulta de utilidad para examinar la teoría de la anomía de DURKHEIM (MERTON, 1992 pp. 213 y 227). Jhonny es un individuo que se encuentra en imposibilidad de acceder a los medios que sirven para obtener los fines socialmente establecidos y por esto se vuelve un rebelde del sistema (MERTON, 1992 p. 224), obviando incluso las reglas del subsistema criminal en el que se desenvuelve.

²⁸ “Por ello el derecho penal se basa, por lo menos en parte, en una reacción emocional compartida causada por la profanación de las cosas sagradas” (GARLAND, 1999, p. 47). “Los delitos son ofensas en contra del orden moral sagrado de la sociedad, lo que a su vez corresponde a sentimientos profundos de cada uno de sus miembros. (...) El resultado es una reacción apasionada y hostil de parte del público, que exige el castigo para el infractor” (GARLAND, 1999, p. 48). Ver también DURKHEIM, 1998, *La división del trabajo social* pp. 79 y s.s.

**EXPLICACIONES SOCIOLÓGICAS SOBRE EL CRIMEN:
EXCLUSIÓN Y ALIENACIÓN EN LA MODERNIDAD TARDÍA**²⁹

Son múltiples las lecturas criminológicas que se pueden hacer a través del film *Taxi Driver*³⁰, protagonizado por Robert de Niro (Travis Bickle) y dirigido por Martin Scorsese. Retomando la escuela positivista podríamos adentrarnos en el análisis del comportamiento de Travis, despojándolo de su título de “héroe” y reemplazándolo por el de “enfermo”, lo cual se podría explicar por sus traumas adquiridos en Vietnam, que ameritarían un tratamiento médico³¹. También podríamos analizar la anomía pregonada por DURKHEIM y MERTON, dentro de un contexto social (Manhattan-New York) que conlleva al accionar delictivo con base en el entorno que rodea a sus protagonistas. Muy conectado con esta idea, este acápite se limitará a la teoría de la desorganización social de la *Escuela de Chicago* (RAFTER y BROWN, 2011, *Criminology goes to the movies: Crime Theory and Popular culture* pp. 67 y s.s.) que radica el objeto fundamental para el análisis de las causas del delito en el lugar y no en la gente³².

En este sentido, Manhattan (escenario también de *mean streets*) puede ser reemplazado fácilmente por Ciudad Gótica³³ o las

²⁹ Sobre el tema ver CID y LARRAURI (2001, pp. 79-98), HAGAN (2008, pp. 153-174), LILLY, et. al (2007, pp. 33-52), NEWBURN (2013, pp. 187-214) y SERRANO (2009, pp. 389-436).

³⁰ <http://www.youtube.com/watch?v=44gB58YS53A>

³¹ En este punto es importante anotar que incluso Betsy, considera que Travis puede ser un sicótico (RAFTER y BROWN, 2011, p. 76).

³² En determinadas áreas geográficas donde confluyen la pobreza, la movilidad de la población, la transitoriedad de las relaciones sociales y la presencia de inmigración, existen menos controles sociales que actúan como herramienta de contención frente a la comisión de delitos (LARRAURI, 2015, p. 67)

³³ <http://www.youtube.com/watch?v=m7dapUWHykw>

favelas de Rio de Janeiro³⁴, obteniendo un ambiente propicio para el análisis de esta teoría, donde los actores deben ceder su papel protagónico, ante la preponderancia del lugar, en el argumento criminológico bajo análisis. En estos lugares reina la pobreza, la inmigración y la fluctuación de valores que conllevan a la comisión de delitos (RAFTER y BROWN, 2011 p. 67), haciendo de estas conductas algo normal (YOUNG, 2003, *La sociedad excluyente: exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía* p. 33), especialmente en los *ghettos* judíos, tugurios italianos, salones de baile y barrios emergentes localizados en determinadas partes de la ciudad³⁵. Es decir, que el fenómeno no abarca toda la *metrópoli*, sino determinados sectores de ella, primordialmente ubicados en el centro de la misma, aunque en el caso de la *ciudad de dios* (2002), esta perspectiva se observe en la periferia³⁶, ostentando en todo caso la connotación de “zona de transición”³⁷ dentro de los anillos concéntricos analizados por la *Escuela de Chicago* que constituyen un símbolo de la asimetría entre la exclusión económica y la social (YOUNG, 2003, p. 46).

³⁴ <https://www.youtube.com/watch?v=-mKWzJzycRE>

³⁵ “Sus áreas constituyen la morada de las madres solteras y los padres irreflexivos, mientras que sus economías se sostienen sobre las drogas, la prostitución y el tráfico de mercaderías sustraídas” (YOUNG, 2003, p. 42)

³⁶ Un fenómeno similar se observa en Bogotá (Colombia) respecto de la localidad de Ciudad Bolívar, aun cuando en el centro de la ciudad podemos observar esta situación en el reconocido “cartucho” que posteriormente mutó hacia el “Bronx”. También paradigmático el caso de Medellín con la Comuna 13. En este contexto expresa GARLAND (2007, p.237) que “en el curso de una sola generación, la criminalidad se convirtió en una parte prominente de la vida, no sólo de la clase media urbana, sino también de buena parte de la clase media de los suburbios”

³⁷ La película comprende también dentro de estas zonas de transición al Bronx y Harlem, en la ciudad de New York.

Ahora bien, en *taxi driver* podemos observar como Travis se encuentra inmerso en un contexto que podríamos catalogar como “*podrido*” desde su visión, propia de aquel que recorre las calles en las horas de la noche abordo de un taxi, donde puede observar la *escoria* de la sociedad. El inconformismo de Travis con el entorno que lo rodea es tan profundo, que incluso al conversar con el candidato presidencial (Palantine) –a quien transporta como pasajero y luego decide matar por móviles que no resultan muy claros, pero que se infiere se encuentran relacionados con Betsy y con la imposibilidad de que a través de la política se obtenga una solución satisfactoria a los males de la sociedad –, clama por la limpieza de la ciudad.

Ante este panorama sombrío, Travis decide actuar a favor de una menor dedicada a la prostitución, matando a su proxeneta y cómplices, logrando evadir el rotulo de “*homicida*” y adquiriendo el noble atributo de “*héroe*” (RAFTER, 2006 p. 189) ante su actuar osado en contra del crimen³⁸. Este vigilante (vengador) que actúa en evidente violación de la ley (RAFTER, 2006 pp. 194 y 195) no es merecedor de un reproche, que podría traducirse en prisión e incluso en la pena de muerte -en algunos Estados Norteamericanos- sino de un aplauso y exaltación social por su lucha contra los males de la sociedad, según lo muestra la película.

³⁸ “Las rutinas privadas defensivas son comunes y existe un extenso mercado en el área de la seguridad privada” (GARLAND, 2006, p. 258). Un ejemplo similar nos otorga YOUNG en los siguientes términos: “una muerte de una persona puede ser tomada como un acto de heroísmo si es causada por un oficial de policía que se enfrenta a los ladrones armados, pero puede considerarse un acto de extrema inmoralidad si ha sido provocada por los ladrones” (2003, p. 69). En el mismo sentido RAFTER (2006, p. 198).

El dilema de esta clase de comportamientos radica al confrontarlos con la teoría del contrato social y la cesión que los asociados realizamos ante el *Leviatán* para la protección de nuestros derechos. Si cada quien se vuelve un justiciero y administra la justicia con sus propias manos, se debilita la democracia y se habilitan las arbitrariedades con tan nefastos resultados como las ejecuciones extrajudiciales o el surgimiento de grupos armados de autodefensas, para el caso colombiano.

LA ESCOGENCIA RACIONAL DEL CRIMEN³⁹

*Double indemnity*⁴⁰ nos separa de la disyuntiva clásica y positivista, para ubicarnos de lleno en la visión de BECCARIA frente al individuo egoísta que actúa con libertad de autodeterminación (escuela clásica)⁴¹. Precisamente el *filme*, muestra la manera en que un sujeto criminal no necesariamente debe ser un enfermo o un ser anormal. Por el contrario, el protagonista (Walter Neff), es un trabajador promedio de una compañía de seguros que, tal como el norteamericano de a pie, tiene en su mente la idea del

³⁹ Sobre el tema ver AKERS y SELLERS (2009, pp. 17-46), BARATTA (1989, pp. 25-31), CID y LARRAURI (2001, pp. 33-56), CLARKE y CORNISH (1985, *Modeling Offenders. Decisions: A Framework for research and Policy* pp. 150-161), HAGAN (2008, pp. 99-104), LILLY, et. al (2007, pp. 15-17 y 265-284), NEWBURN (2013, pp. 113-129) y SERRANO (2009, pp. 306-331).

⁴⁰ <http://www.youtube.com/watch?v=S3wjJcuGsVE>

⁴¹ “La segunda idea proveniente de BECCARIA y que tiene, en nuestra opinión, importancia para el posterior desarrollo de las teorías criminológicas, es su imagen del hombre. Ciertamente, si el castigo es útil es porque el hombre está en capacidad de razonar, de comparar el beneficio del delito con el coste de la pena. En consecuencia, surge implícita la imagen de que todos los hombres tienen esa capacidad de raciocinio. Pero además se presume que el coste-beneficio será el determinante en la actuación humana” (CID y LARRAURI, 2001, p. 36)

éxito idealizada a través del simbolismo del sueño americano, el cual incluye posesiones materiales y sentimentales. Debido a la influencia de Phylis Dietrichson, Walter se ve tentado hacia la idea de cometer un crimen en contra de un sujeto adinerado. El propósito: lograr venderle al sujeto una póliza de seguro cuyo valor está aumentado al doble. Posteriormente, se asesinaría al hombre, aparentando un accidente fatal que posibilitaría cobrar el valor del seguro. Esto llevaría a que el protagonista no solo obtuviera beneficios económicos sustanciales, sino a que también ganara el amor de la señora Dietrichson. En el desenlace, Walter comete el crimen, actuando siempre bajo la influencia de la señora Dietrichson, conocida en la teoría del cine negro como la *femme fatale* (RAFTER, 2006, p. 19) y utiliza sus conocimientos del funcionamiento interno de la agencia de seguros para intentar cobrar el monto del valor estipulado en la póliza.

La pregunta en este caso sería: ¿Qué tan racional resulta el homicidio de una persona para obtener una indemnización de una compañía de seguros, frente a la posibilidad de ser atrapado por las autoridades⁴² y condenado por un delito que le representará una larga estadía en un establecimiento penitenciario?

Previo a resolver este interrogante, consideramos pertinente anotar ciertos comentarios desde la perspectiva del análisis económico del derecho, que permitirán proveer de insumos la discusión. Los legisladores en materia penal, usualmente han considerado que al aumentar las penas se disminuye el índice de delitos.

⁴² En especial por Barton Keyes, dentro del caso concreto.

Esa elección racional del delincuente⁴³ corresponde a la siguiente fórmula:

La fórmula para decidir el monto de los daños si es menor que uno la probabilidad de que el delincuente sea efectivamente atrapado y obligado a pagar los daños es $D=L/p$, donde D es el monto óptimo de los daños, L es el daño causado por el delincuente si es atrapado (incluido cualquier ajuste que se haga para desalentar la elusión del mercado que transfiere riqueza por medio de la coerción), y p es la probabilidad de ser atrapado y obligado a pagar los daños óptimos (POSNER, 2011, *Análisis Económico del Derecho* p. 213).

Similar teleología se aplica en la fase legislativa⁴⁴ cuando, por ejemplo, se acude al dispositivo amplificador del tipo: tentativa y su consagración legal como punible, incrementando así los costos esperados por el infractor de la ley penal (POSNER, 2011 p. 224). Es por esta razón que, en un sistema judicial debilitado y con altos índices de impunidad –como el colombiano–, la existencia de la pena no cumple la función disuasoria esperada en contra del delincuente⁴⁵, ya que éste cuenta con la probabilidad a su favor, de no resultar judicializado (HERNÁNDEZ, 2012, p. 81).

⁴³ Sobre la elección racional del delincuente ver RUBIO (2007, *Economía Jurídica. Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano* p. 317). Una crítica sobre este modelo consiste en que el delincuente no conoce todos los costos y beneficios del delito (AKERS, 1994, p. 58-60).

⁴⁴ Lo que algunos autores denominan el “AED normativo”. Cfr. PINZÓN, 2010, *Aproximaciones al análisis económico del derecho* p. 56

⁴⁵ Al respecto Von HIRSCH, et al., p. 1-3. Esta certeza está comprendida dentro de la regla de la certidumbre absoluta foucaultiana: “De ahí la idea de que el aparato de justicia debe ir unido a un órgano de vigilancia que le esté directamente coordinado, y que permita o bien impedir los delitos o bien, de haber sido conocidos, detener a sus autores” (FOUCAULT, 1976, p. 101).

Al respecto manifestaba BECCARIA, inspirado en BENTHAM, en torno a criterios de prevención general negativa⁴⁶ y la eficiencia en la función de administrar justicia, lo siguiente:

Lo que BECCARIA propone es una ecuación para determinar en qué momento una pena deja de cumplir su función. El valor esperado del delito es igual al “bien” perseguido por el delincuente, multiplicado por la probabilidad de que dicho “bien” se obtenga (o, lo que es lo mismo, el valor absoluto del “bien” perseguido menos la probabilidad de no obtenerse). Acto seguido debe tomarse el “mal” de la pena prevista y multiplicarse por la probabilidad de que la pena resulte impuesta (la infalibilidad de la pena). Si el valor resultante es mayor al primero, entonces la pena prevista consigue su objeto (NUÑEZ, 2000, *Antecedentes y principios fundamentales del análisis económico de la ley* p. 68)

⁴⁶ La prevención general negativa pretende que la colectividad se abstenga de cometer delitos por el miedo de ser castigados con una pena; es una amenaza. Este criterio teleológico se compagina con la función simbólica del derecho penal: “La funcionalidad del derecho penal hace que éste no sólo se desenvuelva como instrumento con que cuenta el ciudadano para limitar el poder político en el ámbito del delito y de la pena y como ámbito de ejercicio del poder que, a través del castigo, se orienta a su legitimación por la sola razón de su ejercicio. Su multiplicidad funcional hace que también le sea inherente un desenvolvimiento como instrumento de construcción de la realidad social independientemente del incumplimiento de sus funciones declaradas, como un mecanismo capaz de influir en el imaginario social determinando creencias y conductas a partir de una sola razón de su positividad y sin vinculación alguna con las sanciones que siguen a los preceptos, como un elemento capaz de incidir en las representaciones de las personas y, en consecuencia, alentando por una pretensión de legitimidad desvinculada de sus evidentes limitaciones prácticas” Urbano, 2001, *La legitimidad de derecho penal. Equilibrio entre fines, funciones y consecuencias* p. 140

La elección racional postulada por BECCARIA, en relación con la película en cuestión, tiene su sustento en dos consideraciones. En primer lugar, el protagonista no es un ser anormal ni un psicópata. Por el contrario, se trata de un sujeto que cualquier persona podría cruzarse en un andén en un día normal. En segundo lugar, el protagonista sopesa los beneficios y los costos antes de cometer el acto criminal. Él sabe que del lado X de la balanza está la posibilidad de obtener 100,000 dólares y el amor de la hermosa dama que siempre ha pretendido. Del otro lado de la balanza (Y), está la posibilidad de que su intento fracase, de ser juzgado por sus actos, y de quedarse –a fin de cuentas- sin el dinero y sin la mujer (RAFTER, 2006, p. 14). Esta segunda posibilidad se torna más sobrecogedora en la medida en que Keyes, un experimentado sabueso de los seguros, al parecer jamás se equivoca a la hora de distinguir entre la posibilidad de que el seguro sea cobrado sobre la base de un verdadero accidente, o si éste solamente se cobra con el fin de aparentar un accidente para beneficiar, ilegítimamente, al acreedor.

En el curso de la película vemos la manera en que, siguiendo postulados utilitaristas, los cuales están basados en la maximización del placer –y en los cuales descansa buena parte del sustento filosófico de la teoría de la acción racional-, el protagonista se inclina por la opción que le brinda la posibilidad de ganar los 100,000 dólares y la mujer deseada. Lo anterior obedece a la constante influencia de la *femme fatale* sobre el protagonista, siendo esto una característica fundamental de los filmes negros.

Pero, además de la influencia de esta mujer, lo anterior se debe a que el protagonista se percibe a sí mismo como un experto en el mundo de los seguros, capaz de burlar al sistema y de eludir la

inteligencia del sabueso Keyes. Así pues, los beneficios, para el protagonista, superaron a los costos, lo cual derivó, tal como sería predecible desde la teoría de la acción racional, en la perpetración del crimen.

EL ESPACIO URBANO Y LA DESORGANIZACIÓN SOCIAL COMO FACTORES GENERADORES DEL CRIMEN⁴⁷

Para abordar este tema resulta oportuno hacer mención conjuntamente a las películas *La Haine*⁴⁸ (1995) y *Un prophète*⁴⁹ (2009). Estos *films* permiten graficar la teoría de Sutherland (1939 *Principios de Criminología* y 1940 *Delincuencia de cuello blanco.*) sobre la relación de los individuos con un medio delincencial (ambiente de aprendizaje) que degenera en el desarrollo de estas capacidades frente al primero (en similar sentido a la teoría de la desorganización social pregonada por la Escuela de Chicago, con algunas variantes que serán expuestas más adelante), advirtiendo que esta correspondencia (medio delincencial-delincuente), no opera *per se* al interior de estos contextos⁵⁰, debiendo agregar en la ecuación un ingrediente adicional: los estímulos para obedecer la ley –*asociación diferencial*-⁵¹.

⁴⁷ Sobre el tema ver AKERS y SELLERS (2009, p. 177), BARATTA (1989, pp. 66-82), CID y LARRAURI (2001, pp. 99-124), HAGAN (2008, pp. 155-156), LILLY, et. al (2007, pp. 41-52), NEWBURN (2013, pp. 187-214) y SERRANO (2009, pp. 389-436).

⁴⁸ <http://www.youtube.com/watch?v=yk77VrkxL88>

⁴⁹ <http://www.youtube.com/watch?v=-MD7JA4BeOU>

⁵⁰ “(...) la **simbiosis** puede definirse como la costumbre de vivir juntos que presentan organismos de diferentes especies dentro del mismo hábitat” (TAYLOR, et. al., 2007, p. 137)

⁵¹ Lo contrario significaría una fórmula en el siguiente sentido: Medio delincencial + individuo = delincuente. La fórmula de SUTHERLAND

En cierta medida, la tesis de Sutherland nos retrotrae al pensamiento de ROUSSEAU nuevamente, en cuanto a la bondad del individuo al nacer y su maleabilidad por parte de la sociedad, dentro de ese proceso de aprendizaje constante y la posibilidad de optar por dos caminos: el delito o la legalidad. Las preguntas que surgen, directamente vinculadas con las películas analizadas son: ¿Qué camino se debe tomar al interior de una cárcel cuando el medio delincuencial es más fuerte que la institucionalidad y la legalidad puede implicar, incluso, el compromiso de la vida misma? (*Un prophète*) y ¿Cómo actuar al interior de un barrio (proyecto)⁵² que vive en constante enfrentamiento con la Policía, rotulando esta fuerza pública a los integrantes de dicho territorio, como delincuentes? (*La Haine*). Para responder estas preguntas, debemos abordar el tópico de las subculturas⁵³.

Muy a pesar del pensamiento lógico acerca de que en la Cárcel se restringen al máximo las actividades de los individuos, sometidos al control del Estado bajo la privación de la libertad,

estaría comprendida de mejor manera bajo los siguientes lineamientos: Medio delincuencial + individuo con estímulos mayores para cometer delito que para obedecer la ley = delincuente. “La teoría de la asociación diferencial sostiene que una persona se hace delincuente por un exceso de definiciones favorables a dicha violación. Sostiene también que estas definiciones se aprenden mediante un proceso de aprendizaje normal” (TAYLOR, et. al., 2007, p. 152). “La teoría de la asociación diferencial parte de que un colectivo desarrolla, en función de su ubicación en la estructura social, distintos valores, los cuales se transmiten de una persona a otra. Estos valores permiten la realización de delitos, ya sea porque no desvalorizan la comisión de (algunos) delitos, sea porque se neutraliza el daño implícito a (algunos) delitos” (LARRAURI, 2015, p. 69).

52 En este sentido, nuevamente hacemos referencia a las “zonas de transición” (TAYLOR, et. al., 2007, pp. 139, 140 y 150)

53 “(...) la delincuencia aparece como una solución cultural (una forma de adquirir prestigio) a un problema estructural (la falta de estatus debida a la escases de medios económicos)” (LARRAURI, 2015, p. 71)

la realidad –visualizada en *Un prophète* con muy poca ficción – muestra que el manejo del poder se encuentra radicado en cabeza de determinados grupos que imponen sus reglas y coordinan el funcionamiento del establecimiento (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1988, “Régimen abierto y ejecución penal” p. 41 y GARCÍA-BORÉS, 2003, “El impacto carcelario” p. 389). En este sentido la propuesta de la Escuela de Chicago resultaba insatisfactoria ya que la desorganización social, al interior de una Cárcel o en un territorio como el que muestra *La Haine*, tiene su propia organización, incluso jerárquica, con anomía (para recurrir a la teoría de Merton)⁵⁴ frente a los mandatos impuestos por otros sectores de la sociedad, pero, prevalidos de un sistema construido con base en sus propias cláusulas, dentro de un contrato social aplicable a los miembros de esta subcultura⁵⁵.

Otra pregunta que surge inevitablemente en el análisis de estas cintas, tal y como se hacía en *Taxi Driver*, es: ¿Quién es el protagonista de estos *films*? Mientras que en *Taxi Driver* el protagonista era la ciudad, *La Haine* tiene un ámbito de análisis más restringido, que ya hemos anticipado: el Barrio (proyecto) y por supuesto en *Un prophète* será la Cárcel. En cuanto a los “*proyectos*”⁵⁶ y la relación que expone *La Haine*, paradigmática

⁵⁴ En el mismo sentido TAYLOR, et. al., (2007, pp. 146 y 150)

⁵⁵ En el mismo sentido BARATTA (1989, p. 195 y 197). “La ausencia de un sentido del deber entre los reclusos, la falacia de la coerción, la patética colección de recompensas o castigos para inducir la complicidad, las presiones para corromper al guardia disfrazadas de amistad, reciprocidad y transferencia de obligaciones institucionales a los reclusos de confianza, son más bien defectos estructurales del sistema de poder de la prisión que problemas individuales” (SYKES, 2007, *The society of captives. A study of a maximum security prison* p. 61).

⁵⁶ En términos menos foráneos podríamos rotular estos sectores, para el ámbito colombiano, como lugares donde se construyen viviendas de interés social.

resulta la escena en la galería que concluye con la expulsión del grupo de amigos integrado por un judío, un árabe y un afrodescendiente (lo cual no es accidental para el análisis de esta teoría) y la expresión del encargado del recinto sobre la “*patología de los ghettos*” que hace que estas personas, tengan un comportamiento diferente (anómico) al de los demás asistentes a la exhibición. Esta disyuntiva se representa también, en el mismo escenario, con base en la aproximación de estos sujetos a dos asistentes, del sexo opuesto, con quienes pretenden entablar una conversación, resultando frustrada su comunicación, por la diferencia de actitudes como consecuencia de la segregación social, enfatizada por la composición de este trío. En definitiva esto permite mostrar que los comportamientos desviados terminan siendo consecuencia del rechazo que perciben aquellos de la sociedad y que la rebeldía hacia esta los inspira a actuar así⁵⁷.

La Cárcel y los proyectos nos permiten igualmente graficar la teoría de “*las ventanas rotas*” (WILSON, 1975, pp. 77-85), en cuanto, donde empieza un desorden social sin la adopción de medidas de control, preponderantemente a través de la intervención estatal (Policía-Guardias), se crea un escenario apto para la propagación del delito.

Congruente con lo anterior, el espectador de *Un prophète* fácilmente puede generar empatía con su protagonista y considerarlo una víctima del sistema. Así, cuando aquel intenta acudir a la institucionalidad frente a la coacción ejercida en su contra con miras a matar a otro recluso, so pena de morir, recibe una advertencia que le demuestra que quien dirige la Cárcel no

⁵⁷ “Los adolescentes, enfrentados a la falta de normas, erigen su propia cultura al margen de los valores utilitaristas” (TAYLOR, et. al., 2007, p. 161)

es el Estado, sino un grupo de internos con poder, que a su vez son los encargados de determinar la distribución de la riqueza al interior de este lugar. En igual medida en *La Haine*, el choque constante entre estos jóvenes y la fuerza pública, conlleva al resultado lamentable con que concluye la película: su muerte.

TEORÍAS DEL ETIQUETAMIENTO Y EL PÁNICO MORAL⁵⁸

En el año 1976, el oficial de la policía Robert Wood fue asesinado, luego de descender de su patrulla y acercarse a un vehículo que transitaba con las luces apagadas. Al acercarse al conductor del rodante, fue impactado en varias oportunidades por disparos de arma de fuego, los cuales le ocasionaron la muerte. La policía de Dallas (Texas) carecía de pistas para dar con el paradero del conductor.

Luego de un buen tiempo, se pudo determinar la existencia de dos sospechosos, los cuales se relacionan a continuación: David Harris. Gracias a él se obtuvo la primera pista en la labor investigativa, ya que él comentó ante unos amigos que era el autor del homicidio perpetrado en contra del policía. Al localizarlo, proporcionó información sobre el paradero del arma homicida y el automotor en que se transportaban el día de los hechos, en

⁵⁸ “(...) la delincuencia tiene que ver con los procesos de definición y construcción social. No todo acto lesivo es criminalizado, por consiguiente, se debe estudiar por qué solo unos y no otros; no toda persona que infringe una norma penal, y ni siquiera toda persona condenada, es considerada delincuente, en consecuencia, se debe investigar cuando se la etiqueta como tal y cuando no” (LARRAURI, 2015, p. 73). Sobre el tema ver AKERS y SELLERS (2009, pp. 151-176), BARATTA (1989, pp. 83-119), CID y LARRAURI (2001, pp. 199-224), HAGAN (2008, pp. 177-180), LILLY, et. al (2007, pp. 123-148), NEWBURN (2013, pp. 215-232) y SERRANO (2009, pp. 437-478). A partir de esta teoría se dirige la atención a la reacción social y no solo al análisis del comportamiento delictivo CID y LARRAURI (2001, p. 220)

compañía de Randall Adams, a quien acusó de la autoría del delito. Harris tenía varios antecedentes penales e incluso había hurtado el automóvil en el que se transportaban.

Por su parte, Randall Adams tenía 28 años de edad y se había trasladado a Dallas a buscar trabajo. El día de los hechos se transportaba con Harris, luego de hacer *autostop* (pedirle un aventón), consumiendo con aquel cerveza y marihuana durante el día y viendo al final del mismo una película en un auto-cinema. Adams era considerado por las autoridades un “*hipster*” [Con esta referencia nos aproximamos al etiquetamiento del delincuente, teoría cercana a la estigmatización de GOFFMAN (1990)⁵⁹, que más que ser una teoría de la criminalidad, se convierte en una teoría de la criminalización].

Puede que a estas alturas de la narrativa, el lector ya tenga un responsable y reconocemos que hemos tratado de manipular la información para que ese veredicto coincida con el objetivo de este acápite. Un *etiquetamiento* inicial podría apostar por la responsabilidad penal de Adams, en contravía de los mandatos del derecho penal contemporáneo que se enfoca en el acto, limitando el análisis peligrosista del autor (ROXIN, 1997, *Derecho penal, parte general* p. 176), en el que lamentablemente se puede caer. En el presente caso la reacción social frente al crimen, etiquetó a Adams como delincuente, lo cual le significó una condena como autor responsable del delito de homicidio. Y para este efecto se unió toda la comunidad, incluso otorgando testimonios que no se compaginaban con la realidad, directamente vinculados al pago de una recompensa.

⁵⁹ El estigma es una creación de la sociedad que, con base en su reacción, estropea la “identidad normal”.

Ahora bien, en cuanto al interés político del castigo, en el presente caso existía un ingrediente adicional: Harris era menor de edad y por ende, en su contra, no se podía aplicar la pena de muerte. Esta situación nos remonta a los criterios de prevención general analizados anteriormente, que hacían más loable –para el caso concreto–, responsabilizar a Adams para obtener ese efecto de disuasión del delito en toda la comunidad, a pesar de la existencia de un gran número de evidencias que no permitían consolidar esta decisión y eventualmente inclinarse a la determinación de responsabilidad penal en contra de Harris⁶⁰.

The Thin Blue Line (1988)⁶¹ es útil para analizar el contraste entre las teorías positivistas, que en la conclusión del documental serían de provechosas para examinar y tratar el comportamiento de Harris, y el tránsito al análisis –desprovisto de las causas de la conducta desviada a partir del sujeto–, de la concepción generalizada de la sociedad sobre el delincuente, a partir de las formas de control.

Con base en todo esto podemos concluir que es la sociedad quien en ocasiones, termina otorgándole el rótulo de delincuente a una persona, a pesar de no tener ninguna responsabilidad penal en determinados hechos. Adicionalmente, *The Thin Blue Line* muestra como para Randall Adams, el sistema de justicia y sus integrantes también son *outsiders* (BECKER, 2009, *Outsiders*).

⁶⁰ En similar sentido el ejemplo hipotético de McCloskey sobre la violación de una mujer blanca por un joven negro, en un pueblo del sur de los Estados Unidos. Al ser imposible individualizar al sospechoso y ante la amenaza de linchamiento en contra de varios negros, un Sheriff utilitarista inventa pruebas contra un negro cualquiera para que sea condenado y evitar así el linchamiento (NINO, 1994, p. 430)

⁶¹ <http://www.youtube.com/watch?v=zUJfrW1hNBk>

Hacia una sociología de la desviación p. 21) y carecen de legitimidad para imponer una sanción en su contra.

CRIMEN Y CONTROL SOCIAL⁶²

Los 400 golpes (1959)⁶³ es una película dirigida por François Truffaut y protagonizada por Jean-Pierre L  aud (Antoine Doinel) que muestra la vida de un adolescente parisino, abandonado afectivamente por su familia y desaplicado en el colegio⁶⁴. El nombre del *film* viene de la expresión francesa: *faire les 400 coups* que significa *hacer todas las tonterías posibles*⁶⁵ pero que

⁶² "La persona que carece de vínculos sociales afectivos, utilitarios o normativos con instituciones sociales, como la familia, la escuela, el trabajo o el orden social, es alguien que est   más predispuesto a delinquir al comportar el delito un menor coste social" (LARRAURI, 2015, p. 72). Sobre el tema ver AKERS y SELLERS (2009, pp. 123-150), CID y LARRAURI (2001, pp. 177-198), GOTTFREDSON (2006, *Una teoría del control explicativa del delito* pp. 333-345), LILLY, et. al (2007, pp. 79-98), NEWBURN (2013, pp. 233-250) y SERRANO (2009, pp. 389-420).

⁶³ <http://www.youtube.com/watch?v=1L0smVZDBUg>

⁶⁴ "El joven académicamente competente posee una mayor capacidad de prever las consecuencias de sus actos y además arriesga más en el caso que decida realizar algún delito. Por el contrario, los jóvenes con poca habilidad académica pierden interés hacia la escuela y dejan de ser sensibles a lo que piensan los maestros, los cuales cesan de ser vistos como figuras dotadas de autoridad moral capaces de influir o regular su conducta" CID y LARRAURI (2001, pp. 184)

⁶⁵ "Many expressions can't be translated literally between French and English, but the French expression *faire les quatre cents coups* is one that makes virtually no sense at all - you can't even guess as to what it means figuratively. I think it's partly the definite article *les* ("the") that makes it so difficult, as if there are 400 specific tricks that one must do in order to claim that you've lived a truly wild life. Also, the word *coup* has numerous meanings; in *faire les quatre cents coups*, it's in the sense of *un mauvais coup* - "a dirty or mean trick." Unfortunately, the title of the François Truffaut's film *Les Quatre Cents Coups* was poorly

paralelamente, permite mostrar la gran cantidad de golpes que recibe Antoine Doinel en el trasegar *de su infan* *Outsiders*. *Hacia una sociología de la desviación*.

A propósito de la teoría del control, directamente relacionado con la anomía de DURKHEIM (1998) y MERTON (1992), el *film* resulta útil para analizar la conformidad de los miembros de una sociedad frente a las normas establecidas en el contrato social y la interiorización de las mismas que los aleja de la comisión de delitos (NEWBURN, 2007, p. 228), proceso que debe ocurrir a temprana edad (entre los 3 y los 7 años), con el acompañamiento de ciertos grupos primarios, encabezados por la familia y la escuela (NEWBURN, 2007, *Criminology* pp. 229 y 241), quedando las sanciones penales relegadas como última medida, lo cual resulta congruente con el carácter fragmentario del derecho penal que determina que este es la *ultima ratio*⁶⁶.

Y es que precisamente cuando se descuida a un niño en esta etapa de formación, el proceso de interiorización de las normas se ve truncado, convirtiéndolo en un ser *anómico* que más adelante continuará transgrediendo las normas que son mayoritariamente aceptadas por la sociedad.

Así, el comportamiento de Antoine Doinel puede ser una clara forma de llamar la atención frente al descuido al que lo ha sometido una madre, que quedó embarazada y no pudo abortar y

translated as "The 400 Blows" in English. "400 Tricks" would have been a little better, but I think the best translation would have been something more figurative like "Raising Hell" or "The Wild One." <http://french.about.com/od/vocabulary/a/faireles400coups.htm>

⁶⁶ En sentido similar, GARLAND (1999, p. 320)

un padrastro que procura tolerarlo, pero que no le brinda amor. Por esta razón comienza con irse de la casa y su comportamiento delictivo se ve reflejado desde el apoderamiento de una botella de leche (eventualmente justificado por un estado de necesidad) hasta la sustracción de una máquina de escribir de la oficina donde trabaja su padrastro.

Aunado a lo anterior, Antoine Doinel acrecienta la pérdida de valores al observar que su principal figura de autoridad (su progenitora) trasgrede igualmente las normas socialmente aceptadas en torno a la fidelidad, cuando la sorprende besando a un sujeto que no es su padrastro. A partir de ese momento recibe aceptación por parte de aquella, no de manera sincera sino directamente interesada por el silencio que el menor debería guardar frente a su conducta.

En el caso de Antoine Doinel el internamiento en una correccional se observa como una liberación de los padres frente a una responsabilidad que le asiste a la familia como medio de control primario⁶⁷, relegando esta función al Estado (a través de un internado), sin esforzarse por brindarle cariño y atención, lo que en definitiva se traduce en un abandono que determinará la falta de asimilación de valores por parte del menor y habilitará las bases para convertirlo en *Un prophète*.

⁶⁷ En sentido similar la muerte de Marión Le Goff, que había sido jefe de una banda célebre en Bretaña a mediados del siglo XVIII, quien gritaba desde lo alto del patíbulo: “Padres y madres que me escucháis, vigilad y enseñad bien a vuestros hijos; yo fui en mi infancia embustera y holgazana, comencé por robar un cuchillito de seis octavos... Después, robé a unos buhoneros, a unos tratantes de bueyes; finalmente fui jefe de una banda de ladrones, y por eso estoy aquí. Repetid esto a vuestros hijos y que al menos les sirva de ejemplo.” (FOUCAULT, 1976, p. 70).

Para el caso colombiano resulta paradigmático el reportaje a un niño sicario que expresa lo siguiente: “Si a mí me dedicara tiempo alguien, hasta de pronto uno cambiaría. Porque a uno nadie le dedica tiempo. Yo a mi mamá cuantas veces le dije: Ma, dedíqueme tiempo, Ma ayúdeme con las tareas Ma, vea ayúdeme”⁶⁸

LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y LA LEGITIMIDAD DEL PODER DE CASTIGAR⁶⁹

La batalla de Argel (1966)⁷⁰ es una película dirigida por Gillo Pontecorvo que muestra la guerra que afrontó Argelia para obtener su independencia. El argumento gira en torno a un rebelde (*Alí*) que inicialmente se dedicaba a estafar a los transeúntes a través de juegos de azar, razón por la cual fue detenido y llevado a prisión. Estando allí, observa la ejecución de un militante del Frente de Liberación Nacional (FNL) que combatía la opresión colonial francesa sobre Argelia, decidiendo incorporarse al mismo tras su salida de prisión, al haberse generado en él una conciencia de clase.

Similar a lo que pasa con otras películas analizadas, podríamos estudiar este *film* desde varias perspectivas criminológicas,

⁶⁸ <http://www.youtube.com/watch?v=8HU7IB6loIs>

⁶⁹ “La criminología crítica apunta a la necesidad de estudiar cómo influye el poder de criminalización de comportamientos y en la aplicación del derecho penal y, en concreto, analiza la delincuencia y el sistema penal en el marco de la sociedad capitalista” (LARRAURI, 2015, p. 74). Sobre el tema ver AKERS y SELLERS (2009, pp. 237-266), BARATTA (1989, pp. 165-178 y 209-222), CID y LARRAURI (2001, pp. 225-252), LILLY, et. al (2007, pp. 183-206), NEWBURN (2013, pp. 251-268) y SERRANO (2009, pp. 479-503).

⁷⁰ <http://www.youtube.com/watch?v=Ca3M2feqJk8>

iniciando con el comportamiento criminal de *Alí*, desplegado a través de los juegos de azar, que bajo una concepción marxista (la cual será criticada más adelante) rotula al delincuente como *lumpen-proletariado*: un ser derrotado, perteneciente al proletariado pero improductivo y desmoralizado, que opta por el delito en vez de participar en la lucha social⁷¹. Con base en esto podríamos acuñar posturas de ecología humana y como el ambiente al cual se encuentra sometido *Alí*, lo lleva a continuar por un trasegar criminal durante su existencia ¿Podía optar por otro camino? Pensemos también en el libre albedrío –pregonado por la escuela clásica-, contrastado con la conciencia que generó *Alí* en la cárcel⁷² ¿Qué tanta libertad existe en su actuar? Sin embargo, y muy ligado a las teorías del etiquetamiento, es importante analizar como la detención del poder es la que determina la calidad de delito⁷³.

⁷¹ Este proletariado es descrito en la obra de FERRAJOLI como: “mendigos y vagabundos, individuos de ambos sexos dedicados a la prostitución y alcoholizados, fulleros y sujetos de vida equívoca, degenerados física y espiritualmente, todos ellos concurren para formar el ejército de los enemigos capitales del orden social, ejército cuyo estado mayor está formado precisamente por los delincuentes habituales” (2009, p. 269).

⁷² “Hegel eleva al delincuente a la posición de un ser libre y que se determina así mismo. Empero, si examinamos el asunto más detenidamente, descubrimos que aquí, como en casi todos los otros casos, el idealismo alemán se ha limitado a dar una sanción trascendental a las normas de la sociedad existente. ¿No es acaso un engaño sustituir al individuo con sus motivos reales y con las múltiples circunstancias sociales que influyen sobre él, por la abstracción del libre albedrío, solo una entre las muchas cualidades del hombre? Esta teoría, que considera la pena como resultado de la propia voluntad del delincuente, no es más que una expresión metafísica del viejo jus talionis: ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre” (MARX, 1853, citado por TAYLOR, et. al., 2007, p. 248)

⁷³ “las violaciones de la ley son, en general, consecuencia de causas económicas que escapan al control del legislador pero, como lo demuestra la aplicación de la ley sobre delincuentes juveniles, en cierto grado depende de la sociedad

Y en este sentido es muy gráfica la película, al mostrar por una parte los bombardeos indiscriminados del ejército en procura de capturar a los insurgentes, los que contemporáneamente y especialmente luego del 9-11 estarían comprendidos bajo el nombre de “*enemigos*” (JAKOBS, 2009, “En los límites de la orientación jurídica: Derecho penal de enemigo” p. 31) contrastado con los actos de la FNL en los cuales, no solo se atentaba contra la fuerza pública y la institucionalidad, sino que se victimizó a los propios miembros de la sociedad civil, como daños colaterales.

Ahora bien, MARX se concentró en los problemas de la economía política y no fue exhaustivo en el estudio del delito⁷⁴ y la desviación (TAYLOR, *et. al.*, 2007 pp. 241 y 250). Muy probablemente por esto pueden erigirse varias críticas frente a sus notas marginales al respecto. Por ejemplo, si el delincuente es un ser derrotado ¿qué pasa con la delincuencia de cuello blanco⁷⁵? (CID y LARRAURI, 2001 p. 241). MARX solo ataca la naturaleza delictiva del capitalismo como sistema (TAYLOR, *et. al.*, 2007 p. 245) pero omite la trasgresión de la ley por personas que

oficial que determinadas violaciones de sus normas sean calificadas de delitos o simplemente transgresiones” (MARX 1859, citado por TAYLOR, *et. al.*, 2007, p. 249)

⁷⁴ “Marx tenía poco que decir sobre la ley penal y el control del delito. El objetivo es acá, entonces, desarrollar un análisis crítico-marxista del control del crimen en la sociedad capitalista” QUINNEY (1985, p. 243). “Ni Karl Marx ni Friedrich Engels hicieron una contribución sustantiva al análisis de las instituciones penales. En contraste con otras áreas de estudio del marxismo -Economía política, Derecho, Familia, Estado, entre otras - no existen textos básicos que presenten una posición marxista desarrollada sobre el castigo, por lo que, en consecuencia, no hay ninguna ortodoxia original que superar” GARLAND (1999, p. 106).

⁷⁵ Sobre la delincuencia de cuello blanco ver SUTHERLAND (1940)

ostentan un nivel socioeconómico alto. Para el caso colombiano son múltiples los escándalos relacionados con este tópico, los cuales nos remontan en la época reciente a los años 90, con los desfalcos de *DRAGACOL* y *FONCOLPUERTOS*, seguidos por las defraudaciones en *CAJANAL* y actualmente *AIS* y el escándalo de la contratación pública en Bogotá.

Por eso, ciertamente dentro de la visión neoliberal, en las controversias entre el capitalista con el trabajador, el Estado interviene siguiendo los consejos del primero (A. SMITH, 1814, citado por MARX, 2002, *El Capital*)⁷⁶- y en el ámbito penal, se crea una legislación de excepción donde “*los propios fabricantes son los encargados de interpretar, en su función de jueces de paz*” (MARX, 2002). Adicionalmente y recurriendo a BECKER a partir de una análisis marxista (TAYLOR, *et. al.*, 2007 p. 253), son las clases dominantes quienes tienen el poder de determinación sobre las conductas delictivas, tal como se observa en la batalla de Argel, donde la fuerza pública actúa de una manera que podría calificarse de irregular desde un punto de vista externo al derecho pero que resulta legal, por el amparo del poder soberano. En el ámbito colombiano y por fuera de un contexto bélico, piénsese en la criminalización de la minería artesanal en procura de salvaguardar la producción macroeconómica de los grandes empresarios dedicados a esta explotación.

CONCLUSIONES

Con este breve recuento cinematográfico, hemos pretendido demostrar como a través del cine, se puede abordar el estudio

⁷⁶ El caso paradigmático en la actualidad sería la negociación del salario mínimo legal mensual vigente.

de algunas categorías del derecho penal y la criminología, que pueden ser densas en el aprendizaje del derecho y en general, en la comprensión del delito como dinámica social que irradia el día a día de las personas. Con base en las películas seleccionadas se pretendió explicar algunas de las teorías criminológicas que han ocupado la atención de esta disciplina durante varios años: (i) Escuela biológica, (ii) escuela clásica y escogencia racional del crimen, (iii) escuela de Chicago y desorganización social, (iv) teoría de la asociación diferencial, (v) teoría de la anomia, (vi) teoría de las subculturas, (vii) teoría del control, (viii) teoría del etiquetamiento y (ix) criminología crítica.

También se procuró correlacionar estas representaciones foráneas, con la realidad colombiana, sustentando los planteamientos con la doctrina relacionada frente a los temas abordados. Por supuesto, el límite de hojas y el propósito de este artículo, no permitió ahondar en todas las teorías criminológicas ni mucho menos en los aspectos detallados que puede el lector encontrar en los tratados y manuales de derecho penal y criminología; sin embargo, se ofrece una aproximación para continuar con la utilización de esta herramienta pedagógica en procura de difundir el conocimiento propio de estas disciplinas, de la manera más sencilla y descriptiva posible.

El fin principal de este texto, fuertemente influenciado por el interés pedagógico del autor, consiste en brindar una alternativa de enseñanza que pueda ser replicada en el contexto colombiano y en las fronteras más cercanas, permitiendo no solo la aprehensión de conocimiento sino la construcción conjunta del mismo entre el estudiante y el docente.

BIBLIOGRAFÍA

AGNE, ROBERT. “The Nature and Determinants of Strain: Another Look at Durkheim and Merton”. En: Agnew/ Passas (eds.), *The Future of Anomie Theory*. Boston: Northeastern University Press, 1997, pp. 23-51.

ANDERSON, NATHANIEL y Kiehl, Kent. “The psychopath magnetized: insights from brain imaging”. En: *Trends in cognitive sciences*, sd, 2012

AKERS, RONALD y Sellers, Christine. *Criminological Theories. Introduction, evaluation and application*. New York: Oxford University Press, 2009

AKERS, RONALD. *Criminological theories*. Los Angeles: Roxbury Publishing Company, 1994.

ATHERTON, MATHEW. “Teaching Criminology Through Film: Utilizing Popular Criminology in the Classroom”. En: *Journal on Excellence in College Teaching*, 24(2), 2013

BARATTA, ALESSANDRO. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. México: Siglo XXI editores, 1989.

BECKER, HOWARD. *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2009.

CANCIO, MANUEL. *Psicopatía y derecho penal: algunas consideraciones introductorias*. Madrid: Oviedo, 2013.

- CID, JOSÉ y Larrauri, Elena. *Teorías criminológicas*. Barcelona: Bosch, 2001
- CLARKE, RONALD; Cornish, Derek. “Modeling Offenders. Decisions: A Framework for research and Policy”. En: Tonry/Morris (eds.), *Crime and justice. An Annual Review of Research*, Chicago, The University of Chicago Press, 1985, pp. 147-185.
- DELISI, MATT. “Revisiting Lombroso”. En: Cullen/Willcox (eds.), *The Oxford Handbook of Criminological Theory*. New York: Oxford University Press, 2013, pp. 5-21.
- DE LUCA, JAVIER. *Blade Runner: el Derecho, guardián de la diferencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003
- DEMERATH, N.J. *Through a double-crossed eye: Sociology and the movies*. En: *Teaching Sociology*, 9(1), 1981, 69-82.
- DURKHEIM, ÉMILE. *La división del trabajo social*. México: Colofón, 1998
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andres Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Jua Terradillos asoco, Rocío Cantarero Bandrés, Madrid: Trotta, 2009
- FOUCAULT, MICHEL. *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber*. México: Siglo XXI Editores, 1991.
- _____. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1998.

_____. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Traducción de Aurelio Garzón del Camino. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 1976.

GARCÍA – BORÉS, JOSE. “El impacto carcelario”. En: Bergalli, Roberto (Coord.) *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. “Régimen abierto y ejecución penal”. En: *Revista Estudios Penitenciarios* No. 240. Madrid, 1998

GARLAND, DAVID. “La cultura de las sociedades con altas tasas de criminalidad. Algunas precondiciones de las políticas de seguridad ciudadana”. En: *Crimen y castigo en la modernidad tardía*, Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana. 2007

_____. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. México: Siglo XXI editors, 1999.

_____. *The limits of the sovereign state*. En: The British Journal of Criminology, No. 36, 1996.

_____. *Punishment and welfare: A history of penal strategies*, Aldershot: Gower, 1997.

GOFFMAN, ERVING. *Stigma: Notes On The Management of Spoiled Identity*. London: Penguin Group, 1990.

GOTTFREDSON, MICHAEL. “Una teoría del control explicativa del delito”. En: *Derecho penal y criminología como*

fundamento de la política criminal: Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 333-345.

HAGAN, FRANK. *Introduction to Criminology. Theories, methods and criminal behavior*. Los Angeles: Sage Publications, 2008.

HERNÁNDEZ, NORBERTO. “Poder soberano y poder disciplinario. La codificación desde una visión foucaultiana”. En: *Revista de Estudios Sociales* 48. Enero-Abril. Universidad de los Andes. Facultad de Ciencias Sociales, 2014.

_____. “Los sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión desde una perspectiva analítico-económica del derecho”. En: *Revista Contexto*. Bogotá.: Universidad Externado de Colombia, Abril de 2012, Vol. 36, 2012, pp. 79-93

JAKOBS, GÜNTHER. “En los límites de la orientación jurídica: Derecho penal de enemigo”. En: *Terrorismo y Estado de derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

LANIER, MARK y Henry, Stuart. *Essential Criminology*. Colorado: Westview Press, 1998.

LARRAURI, ELENA. *Introducción a la criminología y al sistema penal*. Madrid: Trotta, 2015.

LILLY, ROBERT, Cullen, Francis y Ball, Richard. *Criminological theory. Context and consequences*. Los Angeles: Sage publications, 2007.

- LIVINGSTON, KATHY. “Viewing films about mental illness through a sociological lens”. En: *Teaching Sociology*, 32(1), 2004, pp. 119-128.
- MARX, KARL. *El Capital*, 2002, Marxists Internet Archive. Recuperado de <http://www.marxists.org/espanol/>
- MATTHEWS, ROGER. *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*. Barcelona: Bellaterra, 2003.
- MELOSSI, DARIO y Pavarini, Massimo. *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (Siglos XVI-XIX)*. Traducción de Xavier Massimi. México: Siglo XXI editores, 1987.
- MERTON, ROBERT. *Teoría y estructuras sociales*, México: Fondo de Cultura Económica, 1992.
- MORSE, STEPHEN. “Psychopathy and criminal responsibility”. En: *Neuroethics* 2, 2008
- NEWBURN, TIM. *Criminology*. Oxford: Willan Publishing, 2007.
- _____. *Criminology*. London y New York: Routledge, 2013.
- NUÑEZ, ANTONIO. “Antecedentes y principios fundamentales del análisis económico de la ley”, En: *Derecho Económico*, Tomo II, Bogotá.: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- PINZÓN, MARIO. *Aproximaciones al análisis económico del derecho*. Bogotá.: Universidad Externado de Colombia, 2010.

- POSNER, RICHARD**, Landes, William y Kelman, Mark. *Análisis Económico del Derecho*. Estudio preliminar de Carlos Morales de Setién Ravina, Bogotá.: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, 2011.
- POSNER, RICHARD**. *El análisis económico del derecho*. Traducción de Eduardo L. Suarez. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- RAFTER, NICOLE**. *Shots in the mirror. Crime films and society*. New York: Oxford University Press, 2006.
- RAFTER, NICOLE** y Brown, Michele. *Criminology goes to the movies: Crime Theory and Popular culture*. New York: New York Press, 2011.
- ROCK, PAUL** y Holdaway, Simon. “Thinking About Criminology: <Facts are Bits of Biography>”. *En*: Simon/Rock (eds.), *Thinking About Criminology*. London: University College London Press, 1988, pp. 1-10.
- ROXIN, CLAUS**. *Derecho penal, parte general*. Madrid: Civitas, 1997.
- RUBIO, MAURICIO**. *Economía Jurídica. Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano*. Bogotá.: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- SERRANO, ALFONSO**. *Introducción a la criminología*. Madrid: Dykinson, 2009.

SUTHERLAND, EDWIN. *Principios de Criminología*. Chicago: University of Chicago Press, 1939.

_____. *Delincuencia de cuello blanco*. New York: Holt Rinehart y Winston, 1940.

SYKES, GRESHAM. *The society of captives. A study of a maximum security prison*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

TAYLOR, IAN, Walton, Paul y Young, Jock. *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorroutu editores, 2007.

URBANO, JOSÉ. *La legitimidad de derecho penal. Equilibrio entre fines, funciones y consecuencias*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

VON HIRSCH, Andrew, Bottoms, Anthony E., Burney. Elizabeth y Wikstrom, P-O. *Criminal deterrence and sentence severity*. Oxford: Hart Publishing, 1999.

WILSON, JAMES. *Thinking about crime*. New York: Vintage, 1975.

YOUNG, JOCK. *La sociedad excluyente: exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

**LOS ACUERDOS ENTRE CRIMINALES Y
ADMINISTRADORES DE LA JUSTICIA PENAL.
EL “ARREPENTIDO” O “COLABORADOR” QUE
NEGOCIA CON LA JUSTICIA PENAL¹**

PABLO GALAÍN PALERMO²

RESUMEN

La política criminal diseñada por los organismos internacionales y supranacionales para la lucha contra determinados fenómenos que ponen en riesgo la seguridad pública a nivel nacional e internacional, exige a los estados nacionales que introduzcan en sus respectivas legislaciones determinadas figuras procesal penales. La lucha contra aquello que se denomina “crimen organizado” nos ha traído la figura del arrepentido o colaborador, aquel sujeto que decide abandonar una estructura criminal con forma de grupo organizado y accede a colaborar con la administración de justicia en el desmantelamiento de dicho grupo criminal. La colaboración debería ser mediante la entrega de información valiosa, aquella

¹ Conferencia en las Jornadas Uruguayo Santafesinas de Derecho, Montevideo 4-5 de Junio de 2016, organizadas por el Centro de Estudiantes de Derecho de la UDELAR.

² Investigador Senior del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional (Sección Criminología).

que no hubiera sido posible conocer de otro modo. Este acto de delación se cierra con un acuerdo que beneficia al informante con una rebaja punitiva o, incluso, con la exención de pena. Una u otra posibilidad dependerá de la discrecionalidad del fiscal que negocia el acuerdo. Este artículo se refiere al análisis crítico de dicha figura procesal penal en un contexto genealógico, filosófico, normativo y fáctico, tomando como referencia el ordenamiento jurídico penal de Uruguay.

PALABRAS CLAVE:

Política criminal, colaborador, arrepentido, crimen organizado.

ABSTRACT

Nowadays there are international organisms, which formulate criminal policy to fight against different threats to national and international public security. These policies oblige countries to implement a criminal and procedural system. The fight against whatever is defined as “organized crime” justifies the creation of the “penitent” or “collaborator”. This is the person who decides to abandon organized crime and collaborate with the criminal justice administration in order to incriminate their ex-criminal group. The collaborator should give valuable information that could not be found by using other investigation methods. The collaboration leads to a plea bargain: the collaborator could get a lighter punishment or even be released, according to the discretionary power of the prosecutor.

This article gives a critical analysis of this topic in a genealogical, philosophical, normative and practical framework in Uruguay.

KEY WORDS:

Criminal policy, collaborator, repentant, organized crime

INTRODUCCIÓN

La amable invitación de los organizadores de las jornadas Uruguayo Santafesinas de Derecho, para hablar en el panel “La figura del arrepentido en el sistema penal” me obligó a pensar sobre un tema de actualidad en Uruguay y Argentina, sobre el que no muchos se han detenido a pensar, pero que sin embargo, se aplica a diario por los operadores del sistema que administra casos penales. ¿Estamos acaso ante un derecho que premia la delación, una excusa absolutoria, una circunstancia de alteración de la pena, una técnica de investigación procesal en una política criminal preventiva? A primera vista nos queda la impresión de que no se trata únicamente de una técnica dentro de un sistema de premios en lugar de castigos sino de estar viviendo un retorno por la puerta grande del combate a la “inseguridad” del viejo “derecho penal de autor”, en el marco de un sistema penal de “defensa social” y prevención en una sociedad de riesgos. Utilizaré indistintamente y como sinónimos los conceptos de “colaborador” (Art. 6 Ley 18.494 Uruguay) y “arrepentido” (Art. 29 ter Ley, 24.424, Ley 25.241, Art. 41 ter Ley 26.364, Ley 26.683 Argentina) que si bien han sido recogidos en las leyes de ambos países con distinta nomenclatura, provienen de la misma fuente internacional (Art. 26 Convención de la Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos).

CONTEXTO FÁCTICO

A partir de los años setenta ha comenzado un enfrentamiento dialéctico irreconciliable entre los generadores del “miedo al delito” y los que denuncian que ese miedo no solo ha llevado a aumentar el uso y la extensión de la pena de privación de libertad sino que ha resquebrajado las bases de las relaciones

sociales en su versión de “miedo hacia el otro”.³ Este enfrentamiento se ha recrudecido en los ochenta, por un lado, entre los partidarios de la “ley y el orden” y, por otro, todas sus manifestaciones de “mano dura”, “tolerancia cero” y “derecho penal del enemigo” con los partidarios de las alternativas a la pena y de la justicia restaurativa o reparadora que exigen, entre otras cosas, el redescubrimiento de la víctima y la posibilidad de mediación entre las partes enfrentadas por el delito.⁴ Este no es un enfrentamiento fácil de dirimir, entre otras cosas, porque entre medio de esos dos “grandes bloques” político criminales hay diversas miradas que pretenden explicar el delito desde la tradicional división histórica de políticas de “izquierda” o “derecha” con fines académicos (BOURDIEU, WACQUANT) o político-electorales. Más allá de estas cuestiones, el sistema penal debe decidir cuál es su función primordial, si la protección de bienes jurídicos, la confianza en la norma, la resocialización o intimidación de los delincuentes, la persecución de funciones simbólicas y morales de comunicación o si persigue otros

³ YOUNG se refiere a los procesos de “othering” a través de una “demonización conservadora que proyecta atributos negativos en el otro, y así garantiza atributos positivos para sí mismo.” El proceso también se realiza “cuando el otro es visto sin nuestras cualidades y virtudes”. Este proceso es fundamental para mantener el orden social y crear órdenes morales que dividan ontológicamente a los ciudadanos. Los *others* van desde los pobres, los jóvenes pandilleros hasta los inmigrantes, narcotraficantes y terroristas quienes serán los depositarios del miedo e inseguridad. YOUNG, Jock, *El vértigo de la modernidad tardía*, Didot, Argentina, 2012, pp. 27 y ss, 173 y ss.

⁴ Sobre este tema, recientemente, GALAÍN Palermo, Pablo, *Justicia Restaurativa y Sistema Penal. ¿Cambio de Paradigma o nuevas herramientas de la Justicia Penal?*, UCUDAL/OLAP, Montevideo, 2016. Desde la criminología crítica, van SWAANINGEN, René, *Perspectivas europeas para una criminología crítica*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pp. 270 y ss.

efectos empíricos relacionados con la disminución efectiva de los delitos.⁵

El sistema penal debe demostrar empíricamente su eficacia, al menos, mediante una reducción de la violencia asociada a su intervención. En mi opinión, el derecho penal tiene que cumplir con su objetivo preventivo (aunque fracase constantemente, en tanto es imposible evitar que se cometan delitos), pero también debe cumplir una función de recomposición de las relaciones sociales rotas, porque solo de este modo se pueden interpretar los principios de proporcionalidad, ultima ratio, fragmentariedad, lesividad y necesidad de pena, sin contar previamente con la posibilidad de fracaso. En los tiempos que vivimos el Estado ya no se legitima por sus bondades, por los servicios públicos que brinda a cambio de los impuestos, porque se vive una crisis de “estado de bienestar”.⁶ Autores como BOURDIEU y WACQUANT describen que la crisis del bienestar conduce a la inseguridad y el miedo,⁷ y a una lucha política permanente al interno del Estado entre su “mano izquierda” (la que tiene que atender los reclamos sociales y proteger derechos) y su “mano derecha” (la que utiliza para liberalizar el mercado e imponer orden social);⁸

⁵ HASSEMER, Winfried, “El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales”, Von HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (Eds), *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 194.

⁶ STARKE, Peter/KAASCH, Alexandra/van HOOREN, Franca, *The Welfare State as Crisis Manager. Explaining the Diversity of Policy Responses to Economic Crisis*, Palgrave Macmillan, New York, 2013; Fabricant, Michael/Burghardt, Steve, *The Welfare state crisis and the transformation of social service work*, Sharpe, New York, 1992.

⁷ WACQUANT, Loïc, “Crafting the Neoliberal State: workfare, prisonfare, and social insecurity”, *Sociological Forum*, Vol. 25, 2, 2010, pp. 197 y ss.

⁸ BOURDIE, Pierre, “La dimisión del Estado”, en *La miseria del mundo*,

mientras que María Laura BÖHM se refiere al enfrentamiento entre un populismo neoconservador de mercado de *derecha* y un populismo intervencionista nacionalista de *izquierda* que hacen ver al viejo derecho penal liberal como algo arcaico y atrasado.⁹ Ambos tipos de gobierno, esto es, de izquierda o derecha recurren a la dialéctica de la seguridad/inseguridad, entre el miedo y el peligro, para justificar la necesidad de mayor seguridad a través de más técnicas invasivas de control. De esta forma la *seguridad* es el paradigma explicativo y justificador de todas las técnicas de prevención de la criminalidad, más allá de la vulneración de derechos o garantías, que son ponderadas en un rango inferior a la necesidad de protección contra determinados delincuentes.¹⁰

Como se ve, la protección es selectiva ya no con posterioridad al delito, sino con anterioridad al mismo, en una especie de retorno al viejo derecho penal de autor legitimado por un renacimiento de la defensa social frente a los sujetos peligrosos. Si la política

Akal, España, 1999, p. 162; WACQUANT, Loïc, "Marginalidad, etnicidad y penalidad en la ciudad neoliberal: una categoría analítica", *Tiempos violentos. Barbarie y decadencia civilizatoria*, Herramienta Eds, Argentina, 2014, p. 189.

⁹ BÖHM, María Laura/GUTIÉRREZ, Mariano, Introducción, en *Políticas de seguridad. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, Del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. XI.

¹⁰ Según GARLAND la obsesión por la prevención, la reducción del daño y la gestión del riesgo obedece al surgimiento en EE.UU y el Reino Unido de un tercer sector que opera junto a la policía y los operadores de la justicia como son "organizaciones de prevención del delito, asociaciones entre lo público y lo privado, esquemas de policía comunitaria y prácticas multiagenciales que reúnen a las distintas autoridades cuyas actividades se relacionan con el problema del delito y la seguridad". Garland, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2012, pp. 279 y s.

(criminal) invade el derecho para proteger a la sociedad de determinados enemigos en clave de defensa social, si la dogmática se vuelve funcional a estos designios, cabe preguntarse si las viejas políticas de la seguridad nacional de las épocas de dictadura acaso no han sobrevivido en las actuales políticas de seguridad ciudadana de nuestras democracias. Durante la guerra fría el terrorista (delincuente político, guerrillero) era una amenaza exterior que obliga a doctrinas de seguridad nacional, mientras que hoy en día, el terrorista (y los miembros de grupos organizados criminales) es un enemigo de la política interior, una amenaza constante que fundamenta todas las medidas de excepción y contralor que obliga a doctrinas de seguridad ciudadana.

La vieja *guerra sucia* de ayer hoy se denomina *guerra justa*, ampliada a nuevos enemigos como las mafias de la droga o el terrorismo internacional.¹¹ La nueva política criminal previene y castiga adelantándose a la lesión de bienes jurídicos concretos, por la mera pertenencia a grupos considerados criminales. Como dice KRASMANN: “el principio ya no es aclarar la sospecha, sino crearla”.¹² Este es el derecho penal preventivo que desvirtúa la razón de ser del derecho penal para convertirlo en un simple derecho de policía que está legitimado para actuar antes de la lesión a bienes jurídicos utilizando la sospecha y vigilancia de

¹¹ KRASMANN, Susanne, “La seguridad eclosiona. Una perspectiva foucaultiana del 9/11”, en *Políticas de seguridad. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, Del Puerto, Buenos Aires, 2007 p. 5. Sobre la forma en la que opera Naciones Unidas para la conformación de las estrategias de políticas públicas a nivel global, HOLYST, Brunon, *Comparative Criminology*, Lexington Books, Toronto, 1979, pp. 295 y ss.

¹² Ibidem, p. 24.

quienes según cálculos cuantitativos podrían llegar a cometer delitos violentos. La subjetividad contemporánea se construye mediante el dispositivo del miedo y la inseguridad para lo que el Estado y la política ofrecen “políticas para contrarrestar el miedo”.¹³ En este contexto: ¿Podría el sistema negociar con los delincuentes que abandonen grupos criminales peligrosos el castigo o debe aplicar todo el peso de la ley? ¿En qué lugar de estas posturas o miradas político criminales cabe ubicar al tema de la negociación de los operadores del sistema penal con delincuentes “arrepentidos” que desean voluntariamente “colaborar” con una justicia más eficaz en relación a la resolución de los casos que administra? ¿Estamos en lucha contra individuos que forman parte de organizaciones criminales o contra los entes colectivos criminales?

En Argentina la prensa informa que un tal Leonardo Fariña (allegado a los gobiernos argentinos de Néstor Kirchner y de Cristina Fernández, encargado de “hacer desaparecer dinero” mediante su transporte en valijas vía Uruguay) se acogió a la figura del arrepentido para obtener beneficios procesales mediante una declaración inculpatoria de determinadas personas vinculadas a los ex presidentes de Argentina recién mencionados. Ese mismo acto de “delación” reveló una compleja trama de corrupción y de lavado de dinero,¹⁴ y desató una inmediata reacción política del actual presidente Mauricio Macri para extender la figura del *arrepentido* a los casos de

¹³ CORNELLI, Roberto, *Miedo, Criminalidad y orden*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2012.

¹⁴ http://www.clarin.com/politica/arrepentido-Farina-involucro-Cristina-Nestor_0_1555045012.html

corrupción.¹⁵ La ley tendría el objetivo de prevenir millonarios casos de corrupción como aconteció en Brasil¹⁶ y condujo a una grave crisis institucional que finalizó con el *impeachment* de la presidenta Dilma Rousseff.¹⁷

En Uruguay no se conocen casos mediáticos relacionados con hechos de millonaria corrupción de funcionarios públicos, pero si los encontramos en el mundo del fútbol, como el que relaciona a Eugenio Figueredo -ex Presidente de la Confederación Sudamericana de Fútbol y ex Vicepresidente de la FIFA- que puede ser comprendido dentro del escándalo de corrupción millonario del “FIFA-gate”, quien negocia con la justicia especializada en crimen organizado acogerse a la figura del “*colaborador*” para recibir beneficios procesales que pueden ir desde la atenuación a la exención de pena, pasando

¹⁵ <http://www.lapoliticaonline.com/nota/95588/>

¹⁶ En Brasil, por su parte, la Ley 12.850 de 2013 introdujo la *delação premiada* para casos de crimen organizado, a ser usada por los jueces, como aconteció en el caso *Mensalão*, donde existía un esquema de sobornos mensuales a legisladores para apoyar proyectos provenientes del Poder Ejecutivo, y *Petrolão*” por el cual se descubrió una gigantesca red de corrupción pública-privada que llevó al empresario Marcelo Odebrecht a 19 años de prisión. http://www.ansalatina.com/americalatina/noticia/brasil/2016/04/01/justicia-revela-vinculos-petrolao-mensalao_b82cac60-c3a4-485c-b3f8-b61db095585e.html Según la prensa, Odebrecht habría confesado a la justicia, en el marco de un acuerdo para colaborar con la investigación del caso Petrobras, que la ex presidente Dilma Rousseff le pidió 12 millones de reales (unos US\$ 3,5 millones de al cambio actual) en 2014 para traspasar a Santana y al partido PMDB del presidente interino Michel Temer, entonces su vicepresidente y aliado. <http://www.elobservador.com.uy/rousseff-debera-declarar-caso-empresario-odebrecht-n924436>

¹⁷ <http://edition.cnn.com/2016/05/10/americas/brazil-rousseff-impeachment-explainer/>

por mejores condiciones de reclusión domiciliaria.¹⁸ A cambio Figueredo tiene que aportar nombres de otros delincuentes involucrados en maniobras delictivas y entregar bienes mal habidos. Generalmente esta figura se utiliza para acceder a las más altas estructuras del crimen organizado, que en el caso de Figueredo apenas se podría tratar de denunciar al Presidente de FIFA Sepp Blatter, quien ya estaría sometido a investigación penal. En tanto la información se pondera según su veracidad, novedad (que no hubiese sido conocida) y necesidad (que no hubiera podido obtenerse por otro medio), todo indica que el acuerdo con Figueredo se centrara en la mera “devolución” de bienes mal habidos en una especie de “acuerdo reparatorio” que es una figura procesal que aún no existe en el ordenamiento jurídico penal uruguayo, pero que esta al momento de escribir este artículo en discusión del Parlamento.

Por su parte, mientras la “justicia” penal de Uruguay y Argentina negocia con delincuentes poderosos, el índice de cárcel ofrecido por *world prison brief*, informa que Argentina tiene un 103.3% de ocupación en su sistema carcelario, unos 70.000 presos de los cuales más de la mitad están en prisión preventiva,¹⁹ mientras que Uruguay tiene peores números 108.7% de ocupación y cerca de 10.000 presos, 70% de los cuales no tienen condena.²⁰ Para todas estas personas privadas de libertad con o sin condena no hubo negociación ni efecto premial para sus delaciones, ni se prevé tal posibilidad

¹⁸ <http://www.elobservador.com.uy/acuerdos-colaboracion-y-el-arte-negociar-los-delincuentes-n857155>.

¹⁹ <http://www.prisonstudies.org/country/argentina>

²⁰ <http://www.prisonstudies.org/country/uruguay>

normativamente,²¹ en una política criminal que solo le depara castigos, a lo sumo atenuados.

LÓGICA, POLÍTICA CRIMINAL Y CUESTIONES PROBATORIAS

Si pensamos que los delitos cometidos por Fariña y Figueredo causan grave daño social y pueden minar la confianza en el sistema financiero y la credibilidad de las instituciones; caben algunas preguntas: ¿Por qué el sistema penal utiliza la negociación para casos de gravedad y envía a la cárcel al resto de delincuentes? ¿Por qué no se negocia o se permiten formas de acuerdo, reparación y mediación penal en casos de delitos no graves? ¿Por qué se premia únicamente a los poderosos o a quienes están dispuestos a delatar a otros? ¿Cuál es la explicación político criminal para inmunizar formal y materialmente a los sujetos socialmente privilegiados, aquellos que la criminología identifica como “delincuentes de cuello blanco”, muchos de ellos “asociados” y “organizados” nacional e internacionalmente para cometer los delitos y a los miembros de bandas criminales y negar el diálogo a los más vulnerables y a aquellos que cometen delitos comunes? ¿Cuál es la razón para que un sistema penal contemple semejantes *injusticias* político- criminales? En lo que refiere a la dogmática penal, si la lucha fuera contra entes colectivos ¿Por qué la teoría penal sigue apegada a la responsabilidad penal individual y no avanza en una teoría que diferencia culpabilidad individual de responsabilidad colectiva? Una respuesta sencilla y descomprometida sugiere que se trata de una imposición de política

²¹ Sobre posibles soluciones a la superpoblación carcelaria, Albrecht, HANS-JÖRG, *Prison Overcrowding-Finding Effective Solutions. Strategies and Best Practices Against Overcrowding in Correctional Facilities*, Forschung Aktuell 43, Freiburg, 2012.

criminal proyectada por organismos internacionales que obligan a los estados a implementar determinadas figuras procesales para la lucha contra determinados fenómenos o problemas que se identifican como globales, arguyendo que una política criminal no tiene por qué ser valorada por sus componentes de *justicia* sino por su efectividad según los objetivos por los que fue diseñada.

También sostendría que la culpabilidad es individual y que pensar en formas colectivas de culpabilidad sería una involución del derecho. Una respuesta comprometida y compleja obliga a una argumentación filosófica-sociológica-antropológica-normativa que pueda explicar por qué lo que el sentido común hace ver como injusto, sin embargo, es ajustado a derecho. En cuanto a la dogmática penal intentaría diferenciar el campo de acción y de imputación de las cuestiones de culpabilidad individual (incluyendo la actuación en nombre de otro) de aquellas que podrían ser abarcadas por una responsabilidad colectiva (diferenciando la imputación individual de la colectiva).²² Este

²² Punto de partida filosófico puede ser la distinción de ARENDT y FEINBERG entre culpabilidad y responsabilidad, en tanto culpabilidad es un reproche moral personalísimo por un evento pasado, mientras que responsabilidad mira al pasado y al futuro distribuyendo cargas de una forma relacional moralmente neutra debido a la vinculación o pertenencia a determinado colectivo. ARENDT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén. Una reportagem sobre a banalidade do mal*, 2ª ed, Tenacitas, Coimbra, 2004. FEINBERG habla de un sistema de responsabilidad colectiva basado en la comunidad de intereses, objetivos y acciones comunes que denomina "comunidad de bienes". FEINBERG, Joel, "Collective Responsibility", May/Hoffmann (Eds), *Collective Responsibility. Five decades of debate in theoretical and applied ethics*, Rowman&Littlefield, Maryland, 1991, pp. 53 y ss. En internet, <http://plato.stanford.edu/entries/collective-responsibility/>. Sobre el tema de la culpa y la responsabilidad individual y colectiva, según la primigenia diferenciación de Karl JASPERS, ver Norry, Alan, *La justicia en la mesa de sacrificios de la historia: la culpa de la guerra en*

no es el lugar apropiado para una respuesta de este tipo, que demanda una extensión monográfica. Vayamos a lo evidente, en las organizaciones internacionales se impone el interés y el ordenamiento jurídico de los más fuertes a nivel geopolítico.

De esa forma, en sistemas del *common law* se acepta con cualquier sospechoso de haber cometido un delito no solo la negociación sobre el monto y naturaleza de la pena sino del propio “objeto del proceso”. En muchos países del *civil law*, paulatinamente se aceptan formas alternativas de resolución del conflicto penal basadas en acuerdos de reparación del daño y mediación entre las partes del delito. Uruguay que a partir de 2017 tendrá un proceso penal democrático, en los últimos meses ha presentado un proyecto de ley (en cuya comisión redactora tuve la suerte de participar) que introduce este tipo de acuerdos que son básicos para el éxito de un modelo acusatorio basado en el buen y responsable uso del

Arendt y Jaspers, Universidad Libre/OLAP, Bogotá, 2015; RAFFIN, Marcelo, *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y postdictaduras del Cono Sur*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 258 y ss. En materia penal, la doctrina mayoritaria se opone a la culpabilidad colectiva tal cual como se la conoce hoy día porque al interno de los colectivos difuminaría la distinción entre quienes han participado del delito y quiénes no. Sin embargo, hay voces que admiten que podrían tener cabida formas de responsabilidad colectiva con un reproche más débil que la culpabilidad penal. HASSEMER/ELSCHEID, “Strafe ohne Vorwurf – Bemerkungen zur Grund der strafrechtlichen Haftung”, Lüderssen/Sack (Hrsg), *Seminar: Abweichendes Verhalten*, II, Suhrkamp, Frankfurt, 1975, pp. 266 y ss. Varios autores admiten la responsabilidad colectiva en una sociedad de riesgos. Sobre la discusión actual, CIGÜELA, Javier, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 37 y ss.

principio de oportunidad.²³ Pero en Uruguay, hoy en día, apenas se puede negociar con los criminales poderosos, los que actúan con gran poder económico y con potencialidad de desestabilizar sistemas financieros o de poner en riesgo la seguridad pública debido a su participación en organizaciones criminales. La lógica y el objetivo detrás de estas negociaciones con los “poderosos” es la de “descubrir el entramado del grupo organizado” y obtener el “decomiso” y/o la “reparación del daño” (la recuperación del botín), sin tener que desplegar todo el arsenal de pruebas a disposición de la administración de justicia. De algún modo se produce una inversión de la carga de la prueba ya que en lugar de probar la imputación se alienta la voluntaria confesión del autor o partícipe.²⁴

El imputado tiene derecho a guardar silencio y a no colaborar con el sistema de averiguación estatal de la verdad, por eso, carece generalmente de valor una confesión en sede policial no ratificada ante un juez.²⁵ Pero en puridad de conceptos no se

²³ Sobre el tema, <http://olap.fder.edu.uy/wp-content/uploads/2014/09/Power-Point-JR-Pablo-Galain-Palermo.pdf>

²⁴ Muchas de estas normas se han inspirado en el sistema colombiano, en cuyo modelo acusatorio la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (*United States Agency for International Development*) ha invertido en los últimos años tiempo, instrucción y dinero. En ese contexto de “americanización” del proceso penal la Ley 906 de 2004 en Colombia eliminó la figura de la confesión del proceso penal como medio de prueba por considerarla un vestigio inquisitivo. Con ello quitó todas las garantías que rodeaban a la confesión de un imputado en cuanto a la veracidad de la misma. Ver críticamente, MOLINA, Ricardo, *Principio de oportunidad y aceptación de responsabilidad en el proceso penal*, Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia, 2010, pp. 150 y ss.

²⁵ Ver MUÑOZ CONDE, Francisco, “De la prohibición de

exige la confesión del hecho propio, lo que podría traer serios inconvenientes con el principio constitucional de *nemo tenetur* (Art. 20 CU),²⁶ sino que partiendo de la voluntaria asunción de responsabilidad se recompensa la información sobre la participación de otros, así como la devolución de la ganancia ilícita.²⁷ Esto sugiere que no estamos ante la declaración de un

autoincriminación al derecho procesal penal del enemigo”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, Coimbra, 2010, p. 1017. En España, justamente, la excepción se dio en un caso de terrorismo en el que el Tribunal Supremo aceptó como válida la confesión ante la policía frente a un abogado de oficio, a pesar de que luego se desdijo frente al juez. *Idem*, nota de pie 4.

²⁶ MUÑOZ CONDE considera que la delación de un coimputado contra otro no puede ser considerada como prueba porque “el imputado tiene el derecho constitucional a no declarar e incluso a mentir para no incriminarse, por lo que la admisión de su declaración como prueba contra otro coimputado sería por tanto una forma indirecta de obligarle a declarar, lo que normalmente sucede bajo la promesa de concedérsele algún beneficio o rebaja de la pena o incluso directamente la plena impunidad. *Ibidem*, 1018.

²⁷ De dudosa constitucionalidad es sin embargo la figura del agente encubierto por cuanto toda la información obtenida puede ser considerada producto de un engaño o ardid que puede llegar a invalidar la prueba. Según El Tribunal Supremo Alemán será el principio de proporcionalidad el que permita dirimir el problema considerando la gravedad de los hechos que se investigan y cuando no hubiese sido posible obtener la prueba por otros medios. *Ibidem*, p. 1023. Dentro del juicio de proporcionalidad, “debe tenerse en cuenta, al margen de las situaciones de normalidad, las excepcionales y derivadas de los sujetos imputados y la capacidad del Estado de reaccionar frente a los hechos por ellos cometidos. Es evidente que la vulneración de los derechos debe ser más flexible en delitos cometidos por los “carteles de droga”, “grupos terroristas”, “delincuentes económicos”, o “funcionarios o poderes del Estado que controlan los resortes del mismo”. Ascencio MELLADO, José, “Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de D. Vladimiro Montesinos en el mes de noviembre de 2000”; en *Prueba Ilícita y lucha*

testigo ajeno a los hechos sobre los que aporta información que tiene la obligación de ser fidedigna para no incurrir en “falso testimonio”,²⁸ sino que se trata de una especie de “confesión” en lo que respecta a hechos propios y de la “delación” o “incriminación” de otros coparticipes en el delito.²⁹ No cabe duda que cuando el “colaborador” incrimina a un codelincuente lo obliga a demostrar su inocencia frente al Estado, invirtiendo las reglas de la obtención de la prueba y de la prueba de la culpabilidad. Atendiendo a esta “inversión de la carga de la prueba” la simple delación no puede ser la única prueba incriminatoria del colaborador que recibe una pena atenuada ni de los terceros denunciados, sino que esta prueba tiene que ser acompañada por otros medios probatorios que la verifiquen dotándola de una veracidad mínima que justifique la condena por llevar el principio de la prueba *beyond any reasonable doubt*.³⁰ Pensemos que en un caso concreto podría darse que las

anticorrupción. El caso del allanamiento y secuestro de los “oladivideos”, Grijley, Lima, 2008, p. 25.

²⁸ En ese sentido es confusa la ley colombiana 906 de 2004 que establece que si el procesado quiere realizar declaraciones dentro del juicio que se le adelanta debe hacerlo en calidad de testigo, bajo la gravedad del juramento y la posibilidad de incurrir en falso testimonio. En este caso el consenso se pretende lograr mediante la amenaza de la pena confundiendo la calidad de imputado con la de testigo. Según la doctrina esto sucede cuando el imputado quiere declarar su inocencia, no cuando negocia en los casos en los que asume la responsabilidad por los hechos. Ver Molina, Ricardo, *Principio de oportunidad*, cit, p. 155 y s.

²⁹ Ahora bien, como toda confesión ella luego tiene que ser complementada con otras pruebas que corroboren el relato del confesor. Para el caso español ver Art. 406.I Ley de Enjuiciamiento Criminal.

³⁰ Sobre el tema, SOUSA MENDES, Paulo, “A prova penal e as regras da experiencia”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo*

pruebas aportadas por el colaborador (por las que puede llegar a beneficiarse en el acuerdo) luego no puedan ser utilizadas en un proceso contra las personas denunciadas por alguna prohibición de valoración de determinado medio de prueba que impida a los administradores de la justicia utilizar o recurrir a ese medio de prueba (por ejemplo, que se haya vulnerado el derecho a la defensa en vista del carácter secreto del denunciante y/o de los fundamentos de la denuncia).³¹

De este modo, podría acontecer que la información aportada por el colaborador sea útil para su situación personal pero inútil para la incriminación de terceros. Para que esa prueba pueda ser utilizada para condenar a coimputados el Estado deberá ponderar a su vez los riesgos de dar a conocer la identidad del “colaborador” a la defensa de los denunciados, dando prioridad a la persecución penal de aquellos, o favorecer la protección del colaborador, a la que está obligado por el Art. 8 de la Ley 14.894.³² Ahora bien,

Dias, cit, pp. 997 y ss.

³¹ Los terceros denunciados tendrán oportunidad de conocer esta prueba cuando sea adjuntada al procedimiento penal, momento en el que su defensa debería conocer la identidad del colaborador y los fundamentos de la denuncia. Si los mismos permanecieran “reservados” o “secretos”, podría darse una situación de indefensión propia de los testigos encubiertos en perjuicio del derecho de defensa. Sobre los medios de prueba ilícitos y las prohibiciones probatorias, ARMENTA, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, 2ª ed, Marcial Pons, Barcelona, 2011, pp. 83 y ss.

³² En la praxis, en relación a la prueba ilícita o prohibida se realiza un juicio de ponderación para dirimir un conflicto de intereses público-privado que enfrenta a la administración que investiga y la titularidad de derechos del investigado. En general “se opta por limitar la investigación cuando la infracción es de normas constitucionales protectoras de derechos fundamentales no programáticos, pero nunca cuando dicha vulneración es

volviendo a la situación procesal del “colaborador”, como dice VOLK, en un proceso penal: “Se puede ser testigo o imputado, una de dos”.³³ Podría ser que el “colaborador” que ejerce una conducta de delación aporte simplemente los nombres y otros datos que permitan la identificación de otras personas integrantes de un grupo o asociación criminal de la que el “arrepentido” ha formado parte, o incluso, si ofrece datos sobre los financistas de un grupo terrorista.³⁴ Pero ni siquiera en esta forma de delación el “arrepentido” puede ser considerado un testigo (por no haber tenido participación en los hechos que denuncia), porque los testigos no pueden “negociar” con la administración de justicia cuando es conminado a declarar.

Cuando se testifica voluntariamente se está sujeto a una obligación de decir la verdad, que no puede exigirse al “arrepentido” o “colaborador” que ofrece “testimonio” como parte interesada para mejorar su situación individual en relación a los hechos que se investigan, en tanto la veracidad que se exige a su delación es funcional solo a la concesión del beneficio, pero ninguna

infraconstitucional, aspecto este al que no alcanza el referido concepto”. ASENSIO MELLADO, José, “Dictamen acerca de la eficacia”, cit, p. 22.

³³ VOLK, Klaus, *Strafprozessrecht*, Beck, München, 1999, p. 30. Dice VOLK que durante las primeras investigaciones siendo todos tratados como inocentes se los puede considerar a todos los involucrados como testigos o como sospechosos, pero cuando la sospecha se confirma sobre el “testigo sospechoso” este debe de ser a partir de ese momento tratado como imputado con una clara definición de roles, derechos y garantías, que difieren de las obligaciones y derechos del testigo. Idem.

³⁴ Sobre el tema, GALAÍN PALERMO, Pablo, “Terrorismo y financiación del terrorismo en Uruguay, Ambos/Malarino/Steiner (Eds), *Terrorismo y Derecho Penal*, Fundación Konrad Adenauer/ Universidad de Göttingen, Bogotá, 2015, pp. 277 y ss.

consecuencia antijurídica puede derivarse de una declaración falsa o producto de la invención más allá de la improcedencia del acuerdo. Distinto sería el caso de un sujeto que habiendo formado parte de un grupo criminal, con posterioridad al abandono de esa estructura delictiva, quisiera colaborar voluntariamente con la administración de justicia aportando datos que permitan identificar a miembros del grupo o descubrir delitos en los que no hubiese participado y, por ende, en los que la información aportada no haya tenido la finalidad de ser parte de una negociación, sino de colaborar desinteresadamente con el descubrimiento del caso. Por supuesto que en situaciones como esta siempre cabría la posibilidad de que ese sujeto pueda ser sometido a proceso por el mero hecho de haber integrado el grupo criminal en uso de la modalidad típica que prohíbe la asociación para delinquir, que castiga el simple hecho de asociarse para cometer delitos (Art. 150 CP).

LO BUENO Y LO MALO DE LA NEGOCIACIÓN, EL DERECHO PREMIAL Y EL UTILITARISMO POLÍTICO EN EL SISTEMA PENAL

En puridad de concepto la figura en comento “premia” tanto la información inculpatoria mediante un acto *moral* en relación a la sociedad (que no puede ser considerado etimológicamente como un “arrepentimiento” en el sentido de “sentir pesar por haber hecho una cosa o por no haberla hecho”, que no podría ser exigido por el legislador, sino en el sentido “persona que se entrega a la justicia”) como la traición (acto inmoral en relación a sus colegas),³⁵ que se denomina en el derecho uruguayo con

³⁵ Sobre el tema de la traición dentro de un grupo guerrillero, ver LEFRANC, Federico/CAMPOS, Lizbeth, “¿Con cuál verdad nos

la expresión neutra de “colaboración” (Art. 6 Ley 18.494). Esta colaboración para con la administración de justicia no fue pensada político criminalmente como fruto de una ponderación entre una administración de justicia funcional y eficaz que pretende esclarecer hechos delictivos y la garantía de los derechos fundamentales del imputado, ni tampoco obedece a un objetivo de búsqueda de comportamientos positivos posteriores (morales) de ex delincuentes sino con el objetivo (moralmente dudoso) de lucha o combate contra determinadas formas de criminalidad mediante la oferta de mejora de la situación procesal de los “arrepentidos”.

Como se puede ver, filosóficamente estamos ante una propuesta normativa que apenas puede ser explicada por las teorías utilitaristas o pragmáticas en relación a un sistema jurídico que admite su fracaso preventivo y quiere mejorar en su aspecto retributivo y estadístico. Cabe decir que con esto no debe deducirse una crítica de mi parte, pues la política criminal debe tener un fuerte componente utilitarista en un derecho penal que dice cumplir con finalidades preventivas³⁶ y de protección de

conformamos? La reelaboración permanente de los discursos sobre la traición”, en GALAÍN PALERMO, Pablo (Ed), *¿Justicia de Transición? Mecanismos Jurídicos y Políticos para la Elaboración del Pasado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 351 y ss.

³⁶ Llevando lo preventivo a una situación extrema WOHLERS incluso sugiere que “la tarea del derecho penal puede ser, por una parte, lograr por la fuerza la cooperación de los ciudadanos en el marco de sistemas preventivos de normas”. WOHLERS, Wolfgang, “Derecho penal como ultima ratio. ¿Principio fundamental del derecho penal de un estado de derecho o principio sin un contenido expresivo propio?”, trad. Nuria Pastor, von Hirsch/Seelmann/Wohlens/Robles Planas (eds), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 125.

bienes jurídicos.³⁷ Ahora bien, la aplicación del derecho en el caso concreto para que semánticamente pueda ser comprendida como “administración de la justicia” debe contar con componentes deontológicos que permitan deducir de su aplicación algo más que una resolución de casos o “administración de casos” mediante negociaciones,³⁸ que no queda claro si son de dudoso contenido moral o con sujetos que actúan de forma inmoral. Para ello, según la lógica de los acuerdos y de la negociación dentro del sistema penal, la transacción que abre las puertas al derecho premial no puede basarse únicamente en el mero hecho de la delación para descubrir nuevos responsables utilizando para ello a sospechosos o imputados sin ulterior función de búsqueda de consenso mediante el dialogo o de reparación del daño, material o simbólica.³⁹

³⁷ Sobre el tema, HEFENDEHL, Roland (ed), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

³⁸ Gran parte de la doctrina es crítica con la posibilidad de que las partes dispongan del hecho como si se tratara de un negocio entre partes que vincule al juez y lo convenza de la verdad de todos los enunciados. Por todos, TARUFFO, Michele, *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 245. Quienes defienden la negociación dicen que la verdad del proceso penal es aquella “aceptada por todos los involucrados en el proceso. Con arreglo a estas teorías, la justicia (*fairness*) en el proceso se centra en el modo de alcanzar el acuerdo, no en los hechos que se fijen a través del mismo, de manera que lejos de tener que justificar la negociación, habría que justificar la imposición de unos hechos como ciertos en la resolución del proceso”. ARMENTA, Teresa, *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 100.

³⁹ Desde un punto de vista filosófico, HABERMAS, Jürgen, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Suhrkamp, Frankfurt, 1983. Sobre la negociación en derecho penal, GALAIN PALERMO, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 418 y ss.

Ello significa que los intereses de la víctima concreta y potencial no pueden estar ausentes de este tipo de negociaciones entre el fiscal y el presunto autor. Si pensamos en los casos de Fariña y Figueredo, el acuerdo debe hacerse público (salvando los respectivos secretos de las investigaciones en curso en cuanto a personas investigadas) para producir una reparación moral y un poderoso efecto de “no repetición” por medio del conocimiento de la verdad que permita conocer las fallas institucionales que llevaron a graves hechos de corrupción, al mismo tiempo que se puede producir una reparación material del dinero mal habido en caso de un resarcimiento a las víctimas directas e indirectas.

Lamentablemente, el sistema penal moderno se ha construido no solo a partir de la sustracción del conflicto a la víctima y al autor sino de espaldas a sus intereses. El sistema penal opera apenas como un rito sagrado en el que se acalla la venganza privada y se impone un castigo para la satisfacción del deseo público de venganza.⁴⁰ Este es el objetivo de las teorías de la pena basadas en la reafirmación del valor abstracto de la norma.⁴¹ En mi opinión, y es la base de mi pensamiento en la materia, el derecho penal debe de cumplir con una función social positiva de reparación y de reconocimiento de las personas involucradas.⁴² Nada tiene de positivo la prevención general que ignora a la víctima directa y al autor del delito y se dirige a las víctimas potenciales, como si al momento de dictar sentencia la víctima directa no integrara

⁴⁰ Ver HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984.

⁴¹ Por todos, JAKOBS, Günther, “Sobre la teoría de la pena”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, IV, 8, 1998, Ad-Hoc, Buenos Aires.

⁴² Ver GALAÍN PALERMO, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 305 y ss.

el núcleo de los buenos ciudadanos a los que se dirige el juez y el autor mereciera ser excluido del contrato social por el mero hecho de haber violado bienes jurídicos abstractos.⁴³

Al derecho penal hay que exigirle mucho más que esta función pública de ejercicio monopólico de la fuerza para su autoconfirmación. El sistema penal no puede ser autorreferencial, él tiene la obligación de ser “satisfactorio” para los justiciables (no solo para el aparato burocrático del Estado).

En 1977 Nils CHRISTIE se refirió a los “conflictos como pertenencia” del autor y de la víctima no solo para denunciar que ellos habían sido expropiados por el Estado, sino para exigir una lógica de justicia comunitaria (distributiva, social) por la que volvería a “empoderar” a los individuos de la posibilidad de intervenir en la solución del conflicto y asumir las consecuencias de la intervención del sistema de justicia (que había sido totalmente “apoderado” por burócratas y profesionales del derecho). Allí CHRISTIE habla de cuatro etapas que debe tener un proceso útil para los ciudadanos, donde: Primero, se investigan los hechos; Segundo, se protegen las necesidades e intereses de las víctimas para conocer las posibles formas de reparación; Tercero, se decide la forma en que debería responder el ofensor y si luego de la reparación aun es necesario imponer sanciones adicionales y;

⁴³ Esta situación de olvido de la víctima en los EE.UU acontece en relación con algunas víctimas, pues aquellas de clase media blanca y suburbana han sido las destinatarias de toda la andanada de leyes penales a partir de la década del sesenta, cuyo emblema fue la ley federal *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*. Esta consideración parcial de las víctimas tuvo un objetivo político electoral dentro de lo que parte de la doctrina criminológica considera “gobernar a través del delito”. Ver SIMON, Johnatan, *Gobernar a través del delito*, Gedisa, Barcelona, 2011, pp. 127 y ss.

Cuarto, se consideran las necesidades del ofensor. En esta forma de entender la intervención del sistema penal (sumado a la gran reforma de la oralidad, juez de garantías y juez de sentencia, etc.) como una cuestión que atañe no solo a la sociedad (encarnada por el fiscal) sino a los individuos que la componen y allí interactúan (y deben seguir conviviendo luego de la intervención de la “justicia” penal), el fiscal asume frente a determinados delitos además de la función de policía-investigador (como líder de la investigación de los hechos) también una función de mediador (similar a una policía-comunitaria o de proximidad) para intentar garantizar la vida en común tras la comisión del delito.⁴⁴

Si pensamos en la reforma procesal penal que tendrá Uruguay a partir de 2017, por la que abandonará su sistema inquisitivo para adoptar un sistema acusatorio, considerando que el Parlamento sancione rápidamente la propuesta enviada por el Poder Ejecutivo que introduce la lógica de los acuerdos reparatorios y la mediación penal, se produce un modesto cambio en la lógica punitiva, pues la reparación (a la víctima directa y a la sociedad como víctima potencial) se considera ahora como un principio guía en lo que concierne a la reacción social, que compartirá un lugar con la pena merecida, pero fundamentalmente necesaria, para algunos delitos de especial gravedad. La lógica de la “negociación” entre las partes adquirirá un papel relevante para todos los delincuentes y en todos los delitos, no solo en los delitos de cuello blanco y cuando existe “crimen organizado” (aunque nadie sepa realmente de que se está hablando, porque ni la criminología ni la dogmática penal lo han definido conceptualmente de forma correcta). La reforma traerá coherencia político-criminal a

⁴⁴ Christie, NILS, “Conflicts as property”, *British Journal Criminology*, 17, 1977.

un sistema que permite la “negociación” de la pena (cantidad, calidad, e incluso su prescindencia) a cambio de “colaboración” procesal (delación, confesión, incriminación de antiguos socios o colaboradores, etc.) con los peores criminales pero impide todo tipo de “acuerdo” o “mediación” con delincuentes comunes que cometen delitos de mediana y escasa gravedad contra víctimas que viven en su mismo barrio. Mediante esta reforma la política criminal nacional dejará de violar el principio constitucional de igualdad y permitirá la posibilidad de acuerdos en todos los casos que en ejercicio del principio de oportunidad se entienda pertinente.

La política criminal utilitarista basada en la mera “eficiencia” tiene algunos límites y correctivos en el contenido valórico, ético y moral de la norma (penal), y ello se debe aplicar también dentro del concepto de negociación.⁴⁵

⁴⁵ Sin embargo, hay que tener en cuenta la crítica de NIETZSCHE en relación a los imperativos categóricos morales, pues en nuestra era el valor de las cosas se atribuye a las causas e intenciones y no a las consecuencias de las acciones (como sucedía en la prehistoria). Para NIETZSCHE “el valor decisivo de un acto reside precisamente en lo que tiene de no intencional”, pues la intención es “más lo que oculta que lo que revela”. La intención “no es más que un signo y un síntoma que tiene necesidad de ser interpretado, un signo cargado de demasiadas significaciones, para tener una sola para él”. Para este autor “la moral de las intenciones ha sido un prejuicio, un juicio precipitado y provisional...y en todo caso algo que debe ser superado. El superamiento de la moral y el triunfo de esta sobre sí misma, sería la denominación de la larga y misteriosa tarea reservada a las conciencias más sutiles y más rectas y también a las malignas de la actualidad”. Ver NIETZSCHE, Friedrich, *Mas allá del bien y el mal*, Fontamara, México, 2005, pp. 39 y s.

**SOBRE EL CONCEPTO DE COLABORADOR Y SU GENEALOGÍA.
SU RELACIÓN CON EL CRIMEN ORGANIZADO**

El arrepentido nace para el combate del crimen organizado en Italia bajo la expresión *pentito*⁴⁶ y desde su origen ha estado relacionada con beneficios procesales que se les conceden a quienes se desvinculen de grupos criminales y brinden su colaboración con las pesquisas judiciales.⁴⁷ Vale decir que estos delatores que formaron parte de estructuras criminales arriesgan su vida cuando deciden romper los códigos de silencio que imperan en determinadas estructuras de tipo mafioso.⁴⁸ Se parte de la base que el Estado de derecho mediante su política criminal no vulnera ningún principio básico si ofrece premios a la delación

⁴⁶ El inicio de la misma puede concretarse en el Decreto-Ley núm. 59, de 21 de marzo de 1978, que introdujo el art. 289 bis en el Código Penal, y en el Decreto-Ley núm. 625, de 15 de diciembre de 1979 (*Misure urgenti per la tutela dell'ordine democrático e della sicurezza pubblica*). Ambas resoluciones, con algunas variaciones sobre el texto inicial, se convirtieron en la Ley 191, de 18 de mayo de 1978 (*Norme penali e processuali per la prevenzione e la repressione di gravi reati*), y en la Ley 15, de 6 de febrero de 1980 («Ley Cossiga»), respectivamente. Siguió con la Ley núm. 304, de 29 de mayo de 1982 (*Misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale*), conocida como *legge a favore dei terroristi pentiti*, y el Decreto de 1 de octubre de 1982 que la desarrollaba y se cierra con la Ley núm. 34, de 18 de febrero de 1987 (*Misure a favore di chi si dissocia dal terrorismo*). Todas fueron dictadas con un carácter temporal. Ver DÍAZ-MAROTO, Julio, «Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del «arrepentido»», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-293, tomo 5, Editorial LA LEY, LA LEY 22137/2001, p. 3 y s.

⁴⁷ MINNA, Rosario, *Crimini Associati, norme penali e política del diritto. Aspetti storice, culturali, evoluzione normativa*, Giufré Ed, Milano, 2007.

⁴⁸ FIANDACA, Giovanni, «La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma», *Il Foro Italiano*, Vol. 118, No. 2, 1995, pp. 21 y s, 27 y s.

para sujetos que integran organizaciones criminales en las cuales generalmente reina el silencio y leyes de encubrimiento cuasi obligatorio.⁴⁹ Ninguna norma constitucional prohíbe la confesión o la incriminación de otros sino que lo garantizado es el derecho a no autoincriminarse, que como contrapartida no faculta al Estado a exigir la confesión de los presuntos criminales. Si ello fuera posible y según esa lógica, estaría legitimada la tortura para la averiguación de la verdad. Pero nada impide una confesión voluntaria de los implicados y la consiguiente rebaja o exención punitiva en el marco de un acuerdo entre el estado y el sujeto implicado en un juicio penal⁵⁰.

A nivel supranacional el origen de la *obligación* de incluir esta figura en los ordenamientos nacionales está en la Convención de Palermo contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos de 2000,⁵¹ que *recomienda* en su artículo 26 a los Estados Parte la adopción de este y otros mecanismos

⁴⁹ DE LEO, Francesco, "La collaborazione di giustizia: bilanci e prospettive", *Questione Giustizia* 3, Franco Angeli, Milano, 2002.

⁵⁰ Para la ley alemana la confesión de la que parte un acuerdo formal no puede ser forzado utilizando ninguno de los métodos prohibidos por el § 136 StPO. Así, la libre voluntad de declarar se lesiona si se promete una ventaja no prevista en la ley para conseguir el acuerdo o se lo amenaza con aplicar una pena inadecuada a la culpabilidad y por eso, no permitida. El tema es "determinar lo más preciso posible los límites entre una forma permitida de estimular la confesión y una influencia no permitida sobre la libre voluntad". Ver AMBOS, KAI, "Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán. Fundamentación teórica y sistematización", *Revista de Derecho Procesal Penal, La prueba en el proceso penal-I*, Rubinzal, Buenos Aires, 2009, p. 83.

⁵¹ <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

de investigación para luchar contra el crimen organizado.⁵² El concepto de “crimen organizado” es un tema que divide a la doctrina. Según el principal especialista alemán sobre el tema, Jörg KINZIG, “la delincuencia organizada es como un elefante, sabemos que es, podemos verlo, pero es difícil describirlo”.⁵³ Según la normativa internacional hay elementos comunes:

⁵² “1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados a: a) Proporcionar información útil a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios sobre cuestiones como: i) La identidad, la naturaleza, la composición, la estructura, la ubicación o las actividades de los grupos delictivos organizados; ii) Los vínculos, incluidos los vínculos internacionales, con otros grupos delictivos organizados; iii) Los delitos que los grupos delictivos organizados hayan cometido o puedan cometer; b) Prestar ayuda efectiva y concreta a las autoridades competentes que pueda contribuir a privar a los grupos delictivos organizados de sus recursos o del producto del delito. 2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, en los casos apropiados, la mitigación de la pena de las personas acusadas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención. 3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la concesión de inmunidad judicial a las personas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención. 4. La protección de esas personas será la prevista en el artículo 24 de la presente Convención. 5. Cuando una de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo que se encuentre en un Estado Parte pueda prestar una cooperación sustancial a las autoridades competentes de otro Estado Parte, los Estados Parte interesados podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos, de conformidad con su derecho interno, con respecto a la eventual concesión, por el otro Estado Parte, del trato enunciado en los párrafos 2 y 3 del presente artículo.”

⁵³ KINZIG, Jörg, “La situación de la delincuencia organizada en Europa, especialmente en Alemania”, INACIPE, *Congreso Internacional. Las ciencias penales en el siglo XXI*, México, 2004, pp. 69 y ss.

1. Colaboración de más de dos personas (la Convención de Palermo en su art. 2 habla de 3 o más), 2. División de tareas, 3. Comisión de delitos graves, 4. Operaciones internacionales, 5. Uso de violencia u otros medios de intimidación, 5. Influencia política, 6. Fin de lucro o poder. 7. Estabilidad o permanencia. En opinión de MILITELLO estamos ante delitos graves cometidos por grupos criminales organizados cuando están castigados con una pena máxima de privación de libertad o de al menos 4 años de privación de la libertad y cuando exista estabilidad en el grupo, esto es, que no se haya conformado para la comisión puntual de algunos delitos sino que tenga una existencia más estable con división de roles y tareas y con una estructura jerárquica.⁵⁴

KINZIG critica el concepto por ser demasiado amplio, al punto de que puede abarcar desde la mafia italiana hasta grupos de delincuentes juveniles. La doctrina está de acuerdo en que estos grupos no solo operan con el narcotráfico o realizan atentados terroristas, sino que principalmente son agentes de corrupción de las instituciones públicas. Es más, según la propia Convención de Palermo, hoy en día el instrumento principal de la mafia y las demás organizaciones criminales no es la violencia, es la corrupción.⁵⁵ La corrupción es menos visible y sus costos se trasladan al consumidor final, ya sea de drogas, armas ilegales, órganos, personas, etc. Ahora bien, está claro que no en todos los países la incidencia del crimen organizado es igual; mientras

⁵⁴ MILITELLO, Vincenzo, "The Palermo U.N. Convention. A global challenge against Transnational Organised Crime", en *Vergleichende Strafrechtswissenschaft. Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag*, Cuncker&Humblot, Berlin, 2009, p. 347.

⁵⁵ FOFFANI, Luigi, "Criminalidad organizada y criminalidad económica", *Estudios de derecho penal económico*, Caracas, 2002, pp. 197 y ss.

en Italia ha causado estragos en las últimas décadas del siglo pasado, en Alemania su incidencia apenas llega al 1% del total de delitos cometidos.⁵⁶

Los organismos internacionales que dictan las grandes Convenciones como la de Palermo para el combate del crimen organizado, lanzan la alarma a nivel mundial y exigen al legislador nacional la implementación de políticas criminales de lucha contra lo que se denomina a nivel global “el problema de” que requiere un programa normativo de “lucha contra”, y ese es el contexto en el que hay que interpretar la figura del arrepentido.

¿En qué consiste la figura del arrepentido o colaborador? La nomenclatura del “arrepentido” es criticada por parte de la doctrina que prefiere denominarlo “colaborador”⁵⁷ o “delación premiada”.⁵⁸ La discusión abarca los aspectos éticos y morales de una negociación entre el Estado y los delincuentes. En ese contexto los defensores de la figura consideran que no debe el Estado llegar al punto de respetar la ética de la delincuencia, que en última instancia es la que impone la obligación de callar lo que se sabe acerca de hechos delictivos, sino que por sobre ella debe privar el valor justicia, siendo preferible pagar el precio de un criminal en libertad, si se termina con una organización mafiosa.

⁵⁶ KINZIG, Jörg, “La situación de la delincuencia organizada en Europa”, cit, p. 78.

⁵⁷ FRANCESCHETTI, Darío, “La figura del colaborador en la ley de estupefacentes. La colaboración como correctivo por menor peligrosidad en la determinación legal de pena”, LA LEY2000-E, 1141, AR/DOC/3154/2001

⁵⁸ ADRIASOLA, Gabriel, *Técnicas de investigación judicial en materia de crimen organizado y blanqueo de capitales bajo la legislación uruguaya*, LJU Tomo 134, UY/DOC/644/2009.

Según la jurisprudencia uruguaya en cita de Mora DONATT, arrepentido es “...aquella persona a quien se imputa cualquier delito que suele cometerse de manera asociativa (tales como el tráfico de drogas, el terrorismo, el tráfico de armas, etc.), y que brinda a la autoridad judicial información significativa, y en muchas ocasiones corroborada, sobre la identidad de los autores, coautores, partícipes o encubridores de dichos delitos, o que permite el secuestro o la incautación de sustancias, bienes, posesiones pertenecientes a este tipo de delincuencia, favoreciéndose de algún beneficio de política criminal tales como la reducción o exención de la pena...”.⁵⁹ Para ESPINOSA de los MONTEROS “... puede definirse como el individuo que perteneciendo en origen a la organización delictiva, a partir de cierto momento (a cambio de beneficios y protección), colabora con las autoridades de persecución, suministrándoles informaciones suficientes para condenar a los restantes miembros de la organización criminal (en especial a los que ocupan los puestos más altos en su jerarquía organizativa)...”.⁶⁰ Dice la justicia uruguaya que: “Es obvio que en las manifestaciones de los involucrados que delatan a otros a cambio de beneficios, media un móvil de interés personal antes que de colaboración con las autoridades”.⁶¹

⁵⁹ DONATT, Mora, “El valor probatorio de las declaraciones del “arrepentido” en el Proceso Penal Español. En *Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Sergio García Ramírez*, p. 1277.

⁶⁰ *El agente encubierto en el ordenamiento jurídico español*. Publicaciones del Portal Iberoamericano de las C. Penales. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, p. 9.

⁶¹ Sentencia T.A.Penal No. 110/011-1 Dr. Alfredo Darío Gómez Tedeschi, Dr. Alberto Domingo Reyes Oehninger, Dr. José Alberto Balcaldi Tesauero.

Es claro que “las declaraciones de un coimputado por sí solas, no permiten desvirtuar la presunción de inocencia... es preciso que se adicione a las mismas algún dato que corrobore mínimamente su contenido”.⁶² En Argentina SPOLANSKY defiende esta figura siempre que se cumpla con determinadas exigencias normativas.⁶³ Este autor sugiere incorporar este régimen en relación a ciertos delitos en los que no siempre son fáciles de probar o de identificar a los responsables, por ejemplo: extorsión, asociación ilícita, cohecho, prevaricato, evasión tributaria, actos anticompetitivos o de abuso de posición dominante en un mercado. Ahora bien, si permitimos la delación premiada para tantos delitos corremos peligro de que la excepción se convierta en la regla, con la consiguiente carga de “imperativo moral” que de algún modo tiene la norma que goza de tal naturaleza. Según

⁶² MALEM SEÑA, Jorge, *El error judicial y la formación de los jueces*, Gedisa, Barcelona, 2008, p. 168

⁶³ En sus palabras: “la manifestación del llamado arrepentido se realice ante un juez. En segundo término, antes de formular su información el declarante deberá tener noticias claras de sus derechos y deberá contar con la asistencia de su abogado de confianza. En tercer término, los datos que produzca deberán ser efectivamente útiles para identificar a los responsables. En cuarto lugar, sólo podrá ser arrepentido quien aporte datos útiles para individualizar a personas que no estén en un nivel de responsabilidad penal por lo menos igual o inferior a la del arrepentido. De este modo, descartaremos el caso del autor principal que entrega a los cómplices primarios y a los secundarios. Así se evita que con la entrega de los llamados “perejiles” el que tiene el dominio del hecho de una organización criminal escape a la severidad de la justicia. Finalmente, el aporte del llamado arrepentido deberá ser realizado antes que el fiscal formule el requerimiento de elevación a juicio, y la calificación deberá ser establecida por el tribunal competente.”. SPOLANSKY, Norberto, “El llamado arrepentido en materia penal”, LA LEY2001-F, 1434 - LLP 2002, 01/01/2002, 276, AR/DOC/363/2001.

la literatura estamos ante técnicas de negociación para penetrar en determinadas estructuras criminales, de modo que no pueden ser aplicadas de forma general.⁶⁴ Hoy las investigaciones ya no se orientan a descubrir o impedir delitos sino a vigilar y controlar delincuentes con “mínima organización”, por ejemplo que participan de determinadas actividades o forman parte de grupos criminales.⁶⁵ Ha influido en esto que muchos de los delitos cometidos no tienen víctimas directas, sino que son delitos de

⁶⁴ “Se puede observar que la conducta que identifica al sujeto encuadrado dentro de la figura analizada, es específicamente la acción de “delación”, donde el agente asume la posición de delator de algún hecho delictivo. Esta conducta que se ha introducido en la legislación nacional y que requiere ciertas premisas para la aplicación del instituto, tiene sus orígenes en la antigüedad donde quizás distantes a las manifestaciones que hoy se vislumbran, son muy coincidentes al momento de asumir la relación de un comportamiento determinado que coincide en un mismo elemento. Así nos encontramos con que era muy común la existencia de los “soplones” personas éstas que se infiltraban en los ejércitos y obtenían información del enemigo, la cual le era arrimada a su cuerpo de origen; por otra parte atisbar el sistema de premios a los denunciantes y acusadores existente en el derecho penal romano, que al eximir de pena a aquellos delincuentes que, previo acuerdo entre ellos y los jueces penales, confesaran el delito, y con su confesión allanaran el camino para poder condenar a sus cómplices y compañeros de delincuencia; y más recientemente en el tiempo la figura que analizamos cobra fisonomía en Italia, donde ha resultado un arma idónea para lograr condenas y penetrar en el mundo mafioso, que a diferencia del clásico informante anónimo, colaborador de la policía utilizado en una investigación y dejado a la sombra, el individuo se acusa a sí mismo en el momento en que delata a los otros y reclama protección (3). Es decir que a través de la historia esta figura ha superado variados estadios de manifestación como así también su utilización en diferentes formas de actuación que poseen como común denominador con el arrepentido que se vinculan a ella en el género “técnicas de investigación encubiertas”. TOBARES CATALÁ, Gabriel, “El arrepentido en el secuestro extorsivo”, AR/DOC/1891/2005

⁶⁵ PAOLI, Letizia, “Las paradojas del crimen organizado”, en FERNÁNDEZ STEINKO, Armando (Ed), *Delincuencia, finanzas y globalización*, CIS, Madrid, 2013, pp. 133 y ss.

mercado donde el daño se concreta por acumulación. Por eso, la investigación se vuelve proactiva y se traslada al control permanente de los operadores de esos mercados ilegales. Esto va de la mano con las posturas preventivas del derecho penal y de la pena, y explica la mayor utilización del decomiso como pena,⁶⁶ pero no explica por qué no se utilizan más los acuerdos de reparación que satisfagan a la víctima directa cuando ella es individualizada. En esta nueva lógica punitiva se entiende el avance de la negociación dentro del sistema penal. De estas citas de doctrina y jurisprudencia se puede deducir que el concepto de colaborador está estrechamente ligado a determinadas formas de criminalidad (asociativa, internacional, económica) y a autores poderosos con los que se pueda “negociar” y “recuperar” bienes según la lógica del decomiso (aunque también de la reparación del daño), como si se tratara de una técnica de investigación cuya legitimación se deriva del objetivo político criminal de “vigilar, controlar y desarticular” en cuyo marco factico puede ser aplicada.

CONTEXTO NORMATIVO Y DE LA PRAXIS EN URUGUAY

En lo que respecta a Uruguay, el Art. 6 de la Ley 18.494 de 2009 dice: (Del colaborador):

El Ministerio Público, en cualquier etapa del proceso penal, podrá acordar con una persona que haya incurrido en delitos que sean competencia de los

⁶⁶ GALAIN PALERMO, Pablo, “Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica”, en Ambos, Kai et al (Coords), *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, Jurista eds, Lima, 2015, pp. 321 y ss.

Juzgados Letrados de Primera Instancia Especializados en Crimen Organizado, la reducción de la pena a recaer hasta la mitad del mínimo y del máximo o aun no formular requisitoria según la circunstancia del caso, si: A) Revelare la identidad de autores, coautores, cómplices o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el procesamiento de los sindicados o la resolución definitiva del caso o un significativo progreso de la investigación. B) Aportare información que permita incautar materias primas, estupefacientes, dinero, sustancias inflamables o explosivas, armas o cualquier otro objeto o elemento que pueda servir para la comisión de delitos, planificarlos e incluso recuperar objetos o bienes procedentes de los mismos. A los fines de la exención de pena se valorará especialmente la información que permita desbaratar una organización, grupo o banda dedicada a la actividad delictiva de referencia. La reducción o exención de pena no procederá respecto de la pena de inhabilitación. 6.2. Será condición necesaria para la aplicación de esta ley que el colaborador abandone la actividad delictiva o la asociación ilícita a la que pertenece. 6.3. La declaración del colaborador deberá prestarse dentro de los 180 días en que manifestó su voluntad de acogerse al beneficio. En esa declaración el colaborador deberá revelar toda la información que posea para la reconstrucción de los hechos y la individualización y captura de los autores.

Según el Artículo 414 de la Ley 18362 de 2008 los Juzgados Penales especializados en Crimen organizado tienen competencia en una amplia gama de delitos.⁶⁷

⁶⁷ En todo el territorio nacional, en los siguientes casos: 1) Los delitos previstos en los artículos 54 a 57 del Decreto-Ley N° 14.294, de 31 de octubre de 1974, incorporados por el artículo 5° de la Ley N° 17.016, de 22 de octubre de 1998 y sus modificativas. 2) Los delitos previstos en los artículos 14 a 16 de Ley N° 17.835, de 23 de setiembre de 2004, en la redacción dada por la presente ley. 3) Los delitos tributarios previstos en el Código Tributario y en el Decreto-Ley N° 15.294, de 23 de junio de 1982. 4) El delito de quiebra fraudulenta. 5) El delito de insolvencia fraudulenta. 6) El delito previsto en el artículo 5° de la Ley N° 14.095, de 17 de noviembre de 1972 (Insolvencia societaria fraudulenta). 7) El delito previsto en el artículo 76 de la Ley N° 2.230, de 2 de junio de 1893. 8) Los delitos de tráfico ilícito de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados. 9) También serán competentes para entender en los casos de inmovilización de activos establecidos en el artículo 6° de la Ley N° 17.835, de 23 de setiembre de 2004, e incautación de fondos o valores no declarados al amparo del artículo 19 de la citada ley. 10) Las conductas delictivas previstas en la Ley N° 17.815, de 6 de setiembre de 2004, en los artículos 77 a 81 de la Ley N° 18.250, de 6 de enero de 2008, y todas aquellas conductas ilícitas previstas en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía o que refieran a trata, tráfico o explotación sexual de personas, cuando tales delitos sean cometidos por un grupo criminal organizado, estándose en cuanto a la definición de este a la ya establecida en la Ley N° 18.362, de 6 de octubre de 2008. En los departamentos de Montevideo y Canelones en los siguientes casos: 1) Los delitos contra la Administración Pública incluidos en el Título IV del Libro II del Código Penal y los establecidos en la Ley N° 17.060, de 23 de diciembre de 1998 (delitos de corrupción pública), cuyo monto real o estimado sea superior a US\$ 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América). 2) Falsificación y alteración de moneda previstas en los artículos 227 y 228 del Código Penal. 3) Cuando sean cometidos por un grupo delictivo organizado: los delitos previstos en los artículos 30 a 35 del Decreto-Ley N° 14.294, de 31 de octubre de 1974 y sus modificativas; los previstos en la Ley N° 17.011, de 25 de setiembre de 1998 y sus

Este mismo artículo ofrece una definición de “grupo criminal”⁶⁸.

La ley que creó la figura del colaborador aplicable a todos estos delitos competencia de los juzgados especializados en crimen organizado fue cuestionada por su constitucionalidad en un caso concreto ante la Suprema Corte de Justicia (SCJ) que determinó la constitucionalidad de la misma por razones

modificativas; los previstos en la Ley N° 9.739, de 19 de diciembre de 1937 y sus modificativas; los reatos de estafa y de apropiación indebida”. “Cuando se trate de los delitos indicados en el inciso anterior, los Juzgados Letrados de Primera Instancia Especializados en Crimen Organizado tendrán competencia en todo el territorio nacional, si hubieran prevenido. Se entenderá que existió prevención cuando el Juzgado Letrado Especializado en Crimen Organizado hubiera iniciado una investigación criminal y a sus efectos, hubiera dispuesto medidas tales como entrega vigilada, vigilancia electrónica o actuación de agentes encubiertos o colaboradores. Las contiendas de competencia o excepciones de incompetencia que se planteen con respecto a los Juzgados Letrados de Primera Instancia Especializados en Crimen Organizado no tendrán efecto suspensivo y lo actuado por el Juez incompetente, será válido hasta que se declare por resolución firme su incompetencia. Los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Penal de todo el país que estén conociendo, en cualquier etapa del procedimiento, en casos que a partir del 1° de enero de 2009 son competencia exclusiva de los Juzgados Especializados, habrán de continuar entendiendo en ellos hasta su finalización. En los casos de reiteración de delitos que correspondan al fuero especializado y al común, serán competentes para entender en ellos los Juzgados Especializados. Consecuentemente, también serán competentes para resolver la unificación de penas entre causas especiales y comunes”.

⁶⁸ “Se entiende por grupo delictivo organizado un conjunto estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer dichos delitos, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

de interés general para la lucha contra el crimen organizado;⁶⁹ esto es, la constitucionalidad de una norma de este tipo fue defendida por motivos de política criminal. En la praxis de Uruguay el colaborador es una técnica de negociación en manos de los fiscales del crimen organizado que lo aplican según un criterio estrictamente personal en determinados delitos graves, sin control judicial. Lamentablemente las estadísticas penales ofrecidas por los órganos de la administración de justicia no brindan ningún detalle sobre el uso de este tipo de técnicas procesales que pueden significar no solo un proceso con una pena atenuada sino la terminación del mismo.⁷⁰ La ausencia de datos concretos nos impide evaluar como corresponde a esta figura según su aplicación práctica y nos obliga a un mero análisis de la norma general y abstracta. Si pensamos que la lista de posibles delitos en los que se pueden realizar acuerdos con colaboradores es bastante amplia,⁷¹ se ensancha aún más el margen de “libre

⁶⁹ “Liminarmente cabe precisar que la Ley No. 18.494 en el marco de los compromisos internacionales y propuesta de las Convenciones de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada y la corrupción, ratificadas por Uruguay por las Leyes: Ley No. 17.861 y Ley No. 18.056, estableció un nuevo marco regulatorio en materia de control y prevención de lavados de activos y del financiamiento del terrorismo, en procura de combatir el crimen organizado”. Sentencia S.C.J. No. 264/013, de 15.052013, IUE 106-127/2009C

⁷⁰ http://www.poderjudicial.gub.uy/images/stories/estadisticas/2014/A%C3%91O_2014_Estudio_de_procedimientos_penales_y_penales_especializados_en_crimen.pdf

⁷¹ En febrero de 2015 el Senador Bordaberry presentó un proyecto de ley para la introducción del “Arrepentido”, “Informante” y “Agente Encubierto” en la lucha contra la delincuencia y el combate general del delito. “Artículo 1º. Del Arrepentido. A la persona incurso en cualquiera de los delitos previstos en nuestro ordenamiento positivo, el Juez o Tribunal competente podrá reducirle las penas hasta la mitad del mínimo y del máximo o eximirla de ellas, incluso desafectarla de la causa, cuando durante la sustanciación del

disposición” de los fiscales del crimen organizado para disponer la forma de intervención en estos casos.⁷² Esto sugiere que en Uruguay la política criminal para los delitos graves aun dentro del sistema inquisitivo actual está en las manos del Ministerio Público sin control judicial.

La figura del colaborador no puede confundirse con el numeral 12 del artículo 46 del código penal que estableció como atenuante genérica “el colaborar eficazmente con las autoridades judiciales en el esclarecimiento de un delito”. En opinión de ADRIASOLA el colaborador debe considerarse por un lado por vía analógica

proceso o con anterioridad a su iniciación: a) Revelare la identidad de autores, coautores, cómplices o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el procesamiento de los sindicados o la resolución definitiva del caso o un significativo progreso de la investigación. b) Aportare información que permita secuestrar materias primas, sustancias inflamables o explosivas, armas o cualquier otro objeto u elemento que pueda servir para cometer delitos, planificarlos, e incluso recuperar objetos o bienes procedentes de la comisión de delitos”.

⁷² Según informa la prensa, en 2013 los dos fiscales del crimen organizado fueron citados por una comisión Especial de Lavado de Activos del Senado para que informen sobre el uso de acuerdos con “colaboradores”. En esa oportunidad, mientras un fiscal dice utilizar la norma para casos de tráfico de drogas: “Por ejemplo, si me entero de que hay 200 kilos de droga en la calle voy a tratar de saber a dónde está. Para eso recurro a la persona más vulnerable que es el transportista. Yo le digo que si me informa dónde está la droga, en lugar de meterlo en la cárcel capaz que lo procesan sin prisión. Y ahí logró sacar la droga de la calle”; el otro tiene reparos morales en llegar a acuerdos con delincuentes y nunca aplico la figura: “Los respeto pero creo que no se puede pactar la impunidad de los delincuentes”.

<http://www.elobservador.com.uy/fiscales-del-crimen-chocan-uso-la-figura-del-colaborador-n262387>

como una atenuante genérica y por otro, por motivos de defensa social se considera incluso como eximente si sirve para desbaratar organizaciones criminales.⁷³ Si esta fuera la posición correcta, entonces el legislador tendría que realizar una atenta ponderación entre las libertades individuales y la lucha contra el crimen organizado. No debe olvidarse, como ya se ha dicho, que el colaborador no puede ser considerado como testigo (Art. 180 CP), pues en ese caso se trataría de un *testigo interesado* que está declarando en causa propia, un testigo *sui generis* que podría no solo mentir sin incurrir en falso testimonio sino también celebrar acuerdos con la fiscalía. Tampoco es un testigo protegido porque el deber de protección del Art. 8 de la Ley 18.494 deviene una vez que el “imputado” ha celebrado el acuerdo de colaboración.

Desde lo normativo, la figura en Uruguay está prevista entre otras “luchas” para el combate del lavado de dinero, por lo que resulta muy criticada por algunos autores que desconocen el fundamento jurídico de la figura.⁷⁴ Sin embargo, el fundamento jurídico parece claro y no parece ser otro que la negociación para obtener información privilegiada con un objetivo punitivo que lleva implícito un principio de protección de bienes jurídicos futuros, sacrificando para ello el espíritu retribucionista del principio de legalidad y oficialidad y dando prioridad al principio

⁷³ ADRIASOLA, Gabriel, *Técnicas de investigación judicial en materia de crimen organizado y blanqueo de capitales bajo la legislación uruguaya*, LJU Tomo 134, UY/DOC/644/2009

⁷⁴ “No se explica además cómo puede, el Derecho Penal de un país, no responsabilizar a una persona que cometió un ilícito, delito además tan grave como para ser cometido por una banda profesional de crimen organizado. Se desconoce el fundamento jurídico para esta despenalización.” MACEDO, Florencio, *El delito de lavado de dinero: Primeras críticas*, LJU Tomo 144, UY/DOC/251/2011.

de oportunidad en el caso concreto, que no representa otra cosa que la concreción del principio de necesidad de intervención penal que es de índole sustantiva.⁷⁵ Piénsese que un acuerdo con un miembro de un grupo del crimen organizado, además de servir a intereses de política criminal, puede cumplir con objetivos de celeridad y eficacia, que no solo benefician al estado, sino también a la víctima, eterna olvidada del sistema penal.⁷⁶

En teoría del delito cuando el colaborador es eximido de pena esta figura opera como una excusa absolutoria. Pero esta excusa de pena no es automática, no deviene de cumplimiento obligatorio en caso de producirse la delación, sino que la misma opera dentro

⁷⁵ De la misma opinión, MOLINA, Ricardo, *El principio de oportunidad*, cit, p. 92. Este principio abarca las hipótesis de exclusión de la pena como la retracción en delitos contra el honor, la población en delitos con pena de multa y en situaciones procesales como el desistimiento de la querrela, la indemnización integral, la conciliación, la mediación, la conformidad simple o negociada y otras formas de oportunidad reglada del Art. 324 del Código del Procedimiento Penal de Colombia. Idem.

⁷⁶ Véase que el acuerdo puede consistir en la entrega de bienes obtenidos mediante la actividad delictiva. Si pensamos en el caso Eugenio Figueredo, el acuerdo incluye la entrega de bienes por valor cercano a los 10 millones de dólares, en tanto se discute estos días la creación de una ley especial para que esos bienes pueden ser devueltos al mundo del fútbol, de donde se supone fueron obtenidos, en lugar de que se destinen a la Junta Nacional de Drogas. La discusión parlamentaria de esta ley, en mi opinión, antes de beneficiar a los operadores del fútbol debería descartar en forma previa -tal como exige la victimodogmática- cualquier tipo de colaboración con el delito, omisión o falta de previsión y control del propio sistema "fútbol uruguayo", que pudieran haber permitido, facilitado o aumentado el riesgo de comisión de los delitos cometidos por Figueredo, quien supuestamente durante mucho tiempo representó como Presidente de la Asociación Uruguaya de Fútbol, los "intereses" del fútbol uruguayo.

del marco de una negociación, de modo que las partes acordarán en la medida de la importancia de la “contribución” del delator según los intereses que persiga el Estado en el caso concreto. Parecen estar acertados quienes sostienen que estamos ante una causa personal de levantamiento de la pena;⁷⁷ aunque esta posición no abarcaría los casos de atenuación de la pena. Los criterios por los que el fiscal acuerde una exención de pena o una simple atenuación del castigo serán puramente pragmáticos y dependerán de la veracidad e importancia de la información aportada así como que el colaborador haya abandonado el grupo criminal.

De algún modo, el “aporte” del colaborador permitirá atenuar o eximir de pena según la calidad de la información (los nombres aportados, la gravedad de los delitos cometidos por el grupo criminal, la naturaleza de los delitos, el daño social causado, etc) como sugiere el “caso Fariña” y/o según la cantidad de bienes ofrecidos como sugiere el “caso Figueredo”. Al igual que sucede en los acuerdos reparatorios, la causa que podría llegar a absolver opera como un *comportamiento posterior voluntario* de un autor o partícipe, que intenta compensar el injusto cometido mediante una reparación del daño social que consiste en la entrega de información privilegiada que permita descubrir a personas ocultas en un grupo criminal en el que todavía ocupan posiciones de jerarquía y poder de mando. Pero si luego del juicio de proporcionalidad y ponderación hecha por el fiscal, de la negociación apenas surge una atenuación

⁷⁷ BAEZ, Julio, “El arrepentido: perfiles de la figura. Su regulación en la legislación nacional y en la ley 25.742 para la prevención del secuestro de personas”, / Sup.Act 21/082003, 21/08/2003, 1, AR/DOC/10541/2003

de la pena, no podríamos hablar de absolución o exención de pena sino de simple circunstancia de alteración de la pena. Esta atenuante, en mi opinión, a diferencia de lo que piensa SCAPUSIO que la manifiesta por una menor peligrosidad del delincuente “arrepentido” se puede explicar por una mera cuestión de política criminal relacionada con la reparación del daño (si hubo entrega de bienes materiales) o con la finalidad del sistema penal de prevención y protección de bienes jurídicos (cuando hubo abandono de la actividad criminal, cuando se brindan nombres de otros integrantes del grupo, cuando se denuncian planes futuros, etc.). Como la ley no indica la oportunidad procesal en la que el acuerdo puede tener lugar, podría darse que el colaborador fuera un sujeto que se presenta voluntariamente ante las autoridades de justicia, haya o no un proceso iniciado, sin haber sido individualizado por el sistema penal como sospechoso o habiéndolo sido antes de ser aprehendido. Ante la ausencia de claridad en la norma y como ella no especifica en qué etapa procesal puede darse el acuerdo, si este se celebrara en la etapa de presumario (antes del inicio del proceso mediante solicitud de sometimiento a juicio) el procedimiento culminaría con un simple archivo de la investigación en curso. Pero si la colaboración se produjera durante las etapas subsiguientes al procesamiento, el acuerdo pondría fin al proceso mediante el sobreseimiento del procesado (Arts. 233 y siguientes de Código del Proceso Penal todavía vigente). Según el Art. 6.3 de la Ley 18.494 el colaborador tiene un plazo de 180 días para efectivizar su “colaboración” contabilizados desde que manifestó su voluntad de acogerse al beneficio. La suerte del colaborador dependerá de la calidad de la información aportada según los intereses del fiscal actuante.

Si esta información no permitiese llegar a otros responsables de mayor responsabilidad, a desbaratar el grupo criminal, a impedir

nuevos delitos o a recuperar bienes de importante cuantía (en relación al daño causado), parece difícil desde el punto de vista de la proporcionalidad que pueda eximirse de pena al delator. Debería tratarse, además, de información que ya no se encuentre en poder de los investigadores. La norma exige, por un lado, la importancia de la información ofrecida y, por otro lado, el abandono de la actividad delictiva. Esto ha llevado a algunos autores a considerar al colaborador según los parámetros de la peligrosidad. En opinión de FRANCESCETTI esa figura es tan solo un correctivo por menor peligrosidad en la determinación de la pena, es decir, un especial modo de determinación legal de la pena basado en la menor peligrosidad del delator arrepentido.⁷⁸ Aunque esta posición se encuentre en sintonía con el Art. 86 CP⁷⁹ uruguayo en tanto los criterios de resocialización y de peligrosidad sirven para medir la pena, prefiero para dicha tarea hacer referencia a los criterios de reprochabilidad o necesidad de castigo, en lugar de hablar de peligrosidad que es un elemento discutido en la teoría actual de la pena.⁸⁰

⁷⁸ FRANCESCETTI, Darío, "La figura del colaborador en la ley de estupefacientes. La colaboración como correctivo por menor peligrosidad en la determinación legal de pena", *LA LEY*2000-E, 1141, AR/DOC/3154/2001

⁷⁹ Art. 86. Individualización de la pena: El Juez determinará, en la sentencia, la pena que en su concepto corresponda, dentro del máximo y el mínimo, señalado por la ley para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, sus antecedentes personales, la calidad y el número -sobre todo la calidad- de las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en el hecho. Tratándose de delitos sancionados con pena de prisión, cuando concurren atenuantes excepcionales, el Juez tendrá la potestad de bajar a la de multa que aplicará conforme al inciso precedente (artículo 68, apartado 2º)".

⁸⁰ Ampliamente MIRANDA, Anabela, A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os criterios da culpa e da prevenção),

Difícilmente se puede determinar en la negociación la proclividad a volver a delinquir por el hecho de la delación en un caso concreto, pero si se puede considerar que aquello ofrecido por el colaborador haga menos reprochable la conducta delictiva con la consiguiente valoración desde la necesidad de castigo. Según ROXIN la propia categoría de la culpabilidad contiene los principios políticos criminales de la teoría de los fines de la pena, que deben de ser considerados individualmente para aplicarse a ese autor en particular.⁸¹ Lo relevante para ROXIN más que el poder actuar de otro modo es hasta donde el legislador quiere hacer a ese autor responsable. No toda culpabilidad necesariamente conlleva una pena.⁸² El hecho de que el legislador se inmiscuya directamente dentro del “juicio de probabilidad” para determinar la posibilidad de una pena atenuada para quien colabora con la justicia en un caso concreto, de ningún modo sugiere que ese sujeto se abstenga en el futuro de cometer nuevos delitos. En mi opinión, estamos ante una técnica procesal, una herramienta de negociación para determinados delitos en los que la política criminal lucha contra determinados enemigos del sistema (que deciden colaborar dando una señal de “amistad” que esperan sea valorada por ese sistema que debería retirarlos de la “lista de

Coimbra, 1994; MANNOZZI, Grazia, Razionalità e “Giustizia” nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano, Cedam, Padova, 1996. Sobre el tema en español, MORILLAS, Lorenzo, Teoría de las consecuencias jurídicas del delito, tecnos, Madrid, 1991; ZIFFER, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996; ZYSMAN, Diego, Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena, Didot, Argentina, 2013.

⁸¹ ROXIN, Claus, “Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht”, *Festschrift für P. Bockelmann*, München, 1979, pp. 282 y ss.

⁸² *Ibidem*, p. 296.

enemigos” y los considere “personas” con las que se puede llegar a un acuerdo) con distintas herramientas de combate, que como en toda guerra su legitimación no depende de juicios morales o éticos sino de otro tipo de estrategia. Y como en toda situación de combate el objetivo final debe ser el acuerdo de paz entre las partes enfrentadas para llegar a la pacificación social.

Para decirlo en el lenguaje de la justicia de transición, aquella que se aplica para las graves violaciones a los derechos humanos, una figura como esta del colaborador permite el trueque de verdad, justicia y reparación por atenuación o exención de pena, es decir, como una especie de amnistía individual como sucedió en el proceso que tuvo lugar en Sudáfrica.⁸³

Aunque se pueda sostener que el Estado para “descubrir la verdad” recurre a engaños o alienta mediante incentivos la admisión de culpabilidad por parte de los imputados en el proceso penal, no caben dudas que quien acepta negociar para llegar a un acuerdo acepta responsabilidad y participación en los hechos. La asunción voluntaria de la responsabilidad es la idea que subyace detrás de las formas alternativas a la pena como la reparación a la víctima, la negociación entre el fiscal y el autor y la mediación, reconocimiento de culpabilidad que solo es válido si se realiza

⁸³ Para un sector de la doctrina penal la justicia de transición, sin embargo, obedece a la política criminal que exige el castigo de todos los delitos porque no puede haber impunidad. De esa forma se exalta el principio de *nullum crimen sine poena* y una ideología de la punición infinita. Ver SILVA SANCHEZ, Jesús, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Bdef, Buenos Aires/Montevideo, 2015, pp. 83 y ss; PASTOR, Daniel, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 75 y ss.

con conocimiento pleno de los hechos que se investigan.⁸⁴ Esa asunción de responsabilidad siempre deberá ser voluntaria y no arrancada mediante engaños, amenazas o tortura, de modo que la voluntariedad y el conocimiento pleno sobre la investigación son elementos básicos de esta figura procesal.

Está claro que las declaraciones de los arrepentidos tienen que ser corroboradas con otras pruebas, como dictaminó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Labita vs. Italia de 1995.⁸⁵ Cada Estado en su legislación interna deberá determinar que entiende por “colaboración sustancial”. En los países de la Unión Europea se considera que para una negociación con un arrepentido pueda tener lugar, como condición *sine qua non* este debe haber abandonado la organización delictiva. Además, la información aportada tiene que ser de tal entidad, que las autoridades no hubieran podido averiguar esos hechos de otra forma.⁸⁶ En Perú para delitos de narcotráfico y aduaneros se creó lo que llaman “procesos de terminación anticipada” en los que se permite la negociación con arrepentidos inspirado en el *patteggiamento italiano* y en la ley colombiana.⁸⁷ En esta

⁸⁴ Según el legislador colombiano es también la base del principio de oportunidad, puesto que introdujo este principio como la regla para todos los delitos, no solo para delitos medianos o leves como aconseja, sino incluso para delitos graves como el narcotráfico y el terrorismo. Ver MOLINA, Ricardo, *El principio de oportunidad*, cit, pp. 96 y s.

⁸⁵ RUIZ DÍAZ, Lucas, *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea. Aspectos internos y dinámicas externos del discurso securitario*, Universidad de Granada, Tesis Doctoral, 2015, p. 127.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 263 y s.

⁸⁷ SÁNCHEZ, Pablo, *El nuevo proceso penal*, Idemsa, Lima, 2009, p. 384 y ss; Reyna, Luis, *La defensa del imputado. Perspectivas garantistas*, Jurista Eds, Lima, 2015, p.182 y ss. Como en la mayoría de sistemas

transacción penal el fiscal puede acordar también la reparación del daño civil *ex delicto*. El juez competente hará el examen de legalidad y dictará sentencia en las siguientes 48 horas, homologando dicho acuerdo que pone fin al proceso.⁸⁸ En los hechos se trata de la victoria de la fórmula del *plea bargaining* anglosajón en los sistemas continentales y de nuevas formas de utilizar el principio de oportunidad.⁸⁹

¿POLÍTICA CRIMINAL UTILITARISTA O DEONTOLÓGICA?

¿Por qué esta figura tiene tantos detractores? ¿Por qué nos suena tan mal negociar con presuntos delincuentes? Luego de la Ilustración, el sistema penal se basa en la adjudicación de castigos individuales, aunque los delitos sean cometidos por grupos o colectivos, con fines que escapen al interés individual. Dentro de un sistema basado en la culpa, cargado de culpas, en un sistema que se pone en marcha para el descubrimiento de una verdad inculpatoria, en un sistema que pretende hacer justicia mediante la imputación de culpabilidad respetando las garantías propias del principio de culpabilidad por el que no puede haber pena sin dolo o culpa, esto es, en un sistema de culpabilización individual (y no de negociación o mediación) para resolver un conflicto social grave, ¿por qué no habría de admitirse que algunas personas pudieran “arrepentirse” y colaborar con la

nacionales no hay claridad conceptual en relación a estas normas. Según la doctrina jurisprudencial se destaca que el beneficio procesal de reducción de pena requiere de espontaneidad, uniformidad, veracidad, coherencia y utilidad atendiendo a la ratio del precepto. *Ibidem*, p. 182.

⁸⁸ SÁNCHEZ, Pablo, *El nuevo proceso penal*, cit, p. 386.

⁸⁹ BACHMAIER, Lorena (Coord), *Proceso Penal y sistemas acusatorios*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

averiguación de la verdad? Cuando nos referimos a la lógica de los acuerdos estamos frente a técnicas utilitarias o pragmáticas que permiten negociar en situaciones graves y de potencial peligro para valiosos bienes jurídicos, en las que el sistema penal ha fracasado constantemente con sus técnicas tradicionales de prevención e investigación. A las nuevas técnicas, por supuesto, siempre se le podrán realizar reproches desde posturas deontológicas o epistemológicas, como las que en Argentina realiza SANCINETTI. Para este autor todo lo “negociable”, debe estar fuera del derecho penal.⁹⁰ En caso de delitos leves propone la despenalización, tal como lo ha hecho gran parte de la doctrina alemana que niega tanto la participación de la víctima en el proceso penal como la posibilidad de que el fiscal pueda llegar a suspender condicionalmente el proceso penal.⁹¹ En Alemania, sin embargo, han sido regulados los *Absprachen* o Acuerdos para

⁹⁰ SANCINETTI, Marcelo, “Avenimiento y mediación: ¿la pena como “objeto de negocios jurídicos”?, *El Dial.com*, Año XIII, 3043, 11 de junio 2010. SANCINETTI critica el “pacto mediante el cual un funcionario del Ministerio Público decide por sí y ante sí el archivo de las actuaciones, a cambio de algo (comoquiera que este “algo” haya de ser definido) o quizá sin obtener nada a cambio, en cualquier caso, discrecionalmente; y todavía en otra parte llegar al sobreseimiento –bajo el nombre de “archivo”– a cambio de una declaración inculcante de alguien que el Ministerio Público considera de “mayor peso” para el efecto de escenificación del proceso penal, p. ej., el jefe de una banda o cosa similar; ése es el instituto del vulgarmente llamado “arrepentido”, cuando tan sólo se trata del “testigo de la corona” (con lo que se quiere decir: que es un testigo no sólo favorable al Estado, sino también construido por él, una descripción mucho más fiel que la que se escuda detrás de la palabra “arrepentido”, que evoca las bondades de la contrición cristiana, la que aquí no hace falta para nada ni es legítimo que el Estado quiera perseguir)”. *Idem*.

⁹¹ SCHÜNEMANN, Bernd, “Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflegen”, *NStZ*, 1986.

negociar los delitos económicos de mediana gravedad e incluso delitos políticos de gravedad.⁹² En realidad SANCINETTI se opone a todas las formas de negociación como la mediación y se opone, siguiendo a Julio MAIER, a la participación de la víctima en el proceso penal y a todas las formas de juicio abreviado. Según las miradas retribucionistas el conflicto penal solo puede ser dirimido por la sentencia judicial, en tanto no pueden aceptar por cuestiones filosóficas y morales que los involucrados acuerden la solución del problema, y menos aún que “arrepentidos” puedan negociar la consecuencia de una conducta delictiva previa con la fiscalía mediante la incriminación de un coimputado.

Podría pensarse que en casos como el secuestro, como se aplica en Argentina, en el que la víctima se encuentra privada de su libertad por un tiempo indeterminado, de no aceptarse figuras como esta que permitieran una negociación con el autor del delito, seguramente habría voces que discutirían sobre la posibilidad de recurrir a prácticas cercanas a la tortura o la amenaza de hacer uso de esta con el objetivo de protección del bien jurídico en peligro. Posiblemente, de no existir figuras como esta, muchas víctimas correrían mayores peligros. ¿Por qué no se podría negociar una reducción de pena en estos casos? Aquellos que siguen la postura del funcionalismo moderado de ROXIN en el que la política criminal se debe orientar a la protección de bienes jurídicos y

⁹² WALTHER Susanne, “Communication over Confrontation: Modern Criminal Procedure in Transformation, *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness. Konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozessrecht*, Eser et al (Hrsg), Duncker&Humblot, Berlin, 2004; Criticamente, Schünemann, Bernd, “Die informellen Absprachen als überlebenskrise des deutschen Strafverfahrens”; *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag* 22. Juni 1992, Bielefeld, Gieseking Verlag, 1992.

para quien la pena solo puede aplicarse en casos de necesidad de castigo, no deberían ver objeciones a figuras como esta, propia de un sistema que premia la colaboración efectiva que permita una disminución de daños potenciales futuros. ¿Acaso no es esta una técnica excepcional utilizable solo para delitos de determinada gravedad como el terrorismo o el narcotráfico, que requiere del previo abandono del grupo criminal y el aporte de información valiosa para su identificación así como para identificar a los financistas de los mismos, sumado a la entrega de bienes mal habidos que podrían beneficiar a las víctimas? ¿No son todas estas formas de prevención de lesiones a bienes jurídicos y formas de reparación? ¿Por qué estas conductas del “colaborador” y de un Estado que renuncia al castigo no pueden ser interpretadas como formas de “pacificación”? ¿Acaso en la denominada justicia de transición la consecución de la paz no es un fin esencial que permite acuerdos de disminución del castigo? ¿Por qué nos incomoda tanto la transacción penal dentro de la “justicia penal”, cuando exaltamos su utilización en el homónimo civil, preferible incluso a un gran juicio según el dicho repetido por los abogados *que más vale un mal arreglo que un buen juicio*? Es cierto, detrás de esta figura se esconde la postura utilitarista de BENTHAM, para quien lo justo se asimila a brindar felicidad a la mayoría de ciudadanos y, con eso, sería suficiente. Stuart MILL defendía los criterios de utilidad y felicidad como cercanos a lo correcto e incorrecto que en términos de justicia se debe relacionar con la felicidad general.⁹³ Esta posición no es totalmente opuesta a la deontológica de KANT en cuanto el imperativo moral de actuar de tal forma que esa conducta pueda ser admitida como ley por todos los seres racionales.

⁹³ MILL, Stuart, *El utilitarismo*, trad. Esperanza Guisan, 3ª ed, Alianza Editorial, 2014, Madrid, p. 126.

En ambas posturas hay una referencia a la libertad individual de obrar sin lesionar a los intereses colectivos determinados como “reglas de conducta”. La discusión se puede dar en cuanto a si ambas exigen un castigo (merecido) para quien subjetivamente ha infringido dicha norma. Para MILL el derecho que mueve a la justicia reside en la persona perjudicada, la que sufre el daño, la víctima que tiene derecho a una reparación. Esta noción de lo justo a partir del daño o injusto cometido a otros, también está presente en la posición de Walter BENJAMÍN sobre la justicia, como reparación del daño a las víctimas.⁹⁴ Pero la justicia encierra también un conflicto de valores y esto nos conduce a decidir si el *arrepentimiento* o *colaboración* que libera o atenúa la responsabilidad por cuestiones de necesidad se puede considerar un valor superior al castigo como merecimiento. ¿Vale acaso más como valor la inculpación de otros, cuando ella pueda ser considerada como información cierta o veraz que la obligación judicial de búsqueda de la verdad material?

Si pensamos que la negociación ya es parte de una gran cantidad de procesos penales incluso del sistema continental, se puede sostener que una verdad consensual o negociada puede ocupar el lugar de la búsqueda de la verdad material por medio del proceso penal.⁹⁵ ¿Si la búsqueda de la verdad fuera el objetivo del procedimiento penal, por qué no considerar a la verdad

⁹⁴ Sobre el tema, REYES MATE, Manuel, *Tratado de la Injusticia*, Anthropos, Madrid, 2011, pp. 165 y ss.

⁹⁵ GALAÍN PALERMO, Pablo, “Relaciones entre el “derecho a la verdad” y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AMBOS/MALARINO/STEINER (Eds), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Fundación Konrad Adenauer/ Universidad de Göttingen, Bogotá, 2011, pp. 249 y ss.

producto de la negociación como de igual valor que la verdad descubierta por los operadores de la justicia? Incluso desde una mirada positivista y asumiendo una perspectiva del conocimiento racional en materia de justicia sólo existen intereses humanos y, por consiguiente, conflictos de intereses que podrían ser resueltos por los involucrados en el conflicto. Dado por supuesto que la paz social es el valor supremo, la búsqueda de equilibrio representará la solución justa. Si la paz social es la solución justa, entonces ella debería estar encima de la paz jurídica de la decisión judicial, que en lugar de buscarse por consenso es producto de la imposición obligatoria de un castigo.

El concepto de pacifismo a partir de la formulación kantiana de la *paz eterna* alberga a toda aquella teoría que aspire a una “paz duradera, perpetua y universal”, siendo digno de ser llevado a cabo cualquier esfuerzo realizado para lograr este objetivo. El sistema, sin embargo, solo ofrece una paz jurídica mediante la imposición judicial. Para decirlo con BOBBIO, no es más justa una paz de equilibrio, inestable y hegemónica “que se basa sobre una relación entre superior e inferior, en la que el inferior no acepta sino que sufre el estado de no-guerra impuesto por el superior, y en la que, por consiguiente, el estado de no-guerra es, para el inferior, otra forma del estado de servidumbre”.⁹⁶ El principio de tolerancia deviene imprescindible en un sistema democrático que admita la negociación; y en esa línea de pensamiento el propio KELSEN adopta una definición relativa de justicia, como “la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia.”⁹⁷ Ahora

⁹⁶ BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 2008, p. 178.

⁹⁷ KELSEN, Hans, “¿Qué es la Justicia?”, en internet: <http://www>.

bien, aunque el valor supremo sea la consecución de la paz y la protección de bienes jurídicos, los límites de la negociación y de las posibilidades de acuerdos para con estos delincuentes que integran grupos organizados criminales deben estar delimitadas normativamente y no deberían quedar como cuestiones abiertas en manos de los operadores de la justicia.

Esta técnica debería limitarse a casos realmente graves, porque si no se limita a estos casos esta herramienta procesal que pone en cuestionamiento la propia concepción de lo justo puede llegar a ser banalizada y utilizada como regla en lugar de utilizarse como una excepción cualificada y determinada por la necesidad de su uso.⁹⁸ Generalizar estas técnicas a cualquier delito significaría una violación al principio de necesidad de las mismas cuando otros medios probatorios no sirvieran para el descubrimiento de graves delitos o de peligrosos grupos criminales. En el contexto en el que se ha pensado es una especie de carta de negociación con un enemigo en retirada con el que se puede acordar un armisticio puntual dentro de un contexto de guerra contra sus ex camaradas. Aun pensando en lógicas de guerra contra determinado fenómeno es preferible una negociación del tipo “colaborador” o “arrepentido” que despersonalizar (considerar no persona, como propone JAKOBS, a quien se pone en una situación de no brindar expectativas cognitivas de comportarse como tal)⁹⁹ y justificar

pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/04/doctrina43295.pdf

⁹⁸ De la misma opinión, SILVA DÍAS, Augusto, “Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantias no combate ao crime organizado”, Ferreira Monte (Dir), *¿Qué futuro para o direito procesual penal?*, Coimbra, 2009, p. 692.

⁹⁹ JAKOBS, Güntern “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart”, Eser et al (Hrsgs), *Die*

dogmáticamente leyes que permiten acabar con la vida de determinadas personas en situaciones extremas, como aconteció con las leyes que luego del 9/11 permitieron el derribo de aviones secuestrados por terroristas.¹⁰⁰ Así, en teoría de negociación

deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende-Rückbesinnung und Ausblick, Beck, München, 2000, p. 53.

¹⁰⁰ Véase que para la lucha contra el terrorismo en países respetuosos del Estado de Derecho como Alemania se han dictado leyes que permiten en clave de “defensa nacional” incluso derribar aviones civiles que puedan haber sido secuestrados por grupos terroristas (§ 14 Abs. 3 LufSiG de 2005). Pero peor aún, un sector de la dogmática penal ha considerado esta posibilidad como “estado de necesidad” para la salvaguarda y subsistencia de la comunidad ante la cual se pueden sacrificar las vidas de algunos ciudadanos (debidamente indemnizados). Para PAWLIK si la existencia o identidad constitucional del Estado se encuentra en peligro, se produce un conflicto de intereses que permite sacrificar algunas vidas individuales en casos límites. Ver PAWLIK, Michael, “§14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes –ein Tabubruch?” JZ, 59, 2004, 21, 1045 y ss. Pese a opiniones legitimadoras como esta de una norma propia de un “derecho penal contra enemigos”, el Tribunal Constitucional Alemán la declaró inconstitucional para casos de transporte de víctimas inocentes, pero deja abierta la puerta de una reacción defensiva para el caso de que en el avión solo se encuentren los terroristas que deben asumir las consecuencias que ellos mismos han provocado. BVerfGE 115, 118, S. 161 –Urteil vom 15. Februar 2006, BvR 357/05. Ver Silva Días, Augusto, “Os criminosos são pessoas?”, cit, p. 699. Como deja constancia Böhm: “Am 15. Februar 2006 entschied das Bundesverfassungsgericht, dass § 14 Abs. 3 gegen das Grundrecht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 GG) und gegen die Menschenwürde (Art. 1 GG) verstößt und deshalb verfassungswidrig und nichtig ist”. Esto es, “como decidió el 15 de febrero de 2006 el Tribunal Constitucional el § 14 Abs. 3 vulnera el derecho constitucionalmente protegido a la vida (Art. 2 Abs. 2 CA) y de dignidad humana (Art. 1 CA), por lo que es inconstitucional y nulo”. BÖHM, Maria Laura, Der ‚Gefährder‘ und das ‚Gefährdungsrecht‘. Eine rechtssoziologische Analyse am Beispiel der Urteile des Bundesverfassungsgerichts über die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung, Universitätsverlag Göttingen, 2011, pp. 2 nota de pie 3 y 292.

de conflictos se habla de resolución, gestión y transformación para conseguir situaciones de paz que permitan contar con los intereses de los actores involucrados.¹⁰¹

Nadie puede negar que detrás de la negociación con un arrepentido o colaborador eficaz existe un acuerdo para disminuir la violencia de la intervención penal.¹⁰² Por otro lado, puede interpretarse que una técnica de prueba proactiva como esta, de algún modo, invierte la carga de la prueba que pasa de manos de la fiscalía encargada de la búsqueda de la prueba incriminatoria a un ministerio público ocioso que espera la colaboración procesal de los delincuentes dispuestos a traicionar a sus colegas. La justicia de algún modo tendrá que convivir con el cargo de conciencia de “compartir en el caso concreto” la moral del delincuente que puede verse afirmada en caso de prescindir de castigo y de no ejercer contraposición contrafáctica a la conducta delictiva de algunos que responsabilizan a otros para liberarse del reproche penal. La justificación del caso concreto debería ir más allá de motivos procesales de utilidad para abarcar también criterios deontológicos o, al menos, que demuestren que de esa forma y solo de esa forma se puede llegar a una mayor protección de bienes jurídicos tutelados.

En mi opinión, más allá de discusiones teóricas, la administración de la justicia debe brindar satisfacción o al menos conformar a los ciudadanos con sus decisiones, principalmente a quienes

¹⁰¹ FISAS, Vicenç, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Icaria, Barcelona, 2006, pp. 181 y ss;

¹⁰² “La pureza de un conflicto depende del conjunto total de las relaciones entre las partes y de la posibilidad que haya de dividir las cuestiones en conflicto en elementos más pequeños”. ENTELMAN, Remo, Gedisa, Barcelona, 2009, p. 114.

han sufrido daños directos o indirectos. Una concepción de la justicia que considere la situación de injusticia para quienes han sido dañados debería preocuparse de la situación de las víctimas permitiéndoles la solución de su conflicto mediante técnicas de mediación o acuerdos de reparación, pero también es justo cuando no hay víctimas identificadas cuando un fiscal en nombre de la sociedad negocia una solución del conflicto con los causantes del daño. Esto podría sugerir que las negociaciones con *arrepentidos* como acontece en este tiempo con Eugenio Figueredo, no se limiten a la incriminación de otros culpables, es decir, a la entrega de otros culpables para comprar la libertad propia sino que la norma debería exigir además la reparación del daño a la víctima y a la sociedad toda mediante la entrega material de bienes derivados del delito. La sociedad tiene que garantizar a los individuos el goce de sus derechos y la reparación de los mismos cuando han sido lesionados por terceros (incluyendo en este grupo al propio estado). Detrás de estas negociaciones con delinquentes poderosos y/o peligrosos (¿asociaciones criminales?, ¿asociaciones para delinquir?) que permiten desde la atenuación de la pena (por ejemplo, mediante una pena en grado inferior o mediante “prisión domiciliaria”) hasta la exoneración de castigo (según el grado de “información” suministrada a modo de “confesión” o “delación” de viejos socios, coautores, cómplices o partisanos) se encuentra el objetivo de la reparación de la víctima (directa y potencial) y de recuperación de los haberes mal habidos.

Es decir, que la lógica política criminal de la “alcahuetería”, la “batida” o el “chivataje” no sea visto por la sociedad como un premio para el fiscal (lógica burocrática) y para el delincuente (sin beneficio para la víctima o la comunidad), cuando la solución a la que se arrije por más que se trate de un premio debería ser

entendido contrafácticamente como un castigo, un reproche o una condena.

La política criminal que promueve estas técnicas excepcionales no puede estar dominada únicamente por un espíritu pragmático sino que tiene que respetar las bases deontológicas del Estado de Derecho. En este contexto ellas tienen que ser utilizadas con responsabilidad en un sistema penal que no está construido para luchar contra enemigos sino para dirimir conflictos entre ciudadanos de una forma justa. En ese sentido, el Estado no puede jugar sucio con quienes se “arrepienten” o “colaboran” y por mucho que para algunos pueda ser considerada inmoral la negociación sobre la base de la delación que se ofrece a cambio, el Estado debe brindar protección efectiva al delator dentro del sistema de protección de testigos¹⁰³. Téngase en cuenta que esta

¹⁰³ Artículo 8°. (Protección de víctimas, testigos y colaboradores): “8.1. Los testigos, las víctimas cuando actúen como tales, los peritos y los colaboradores en los procesos de competencia de los Juzgados Letrados de Primera Instancia Especializados en Crimen Organizado podrán ser sometidos a medidas de protección cuando existan sospechas fundadas de que corre grave riesgo su vida o integridad física tanto de ellos como de sus familiares. 8.2. Las medidas de protección serán las siguientes: 1. La protección física de esas personas a cargo de la autoridad policial. 2. Utilización de mecanismos que impidan su identificación visual por parte de terceros ajenos al proceso cuando debe comparecer a cualquier diligencia de prueba. 3. Que sea citado de manera reservada, conducido en vehículo oficial y que se establezca una zona de exclusión para recibir su declaración. 4. Prohibición de toma de fotografías o registración y divulgación de su imagen tanto por particulares como por los medios de comunicación. 5. Posibilidad de recibir su testimonio por medios audiovisuales u otras tecnologías adecuadas. 6. La reubicación, el uso de otro nombre y el otorgamiento de nuevos documentos de identidad debiendo la Dirección Nacional de Identificación Civil adoptar todos los resguardos necesarios para asegurar el carácter secreto de estas medidas. 7. Prohibición total o

es una herramienta peligrosa, pues una vez utilizada el Estado tiene que brindar efectiva protección a los delatores, para no incurrir en un uso irresponsable que por un lado, fomenta la delación mediante premios y por otro lado se desentiende de la protección física del delator.¹⁰⁴

En Alemania el colaborador (*Unterstützer*) está previsto para delitos de terrorismo (§129aV StGB) cuando el sujeto se esfuerce seria y voluntariamente en impedir la continuidad del grupo criminal o la comisión de nuevos delitos y/o aporte datos sobre planes de nuevos delitos que tenga conocimiento con el fin que sean evitados, puede recibir del tribunal una

parcial de revelar información acerca de su identidad o paradero. 8. Asistencia económica en casos de reubicación la que será provista con cargo al artículo 464, numeral 3) de la Ley N° 15.903, de 10 de noviembre de 1987. 8.3. Las medidas de protección descritas en el inciso anterior serán adoptadas por el Juez a solicitud del Ministerio Público o a petición de la víctima, testigo, perito o colaborador y serán extensibles a los familiares y demás personas cercanas que la resolución judicial determine. 8.4. Podrán celebrarse acuerdos con otros Estados a los efectos de la reubicación de víctimas, testigos o colaboradores. 8.5. Las resoluciones que se adopten en cumplimiento de los incisos anteriores tendrán carácter secreto y se estamparán en expediente separado que quedará en custodia del Actuario del Juzgado”.

¹⁰⁴ Según la jurisprudencia española: “La dificultad que se plantea en esta figura deriva de la falta de previsión del legislador, convirtiéndola en prácticamente inaplicable por inexistencia de los mecanismos de protección que garanticen la integridad física del arrepentido y de sus allegados, medios existentes en otras legislaciones, tales como pudieran ser, a modo de ejemplo, el cambio de identidad, protección policial, facilitación de nueva residencia y trabajo...”. Ver Sentencia del Tribunal Supremo, 14.02.1995, Ganzemüller, Carlos/Frigola, Joaquín/Escudero, José, “La nueva figura del traficante arrepentido y confeso. Breve examen del artículo 376 del Código Penal”, *Revista General de Derecho*, 645, 1998, p. 7114.

pena moderada según el §49Abs. 2 StGB hasta la exención de castigo. También con la misma lógica se prevé para miembros de asociaciones criminales (*Verbrechensbekämpfungsgesetz* de 28.10.1994), para delitos relacionados con el narcotráfico (§ 31 *Betäubungsmittelgesetz* de 28.07.1981) y para delitos de blanqueo (§261x StGB). El Código del proceso penal también prevé formas de sobreseimiento en aplicación del principio de oportunidad incluso para delitos contenidos en el Código Penal Internacional Alemán (§ 153e StPO). En España los Arts. 376 y 579.4 ofrecen a lo más una atenuación de la pena al arrepentido en el marco de los delitos de narcotráfico, terrorismo o cometidos por bandas armadas.¹⁰⁵ ¿Cuál es la razón para atenuar la pena pero no eximir de ella? ¿Cuál es el éxito que se tiene en España en la aplicación de esta norma en relación al objetivo de lucha contra el crimen organizado? ¿Cuántos son los arrepentidos que confiesan para obtener tan solo una atenuación de la pena? En el caso de Uruguay, en los hechos, el fiscal negocia y el juez se tiene que sujetar a ese acuerdo con implicancias en la situación procesal del arrepentido y en el monto de la pena. Es decir, la función judicial y la última palabra en materia de política criminal cambia totalmente de manos cuando los acuerdos no reciben el control de garantías y la homologación del juez que es quien debería otorgar validez pública a lo acordado por las partes (sean las partes del delito: víctima y presunto autor en casos de mediación, o: fiscal y presunto autor, en casos de

¹⁰⁵ BENÍTEZ, Ignacio, *El "colaborador con la justicia": aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del "arrepentido"*, Dykinson, Madrid, 2004; FARALDO, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 323 y ss.

negociación como la que se comenta).¹⁰⁶

Si en el caso concreto no existe control judicial, adquiere validez la crítica de autores como SANCINETTI en cuanto a: “¿qué valor tiene que incrimine si lo hace alentado por una rebaja? ¿Cómo podría ser creído un testimonio comprado por el Estado con trueque de sobreseimiento?”, si “además, el fiscal no atraviesa ninguna instancia judicial de control como para saber si la decisión de archivar no deriva de la promesa de una mera declaración inculpanente, que puede ser falsa”.¹⁰⁷ Ese control judicial ha sido incluso exigido por la Corte Constitucional Italiana en la sentencia 116 de 19.03.1992, para los procesos de terminación anticipada, por ejemplo, mediante una negociación.¹⁰⁸

¹⁰⁶ De la misma opinión SCAPUSIO “Todos estos supuestos deben ser debidamente valorados por la autoridad fiscal primero y luego por el juez. Si bien no se determinan las formas, todo el procedimiento de colaboración eficaz debe tramitarse con sujeción a las normas del debido proceso, cuidando que todo lo actuado conste en actas, desde el inicio del procedimiento, -los acuerdos preliminares-, hasta la diligencia de acuerdo y luego de aprobación judicial... Entendemos que en consonancia con los principios generales, será el Juez Penal es quien ejerce el control de legalidad sobre el acuerdo suscrito por el Fiscal con el solicitante y en tal virtud puede formular las observaciones al contenido del acta y a la concesión de beneficios, y también aprobar o desaprobado el acuerdo. En el caso de aprobar el acuerdo, dictará sentencia con los efectos regulares que dicha resolución produce. Los beneficios por colaboración surten sus efectos con la aprobación del Juez Penal. Sin embargo, dado que están sujetos a determinadas condiciones, -abandono de la actividad delictiva o la asociación ilícita a la que pertenece-, entendemos que podrían ser revocados si el beneficiario incumple con las reglas impuestas por el juez en la sentencia.”. SCAPUSIO, Beatriz, “La figura del colaborador”, conferencia celebrada en Montevideo en fecha 20.10.2015, en vías de publicación.

¹⁰⁷ SANCINETTI, Marcelo, “Avenimiento y mediación”, obra cit.

¹⁰⁸ SAN MARTÍN, Cesar, *Derecho Procesal Penal*. Lecciones, Lima, 2015, p. 824.

LA FIGURA DE LA COLABORACIÓN: ENTRE LA LEGALIDAD Y LA OPORTUNIDAD

Hemos intentado analizar esta figura desde distintos puntos de vista epistemológicos, señalando críticas y posibles aciertos. Desde una mirada penal funcional podemos decir que se trata de un mero ejercicio del principio de oportunidad en manos del fiscal; un principio de oportunidad que no es libre en el sentido de ejercicio de la potestad de renunciar a la persecución penal de un hecho con apariencia delictiva, sino un principio de oportunidad similar al acuerdo transaccional propiamente dicho en el que se negocia menos castigo o incluso impunidad a cambio de información incriminatoria según la lógica de persecución de los *peces gordos* a partir de información privilegiada aportada por los *peces chicos*. ¿Acaso la criminología no ha criticado constantemente que las redes de la justicia penal están diseñadas de tal forma de permitir escapar a los peces grandes y retener tan solo a los pequeños? En ese sentido puede ensayarse una tímida respuesta a la pregunta: ¿Qué lugar queda para la justicia en estas nuevas técnicas de averiguación de la verdad? Téngase en cuenta que la misma pregunta se puede trasladar a la disputa o enfrentamiento entre quienes defienden el principio de legalidad y oficialidad de la persecución penal (según la lógica retributiva de “juicio y castigo a los culpables”), con los que defienden el fundamento del principio de oportunidad (que es el que subyace en la negociación entre fiscal y presunto autor o cuando se da la posibilidad de la querrela privada o cuando falta la iniciativa privada para la persecución en los delitos perseguibles a iniciativa de parte).¹⁰⁹ Para dirimir esta contienda no se puede recurrir a verdades absolutas. A fin de cuentas, recordemos que en la praxis

¹⁰⁹ Ver KREY, Volker, *Strafverfahrenrecht*, Band 2, Kohlhammer, Stuttgart, 1990, p73.

muchos delitos engrosan la cifra negra pues no son perseguidos ni descubiertos sus autores, aun -como acontece en Uruguay- cuando exista la exigencia para ello, lo que demuestra que el sistema penal es totalmente falible y selectivo.

Entonces: ¿por qué no admitir la posibilidad de negociar con algunos autores ubicados en las escalas inferiores o mandos medios para concentrar las fuerzas y recursos económicos estatales en la persecución y castigo de los principales responsables dentro de grupos criminales? En definitiva, esta sería la lógica del principio de oportunidad, pero también del principio de legalidad si se interpreta que la negociación ocupa en tales situaciones el lugar de la sentencia judicial. Si pensamos nuevamente en la justicia de transición, en las exigencias del derecho internacional humanitario y en la jurisprudencia de las cortes de derechos humanos, tal como sostiene Héctor OLÁSOLO, el principio de la persecución obligatoria de los principales responsables puede ser considerado incluso un punto de partida epistemológico para el castigo de los crímenes más graves que pueden ser cometidos.¹¹⁰ ¿Por qué, entonces, no admitir la posibilidad de negociar con algunos miembros de grupos criminales para poder llegar a los “hombres de atrás”, a los que planifican los delitos, a los que determinan las políticas de exterminio, a los que se encuentran en la cúspide de aparatos organizados de poder?

No puede negarse que detrás de esta figura se encuentra la idea de que no es función del derecho penal castigar a todas las infracciones a la norma sino tan solo aquellas indispensables y necesarias para la protección de bienes jurídicos. La posibilidad de negociar con

¹¹⁰ OLÁSOLO, Héctor, *Introducción al derecho internacional penal*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2015, pp. 45 y ss.

los delincuentes puede servir a este propósito siempre que la información revelada puede servir para la protección futura de otros bienes jurídicos. Una atenuación de la pena no vulnera el principio de culpabilidad ni tampoco una concepción retributiva del castigo penal. Incluso, en mi opinión, una concepción que acepte la reparación del daño como función del derecho penal puede tener cabida si a la información que se brinda se agregue una exigencia de reparación del daño social causado por medio de comportamientos voluntarios de reparación de la víctima.

PALABRAS FINALES. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Para terminar dejaré sentado ese cambio posible y necesario con dos propuestas que ya existen, pero que el sistema político, mediático y judicial torna invisibles. La solución no viene de la mano de un sistema procesal penal acusatorio sin más, como se ha sancionado en Uruguay mediante la Ley 19.293 de 2014 y cuya aplicación práctica se encuentra en suspenso hasta julio de 2017. El cambio de paradigma viene de la mano de una justicia penal que fomente la fraternidad para seguir viviendo juntos sin tener que recurrir a falacias como los arrepentidos, los delatores, los agentes encubiertos, los testigos sin rostro y las víctimas eternamente olvidadas por un sistema penal violento y violador de los derechos humanos para brindar un mensaje simbólico de tolerancia cero con el delito o con determinados delincuentes. A nivel policial no se trata únicamente de recurrir a medios más invasivos de vigilancia electrónica sin límites posibles en la práctica¹¹¹ (todos conocemos que no hay nada más carente de

¹¹¹ Sobre el tema de los límites al control, en español, véase la obra colectiva: Tendencias en prevención del delito y sus límites. Privacidad y dignidad humana frente al uso de las nuevas

efectividad que las órdenes judiciales de “no hacer determinada cosa” sustentadas en el mandato de autoridad en la materia penal, basta solo con analizar los casos de “violencia doméstica” que se pretenden solucionar mediante “órdenes de no acercarse a la víctima” y los que se han resuelto mediante el uso de pulseras o tobilleras electrónicas), sino que hay que rescatar la figura del policía comunitario que pueda no solo operar como un funcionario público de cercanía en zonas marginales y carenciadas sino incluso con potestades de llevar adelante procesos de mediación en los barrios en los que opera.¹¹² La función policial no se puede desarrollar exclusivamente de forma “mecánica” o “electrónica” para vigilar “fuentes de peligro” al estilo mostrado en el filme “Minority Report”, ni tampoco colocando pulseras ni tobilleras electrónicas a todos los sujetos violentos.

La función policial, como auxiliar de la justicia, es principalmente humana para prevenir y resolver conflictos de intereses en el seno de un barrio, vecindad, comunidad, sociedad y nación por medio de un uso razonable de violencia.¹¹³ A nivel normativo penal hay que legislar en forma urgente sobre las formas alternativas de

tecnologías, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2010; en portugués, ALBRECHT, Hans-Jörg, “Vigilância das telecomunicações. Análise teórica e empírica da sua implementação e efeitos”, Ferreira Monte, *Que futuro para o direito processual penal?*, cit, pp. 725 y ss.

¹¹² Sobre el tema, en español, MEDINA, Juanjo, *Políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pp. 392 y ss; COBLER/GALLARDO/LAZARO/PEREZ, *Mediación Policial. Teoría para la gestión del conflicto*, Dykinson, 2014.

¹¹³ En Montevideo se aplica exitosamente un plan piloto para todos aquellos casos en los que la justicia penal no ha querido intervenir por aplicación del principio de oportunidad o selectividad, pero que son casos que impiden la normal convivencia social. GALAIN PALERMO, Pablo, *Justicia Restaurativa*, cit, pp. 19 y ss.

resolución del conflicto penal y ampliar el concepto de sanción penal para abarcar a formas de reparación del daño, de diálogo y mediación entre autor y víctima y de negociación sobre la mejor forma de reparar las relaciones sociales rotas por el delito.¹¹⁴ Esto no significa que otro tipo de negociaciones puedan llevarse a cabo con un específico objetivo político criminal en una franja determinada de delitos. La política del miedo que legitima negociar con los *arrepentidos* tiene que ser acotada a determinados delitos de extrema gravedad. La pena de privación de libertad debe perder importancia en favor de otras formas menos violentas de reparación del daño social y de compensación de los injustos penales, en cuyo marco conceptual debe ingresar el acuerdo con los arrepentidos o colaboradores.

La figura del colaborador no responde a cuestiones morales sino de utilidad. Ella es aplicada en uso del principio de oportunidad que permite atenuar o eximir de castigo cuando se produzcan determinadas condiciones que permiten una negociación con el objetivo político criminal lucha contra determinadas modalidades delictivas con gran potencialidad de daño social. Dicha figura solo puede tener cabida en un Estado consciente de su fracaso preventivo y ser legitimada por una teoría que abandone definitivamente las concepciones retributivas en la materia penal. Pero así como la propia negociación está sujeta a determinadas condiciones fácticas, también el objetivo preventivo está sujeto a los límites y controles de los principios de proporcionalidad, presunción de inocencia, dignidad humana, culpabilidad, lesividad, necesidad, protección de bienes jurídicos,

¹¹⁴ De la misma idea, exigiendo el fortalecimiento de la mediación al interno del sistema penal, GARAPON, Antoine/SALAS, Denis, *La République pénalisée*, Hachete Livre, 1996, pp. 99 y ss.

debido proceso, prueba lícita y *favor rei*, por citar algunos de los principales garantías materiales y formales. Las técnicas de investigación como el colaborador o arrepentido deben ser excepcionales, en tanto subyace la sospecha que las políticas del miedo y las demandas de seguridad pueden ser construidas por el propio estado para prescindir de la mano izquierda y sujetarnos.

BIBLIOGRAFÍA

- ADRIASOLA, Gabriel, *Técnicas de investigación judicial en materia de crimen organizado y blanqueo de capitales bajo la legislación uruguaya*, LJU Tomo 134, UY/DOC/644/2009.
- ALBRECHT, Hans-Jörg, *Prison Overcrowding-Finding Effective Solutions. Strategies and Best Practices Against Overcrowding in Correctional Facilities*, Forschung Aktuell 43, Freiburg, 2012.
- AMBOS, Kai, “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán. Fundamentación teórica y sistematización”, *Revista de Derecho Procesal Penal, La prueba en el proceso penal-I*, Rubinzal, Buenos Aires, 2009
- ARENDETT, Hannah, *Eichmann em Jerusalém. Uma reportagem sobre a banalidade do mal*, 2ª ed, Tenacitas, Coimbra, 2004.
- ARMENTA, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, 2ª ed, Marcial Pons, Barcelona, 2011
- ARMENTA, Teresa, *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 100.
- ASENCIO Mellado, José, “Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de D. Vladimiro Montesinos en el mes de noviembre de 2000”; en *Prueba Ilícita y lucha anti-corrupción. El caso del allanamiento y secuestro de los “vladivideos”*, Grijley, Lima, 2008

- BACHMAIER**, Lorena (Coord), *Proceso Penal y sistemas acusatorios*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- BAEZ**, Julio, “El arrepentido: perfiles de la figura. Su regulación en la legislación nacional y en la ley 25.742 para la prevención del secuestro de personas”, Sup. Act 21/08/2003, 21/08/2003, 1, AR/DOC/10541/2003
- BENÍTEZ**, Ignacio, *El “colaborador con la justicia”: aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”*, Dykinson, Madrid, 2004
- BOBBIO**, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 2008
- BÖHM**, María Laura/Gutiérrez, Mariano, “Introducción”, en *Políticas de seguridad. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, Del Puerto, Buenos Aires, 2007
- BOURDIE**, Pierre, “La dimisión del Estado”, en *La miseria del mundo*, Akal, España, 1999
- CHRISTIE**, Nils, “Conflicts as property”, *British Journal Criminology*, 17, 1977,
- CIGÜELA**, Javier, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2015
- COBLER/Gallardo/Lazaro/Perez**, *Mediación Policial. Teoría para la gestión del conflicto*, Dykinson, 2014.
- CORNELLI**, Roberto, *Miedo, criminalidad y orden*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2012
- DE LEO**, Francesco, “La collaborazione di giustizia: bilanci e prospettive”, *Questione Giustizia* 3, Franco Angeli, Milano, 2002.

- DÍAZ-MAROTO, Julio, Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del «arrepentido», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-293, tomo 5, Editorial LA LEY, LA LEY 22137/2001
- DONATT, Mora, “El valor probatorio de las declaraciones del “arrepentido” en el Proceso Penal Español”. En *Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Sergio García Ramírez*
- FABRICANT, Michael/Burghardt, Steve, *The Welfare state crisis and the transformation of social service work*, Sharpe, New York, 1992.
- FARALDO, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012
- FEINBERG, Joel, “Collective Responsibility”, May/Hoffmann (Eds), *Collective Responsibility. Five decades of debate in theoretical and applied ethics*, Rowman&Littlefield, Maryland, 1991
- FIANDACA, Giovanni, “La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma”, *Il Foro Italiano*, Vol. 118, No. 2, 1995
- FISAS, Vicenç, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Icaria, Barcelona, 2006
- FOFFANI, Luigi, “Criminalidad organizada y criminalidad económica”, *Estudios de derecho penal económico*, Caracas, 2002
- FRANCESCHETTI, Darío, “La figura del colaborador en la ley de estupefacientes. La colaboración como correctivo por menor peligrosidad en la determinación legal de pena”, LA LEY2000-E, 1141, AR/DOC/3154/2001

- GALAIN** Palermo, Pablo, “Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica”, en Ambos, Kai et al (Coords), *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, Jurista eds, Lima, 2015
- _____, “Relaciones entre el “derecho a la verdad” y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos/Malarino/Steiner (Eds), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Fundación Konrad Adenauer/Universidad de Göttingen, Bogotá, 2011
- _____, “Terrorismo y financiación del terrorismo en Uruguay, Ambos/Malarino/Steiner (Eds), *Terrorismo y Derecho Penal*, Fundación Konrad Adenauer/Universidad de Göttingen, Bogotá, 2015
- _____, *Justicia Restaurativa y Sistema Penal. ¿Cambio de Paradigma o nuevas herramientas de la Justicia Penal?*, UCUDAL/OLAP, Montevideo, 2016.
- _____, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010
- GANZEMÜLLER**, Carlos/Frigola, Joaquín/Escudero, José, “La nueva figura del traficante arrepentido y confeso. Breve examen del artículo 376 del Código Penal”, *Revista General de Derecho*, 645, 1998
- GARLAND**, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2012
- HABERMAS**, Jürgen, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Suhrkamp, Frankfurt, 1983

HASSEMER, Winfried, “El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales”, Von Hirsch/Seelmann/Wohlers (Eds), *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012,

_____, *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984.

HASSEMER/Elscheid, “Strafe ohne Vorwurf –Bemerkungen zur Grund der strafrechtlichen Haftung”, Lüderssen/Sack (Hrsg), Seminar: Abweichendes Verhalten“, II, Suhrkamp, Frankfurt, 1975

HEFENDEHL, Roland (ed), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007

HOLYST, Brunon, *Comparative Criminology*, Lexington Books, Toronto, 1979

JAKOBS, Güntern “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart”, Eser et al (Hrsgs), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende-Rückbesinnung und Ausblick*, Beck, München, 2000

_____, “Sobre la teoría de la pena”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, IV, 8, 1998, Ad-Hoc, Buenos Aires.

KELSEN, Hans, “¿Qué es la Justicia?”, en internet: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/04/doctrina43295.pdf>

KINZIG, Jörg, “La situación de la delincuencia organizada en Europa, especialmente en Alemania”, INACIPE, *Congreso Internacional. Las ciencias penales en el siglo XXI*, México, 2004

- KRASMANN, Susanne, “La seguridad eclosiona. Una perspectiva foucaultiana del 9/11”, en *Políticas de seguridad. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, Del Puerto, Buenos Aires, 2007.
- LEFRANC, Federico/Campos, Lizbeth, “¿Con cuál verdad nos conformamos? La reelaboración permanente de los discursos sobre la traición”, en Galain Palermo, Pablo (Ed), *¿Justicia de Transición? Mecanismos Jurídicos y Políticos para la Elaboración del Pasado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MACEDO, Florencio, *El delito de lavado de dinero: Primeras críticas*, LJU Tomo 144, UY/DOC/251/2011.
- MALEM Seña, Jorge, *El error judicial y la formación de los jueces*, Gedisa, Barcelona, 2008.
- MANNOZZI, Grazia, *Razionalità e “Giustizia” nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, Cedam, Padova, 1996.
- MEDINA, Juanjo, *Políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2011.
- MILITELLO, Vincenzo, “The Palermo U.N. Convention. A global challenge against Transnational Organised Crime”, en *Vergleichende Strafrechtswissenschaft. Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag*, Cuncker&Humblot, Berlin, 2009.
- MILL, Stuart, *El utilitarismo*, trad. Esperanza Guisan, 3ª ed, Alianza Editorial, Madrid, 2014.
- MINNA, Rosario, Crimini Asociatti, *norme penali e política del diritto. Aspetti storice, culturali, evoluzione normativa*, Giufrè Ed, Milano, 2007.
- MIRANDA, Anabela, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os criterios da culpa e da prevenção)*, Coimbra, 1994.

- MOLINA**, Ricardo, *Principio de oportunidad y aceptación de responsabilidad en el proceso penal*, Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia, 2010.
- MORILLAS**, Lorenzo, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, tecnos, Madrid, 1991.
- MUÑOZ Conde**, Francisco, “De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal penal del enemigo”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, Coimbra, 2010.
- NIETZSCHE**, Friedrich, *Mas allá del bien y el mal*, Fontamara, México, 2005, pp. 39 y s.
- NORRY**, Alan, *La justicia en la mesa de sacrificios de la historia: la culpa de la guerra en Arendt y Jaspers*, Universidad Libre/OLAP, Bogotá, 2015.
- OLÁSULO**, Héctor, *Introducción al derecho internacional penal*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2015.
- PAOLI**, Letizia, “Las paradojas del crimen organizado”, en Fernández Steinko, Armando (Ed), *Delincuencia, finanzas y globalización*, CIS, Madrid, 2013, pp. 133 y ss.
- PASTOR**, Daniel, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Atelier, Barcelona, 2006
- PAWLIK**, Michael, “§14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzyes –ein Tabubruch, *JZ*, 59, 2004
- RAFFIN**, Marcelo, *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y postdictaduras del Cono Sur*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006
- REYES Mate**, Manuel, *Tratado de la Injusticia*, Anthropos, Madrid, 2011

- REYNA, Luis, *La defensa del imputado. Perspectivas garantistas*, Jurista Eds, Lima, 2015
- ROXIN, Claus, “Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht”, *Festschrift für P. Bockelmann*, München, 1979
- RUIZ Díaz, Lucas, *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea. Aspectos internos y dinámicas externos del discurso securitario*, Universidad de Granada, Tesis Doctoral, 2015
- SAN MARTIN, Cesar, *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, Lima, 2015
- SÁNCHEZ, Pablo, *El nuevo proceso penal*, Idemsa, Lima, 2009
- SANCINETTI, Marcelo, “Avenimiento y mediación: ¿la pena como “objeto de negocios jurídicos”?”, *El Dial.com*, Año XIII, 3043, 11 de junio 2010
- SCAPUSIO, Beatriz, “La figura del colaborador”, conferencia celebrada en Montevideo en fecha 20.10.2015, en vías de publicación.
- SCHÜNEMANN, Bernd, “Die informellen Absprachen als Überlebenskrise des deutschen Strafverfahrens”; *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag* 22. Juni 1992,
- SCHÜNEMANN, Bernd, “Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflegen”, *NStZ*, 1986.
- SILVA Días, Augusto, “Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantias no combate ao crime organizado”, Ferreira Monte (Dir), *Que futuro para o direito processual penal?*, Coimbra, 2009
- SILVA Sánchez, Jesús, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Bdef, Buenos Aires/Montevideo, 2015,

- SIMON, Jonhatan, *Gobernar a través del delito*, Gedisa, Barcelona, 2011
- SPOLANSKY, Norberto, “El llamado arrepentido en materia penal”, LALEY2001-F, 1434 - LLP 2002, 01/01/2002, 276, AR/DOC/363/2001
- STARKE, Peter/Kaasch, Alexandra/van Hooren, Franca, *The Welfare State as Crisis Manager. Explaining the Diversity of Policy Responses to Economic Crisis*, Palgrave Macmillan, New York, 2013
- SWAANINGEN, Renè, *Perspectivas europeas para una criminología crítica*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2011
- TARUFFO, Michele, *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008
- TOBARES Catalá, Gabriel, “El arrepentido en el secuestro extorsivo”, AR/DOC/1891/2005
- VER Krey, Volker, *Strafverfahrenrecht, Band 2*, Kohlhammer, Stuttgart, 1990
- VOLK, Klaus, *Strafprozessrecht*, Beck, München, 1999
- WACQUANT, Loïc, “Crafting the Neoliberal State: workfare, prisonfare, and social insecurity”, *Sociological Forum*, Vol. 25, 2, 2010, pp. 197 y ss.
- , “Marginalidad, etnicidad y penalidad en la ciudad neoliberal: una categoría analítica”, *Tiempos violentos. Barbarie y decadencia civilizatoria*, Herramienta Eds, Argentina, 2014
- WALTHER Susanne, “Communication over Confrontation: Modern Criminal Procedure in Transformation, Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness. Konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozessrecht, Eser et al (Hrsg), Duncker&Humblot, Berlin, 2004

- WOHLERS, Wolfgang, “Derecho penal como ultima ratio. ¿Principio fundamental del derecho penal de un estado de derecho o principio sin un contenido expresivo propio?”, trad. Nuria Pastor, von Hirsch/Seelmann/Wohlens/Robles Planas (eds), *Ímites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 125.
- YOUNG, Jock, *El vértigo de la modernidad tardía*, Didot, Argentina, 2012.
- ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996
- ZYSMAN, Diego, *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*, Didot, Argentina, 2013.

- <http://edition.cnn.com/2016/05/10/americas/brazil-rousseff-impeachment-explainer/>
- <http://olap.fder.edu.uy/wp-content/uploads/2014/09/Power-Point-JR-Pablo-Galain-Palermo.pdf>
- [http://plato.stanford.edu/entries/collective-responsibility/.](http://plato.stanford.edu/entries/collective-responsibility/)
- http://www.ansalatina.com/americalatina/noticia/brasil/2016/04/01/justicia-revela-vinculos-petrolao-mensalao_b82cac60-c3a4-485c-b3f8-b61db095585e.html
- http://www.clarin.com/politica/arrepentido-Farina-involucro-Cristina-Nestor_0_1555045012.html
- [http://www.elobservador.com.uy/acuerdos-colaboracion-y-el-arte-negociar-los-delincuentes-n857155.](http://www.elobservador.com.uy/acuerdos-colaboracion-y-el-arte-negociar-los-delincuentes-n857155)
- <http://www.elobservador.com.uy/fiscales-del-crimen-chocan-uso-la-figura-del-colaborador-n262387>
- <http://www.elobservador.com.uy/rousseff-debera-declarar-caso-empresario-odebrecht-n924436>
- <http://www.lapoliticaonline.com/nota/95588/>
- http://www.poderjudicial.gub.uy/images/stories/estadisticas/2014/A%C3%91O_2014_Estudio_de_procedimientos_penales_y_penales_especializados_en_crimen.pdf
- <http://www.prisonstudies.org/country/argentina>
- <http://www.prisonstudies.org/country/uruguay>
- <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

JUSTICIA RESTAURATIVA: LA DESATINADA PROHIBICIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL EN LOS ASUNTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

CARLOS PATRICIO SERRANO LUCERO¹

RESUMEN

La violencia de género es un fenómeno que ha pasado de ser ignorado por la norma penal a tener una excesiva carga punitiva en la actualidad. Esto ha llevado, entre otras cosas, a la prohibición de la mediación penal en asuntos de violencia de género. La política criminal actual no ha dado resultado pues los índices de violencia de género no han disminuido. En el presente aporte se argumentará a favor de la implementación de la mediación penal en determinados asuntos de violencia de género, explicando, para ello, las infundadas causas de su prohibición y abogando por los beneficios que ofrece este sistema de justicia restaurativa.

PALABRAS CLAVE:

Violencia de género; justicia restaurativa; mediación penal.

¹ Estudiante del Master Oficial en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid

ABSTRACT

Gender-based violence is a phenomenon that has gone from being ignored by the criminal law to becoming an excessive punitive burden today. This has led to, among other things, the prohibition of criminal mediation in matters of gender violence. The current criminal policy has not been as rates resulting gender violence have not decreased. In this contribution we will argue in favor of the implementation of criminal mediation in certain cases of gender violence, explaining the unfounded reasons for it being banned and advocating the benefits offered by this system of restorative justice.

KEY WORDS: Gender violence; restorative justice; criminal mediation.

ESTADO DE LA CUESTIÓN. CRÍTICAS AL SISTEMA DE JUSTICIA CONTENCIOSO TRADICIONAL

En este epígrafe no me referiré a la justicia restaurativa, pues en su lugar, es necesario en primer plano, conocer ciertas características del sistema de justicia contencioso tradicional con el fin de evidenciar algunas de sus falencias y así dar sentido a la intervención de la justicia restaurativa en los diferentes procesos judiciales.

Para abordar el presente análisis es necesario admitir que el conflicto es parte de la condición humana. El hecho de que los seres humanos vivamos en sociedad predispone el conflicto, por ello la sociedad ha constatado la necesidad de implantar un sistema que ayude a la solución de controversias entre individuos. En este marco, en las últimas décadas los sistemas judiciales contenciosos han sido los protagonistas. Dicho sistema ha sido implantando por el Estado de derecho y tradicionalmente cuenta con dos únicas respuestas para sus usuarios: *ganar* o *perder*. Así, una tercera persona ajena al conflicto será quien tenga el poder de decidir quién ha ganado y quién ha perdido la disputa, olvidándose, en la mayoría de ocasiones, de cumplir las expectativas de los requirentes de justicia².

El sistema de justicia tradicional desde su invención ha intentado mantenerse en pie y solventar todas las causas que han ingresado en este, no obstante, al parecer no responde a las exigencias esperadas. Así por ejemplo, dentro de la justicia penal no se han

² Vid. DÍAZ MADRIGAL, I.N.: *La mediación en el sistema de justicia penal: justicia restaurativa en México y España*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 2013, pp. 1-2

cumplido concepciones teóricas que sin duda ponen en peligro la eficacia del sistema actual, entre ellos, el fin de la pena: la prevención³. En efecto, el mismo aislamiento de los delincuentes, a mi criterio, es totalmente contrario a la resocialización y ello se verifica en la práctica.

Además de la brecha entre lo teórico y práctico, dentro del sistema judicial actual es también importante resaltar la rigidez del mismo, pues, en cuanto a normas procesales respecta, el sistema judicial penal tradicional supone una única vía con características invariables, lo cual en consecuencia, minimiza toda posibilidad de modificación del proceso en beneficio común de las partes.

A pesar de lo antes señalado, es evidente la evolución del derecho respecto al pasado, en tal sentido hemos de aceptar que el derecho penal contemporáneo ha tendido a la humanización. Para justificar tal afirmación es necesario recordar, entre otros, a BECCARIA⁴ quien denunció las penas inhumanas y el ejercicio

³ Los actuales sistemas de justicia penal se centran en la prevención (al menos teóricamente), entendida esta prevención como la resocialización del delincuente, de ahí que la Constitución española contempla en su artículo 25.2 "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados...". En el mismo sentido la constitución Ecuatoriana en su artículo Art. 201 dice "El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad".

⁴ Sobre este tema, véase, en general: BECCARIA, C.: *Tratado de los delitos y las penas*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015.

abusivo del poder estatal en su época. Actualmente, a pesar de haber conseguido cierta evolución en la humanización de las penas, la relativa –y a mi criterio simbólica– inclusión de las víctimas en los sistemas penales, el aumento de garantías de los procesados, y en general el mejoramiento de la administración de justicia penal respecto a tiempos pasados; es necesario aceptar también, que hasta el momento no se ha conseguido que el sistema judicial responda de forma más humana al requerimiento de sus usuarios, pues lo que se observa actualmente, es una justicia fría y mecánica con reglas tasadas que en ocasiones olvida que el ser humano y su dignidad es el fin último de la justicia.

Si centramos nuestra atención en las encuestas a nivel iberoamericano, se podrá verificar que la eficacia del sistema judicial penal no cumple las expectativas esperadas⁵. Las personas tienden a desconfiar de la justicia a tal punto que algunos autores

Disponible en formato digital en: <http://goo.gl/2TNZaK>

⁵ Así, para conocer las cifras de los distintos países de América Latina se podrá revisar el "Proyecto de Opinión Pública de América Latina" (Vanderbilt University) en <http://goo.gl/DPYEZj>. Vale mencionar que en este estudio Ecuador figura dentro de los siete países más destacados, no obstante, a pesar de ello, tanto Ecuador como Latinoamérica en general continúan aún rezagados, pues constituye sin duda, un signo de mediocridad aceptar la realidad o enorgullecerse de ella a sabiendas de que el sistemas judicial actual en Ecuador vive una gran crisis, incluso, evidenciándose diferentes protestas de distintos colectivos, entre ellos el gremio de abogados que constantemente pide independencia del poder judicial respecto al resto de poderes del Estado. Por otro lado España aunque lleva cierta ventaja respecto a los países latinoamericanos no ha logrado cumplir expectativas esperadas, en tal sentido puede revisarse el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial en <http://goo.gl/uIFec3> o en su defecto, los informes y barómetros sobre la Actividad de la Justicia en Fundación Wolster Kluwer: <http://goo.gl/ZNX2i6>.

han afirmado que el derecho penal se encuentra en crisis. Sumado a lo anterior, no se puede dejar de hablar de la globalización, la aparición de las nuevas tecnologías y la creación de lo que se denomina “la sociedad de riesgo”⁶ donde los ordenamientos jurídico penales han aumentado y se han incluido tipos penales de riesgo, convirtiéndose la vía penal, en la favorita al momento de legislar, transformando, la mínima intervención penal en una máxima intervención del *ius puniendi*⁷.

La expansión del derecho penal ha conllevado, en parte, a la judicialización de conductas que pueden ser solventadas por otras vías diferentes a las penales. Sumado a ello, hay que considerar que la sociedad cada vez más tiende a la judicialización de sus pleitos, creando una cultura de litigio⁸. Dicho fenómeno se traduce en la “necesidad imperante” y a la vez innecesaria de una respuesta judicial frente a todos los conflictos, incluso, por más insignificantes que estos constituyan⁹.

⁶ Término acuñado por el filósofo alemán Ulrich BECK, quien se refirió así por primera vez a la evolución postmoderna de la sociedad. Sobre el tema véase, en general: BECK, U.: *La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998.

⁷ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del derecho penal aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 20 y ss.

⁸ Vid. PERULERO GARCÍA, D.: “Hacia un modelo de justicia restaurativa: la mediación penal.”, *Sobre la Mediación Penal (posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español)* (dir. P.M. Garciandía González y h. Soleto), Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 71.

⁹ Así, Diana PERULERO acertadamente dice: “Quizá subsista la desafortunada percepción de que el Derecho es el medio adecuado para la solución de muchos más problemas, también personales, de los que realmente puede solventar, ya que no es más que un instrumento necesario para la solución de litigios estrictamente jurídicos, por lo que el conflicto real que subyace no sólo no se

Finalmente, es acertado señalar que el sistema penal tradicional cuenta con varias falencias en cuanto a atención a la parte humana corresponde. En tal sentido, la víctima no se siente escuchada además de desatendida toda vez que el Estado en muchas ocasiones aprovecha de ella simplemente como una prueba más para la comprobación del delito. En esta línea, no me puedo resistir a transcribir la acertada explicación del maestro ZAFFARONI:

Lo comprobamos en cualquier caso: si una persona agrede a otra y le quiebra un hueso, el estado se lleva al agresor, lo pena alegando que lo hace para disuadir a otros de romper huesos o para enseñarle a no hacerlo o para lo que sea, el que sufre el hueso roto debe acudir a la justicia civil, en la que no puede obtener nada si el agresor no tiene bienes. El poder punitivo redujo a la persona con el hueso roto a un mero dato, porque no toma parte en la decisión punitiva del conflicto. Más aún: debe mostrar su hueso roto y si no lo hace el poder punitivo la amenaza como testigo remiso y puede llevarla por la fuerza a mostrar lo que el agresor le hizo. La característica del poder punitivo es, pues, la confiscación de la víctima, o sea, que es un modelo que no resuelve el conflicto porque una de las partes (el lesionado) está por definición excluida de la decisión. Lo punitivo no resuelve el conflicto sino que lo *cuelga*, como una prenda que se seca en el lavarropas y se tiende en la soga hasta que se seque. Encerramos al agresor un tiempo y lo soltamos cuando el conflicto *se secó*. Es cierto que podemos matarlo, pero en ese caso no haríamos otra cosa que dejar el conflicto

resuelve, sino que frecuentemente se agudiza en un proceso judicial." En *ibídem*.

colgado para siempre. A la víctima no le reponemos nada, no le pagamos el tratamiento, el tiempo laboral perdido, nada. Ni siquiera le damos un diploma de víctima para que lo cuelgue en un rincón de la casa.¹⁰

Por lo explicado se concluye que el sistema de justicia penal tradicional presenta varias inconsistencias en tanto no cumple con preceptos teóricos que en la práctica han sido inalcanzables debido a su rigidez y autoalimentación lo cual bloquea, en principio, otras vías alternativas diferentes a las oficiales. En contraposición a esta postura y como herramienta alternativa o complementaria al sistema de justicia tradicional, ha tomado fuerza la justicia restaurativa, constituyéndose esta, en una vía eficaz a la solución de conflictos.

Con lo antes dicho no se afirma el fracaso total del sistema judicial contencioso, pues apuntar a ello sería poco más que irracional toda vez que son innegables los avances que hemos tenido en la justicia durante las últimas décadas. Lo que se pretende es evidenciar ciertos desatinos que podrían ser solventados por vías diferentes a las tradicionales concediéndole un espacio merecido a la justicia restaurativa.

UN BREVE RECORRIDO EN LA HISTORIA: EL ORIGEN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y SUS DIFICULTADES.

En torno al nacimiento de la justicia restaurativa han surgido varias dudas que hasta la actualidad se mantienen. Por una parte están presentes quienes aseguran que la justicia restaurativa tiene sus orígenes en la *justicia indígena* pues, a su criterio, las

¹⁰ ZAFFARONI, E.: *La cuestión criminal*, Ibáñez, Bogotá, 2013, pp. 24 y 25.

características de la justicia indígena son parecidas a las aplicables en la justicia restaurativa, lo cual tiene lógica y es acertado¹¹, sin embargo, afirmar que la justicia restaurativa es similar a la justicia indígena, a mi juicio, no justifica su origen.

En contraposición al pensamiento anterior, y con tendencia mayoritaria encontramos la idea que relaciona el inicio de la justicia restaurativa con varios factores que se han desarrollado en el tiempo. En tal sentido, es errado afirmar que la justicia restaurativa y sus singulares características han devenido de una exclusiva consecuencia, por el contrario, lo que ha dado vida a esta actual tendencia es la lucha constantes de distintos colectivos, que hasta la actualidad, apuntan en pro de una justicia diferente a la contenciosa.

Entre los antecedentes que aportaron a la evolución de la justicia restaurativa es preciso señalar: *El movimiento crítico de las instituciones represivas*: en el año 1950 en los Estados Unidos de Norteamérica comenzó la ola de protestas en contra de la violencia racial y de género. *Los movimientos victimarios*: buscaron y

¹¹ Así, en la justicia indígena ecuatoriana se pueden verificar varias características que empatan con las propuestas por la justicia restaurativa, entre estas la tendencia a buscar una reconstrucción de la comunidad, el arrepentimiento del delincuente y sobre todo la reparación a la víctima, en tal sentido, Gerardo NIEVES LOJA dice: "En la justicia indígena ningún acto (delito) que altera la armonía comunitaria, queda en la impunidad. Se trata de "salvar" la comunidad mediante la aplicación de la justicia indígena, cuyas resoluciones han sido verdaderas experiencias reconstructivas tanto individuales como colectivas. Aquí, "la reflexión y el entendimiento de las partes" son instancias que conducen al perdón, a la reconciliación y a la reconstrucción." En NIEVES LOJA, G.: "El carácter reconstructivo de la justicia indígena, Chimborazo, Ecuador: perspectiva ética.", *Aufklärung: revista de filosofía*, V2.N2, 2015, p. 86.

lograron el mayor posicionamiento de la víctima en el proceso, se centraron en la reparación y la visualización de la violencia de género que en aquel entonces carecía de protagonismo. *Movimientos que buscaron la valorización de la comunidad*: en los años sesenta del siglo pasado, se apuesta por el retorno al modo de vida comunitario donde los problemas eran solventados de mejor manera. *Movimiento de descolonización*: entre 1960 y 1970 se vuelve la mirada a la forma de solución de conflicto de pueblos ancestrales y se intenta recuperar dichos valores ahí aplicados. *Transformaciones estructurales*: entre 1973 y 1979 se verifica la descentralización de poderes donde la intervención estatal queda en segundo plano¹².

Ahora bien, luego de anunciar brevemente los antecedentes que llevaron al génesis de lo que ahora se conoce como justicia restaurativa, es menester citar lo que el pensamiento mayoritario identifica como el primer proceso restaurativo, así, dicho acontecimiento fue llevado a cabo en el año de 1974 en la provincia de Ontario en Canadá, donde surgieron varios procesos de mediación penal dirigidos por la iglesia Menonita “*Mennonite Central Committee*” y autorizados por diversos tribunales de justicia donde se obtuvieron resultados magníficos, tomando dicha experiencia como ejemplo para aplicarla en el resto del país¹³. Por los resultados alentadores arrojados por la experiencia canadiense, los Estados Unidos de Norteamérica implementaron el *Victim/Offender Reconciliation Program* (VORP) o *Victim Offender Mediation* (VOM). Programas en los cuales las víctimas y agresores

¹² DÍAZ MADRIGAL, I.N.: *La medi...*, op., cit., pp. 27-32.

¹³ Vid. MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, A.: “Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades”, *Revista Ius et Praxis*, No 2, 2015, p. 169.

con la ayuda de mediadores, mantenían sesiones de mediación penal, extendiéndose esta tendencia a países con sistemas de justicia anglosajón como Nueva Zelanda y Australia¹⁴.

Ulteriormente, la justicia restaurativa mediante la mediación penal ha logrado un gran impulso trasladándose no solamente de país a país, sino también, de continente a continente, migrando del *common law* al *civil law*, cuestión que no fue nada fácil, toda vez que los autores clásicos de derecho penal continental avistaban incrédulos los conceptos de este reciente y novedoso sistema, que a su criterio, vulneraba la institucionalización y reglas del derecho que ellos habían robustecido por años.

No se puede negar lo complejo y lento que ha sido introducir las ideas de la justicia restaurativa en el sistema tradicional, y de ello pueden dar fe quienes ya se vienen dedicando muchos años a intentar introducir conceptos restaurativos, y mediación en la administración de justicia. Aquellos pioneros en la promoción de la justicia restaurativa fueron, sin duda, quienes constataron la incredulidad de los clásicos creyentes de la justicia contenciosa frente a este nuevo sistema.

Recuerdo cuando Helena SOLETO hablaba sobre el inicio de la justicia restaurativa en España y explicaba que fueron muy pocos los que creían en este sistema y que incluso, cuando ella y sus colegas sustentaban pensamientos de carácter restaurativo y medicación penal a quienes habían vivido siempre creyendo en un sistema tradicional, los receptores pensaban que se hablaba de

¹⁴ TAMARIT SUMALLA, J.: "La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico", *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012, pp. 3-4.

fantasías, suponiendo *ex ante*, que el delincuente nunca podría aceptar su error y mucho menos reparar el daño ocasionado a la víctima¹⁵. En el mismo sentido, la ex magistrada Ana Carrascosa, en su intervención había hecho hincapié sobre la falta de recursos designados por el Estado para la implementación de la mediación en materia penal, donde faltaba personal e infraestructura que ahora, poco a poco, ha ido incrementando¹⁶.

La situación en Ecuador no ha sido diferente. Recordemos que la mediación en materia no penal ya ha sido promovida por legislaciones anteriores, sin embargo, respecto a la medicación penal la normativa que viene a tratar el tema como tal, es sin duda, el Código Orgánico Integral Penal que entró en vigencia el mes agosto del año 2014. Este cuerpo normativo contiene en su título X lo que el legislador ha denominado textualmente como “Mecanismo Alternativos de Solución de Conflictos”.

Incluir mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal en el Ecuador obedece al cambio de paradigma mundial que ha puesto en duda a la efectividad del derecho penal retribucionista. Las dificultades que ha tenido España frente a la implementación de infraestructura para el ejercicio de la medición penal también lo ha sufrido Ecuador, en ese contexto el Estado ecuatoriano ha tenido que invertir tanto en personal como

¹⁵ Ponencia sobre Justicia Restaurativa, Dra. Helena SOLETO, profesora titular de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid, ponencia impartida el día 11 de enero de 2016 en la Universidad Carlos III de Madrid campus Puerta Toledo, Madrid.

¹⁶ Ponencia sobre Justicia Restaurativa, Da. Ana CARRASCOSA, Ex Magistrada, Jefe de sección de Estudios e Informes del Consejo General de Poder Judicial, impartida el día 11 de enero de 2016 en la Universidad Carlos III de Madrid campus Puerta Toledo, Madrid.

en bienes materiales para intentar introducir en el sistema judicial penal la mediación, sin llegar, hasta el momento, a cumplir las expectativas esperadas.

La lucha constante de quienes creen en la justicia restaurativa y sus resultados favorables, sin duda ha logrado que se apueste por esta vía. En la actualidad, la introducción de la mediación penal en los procesos tradicionales se ha logrado gracias a las transformaciones sociales que se han dado en las últimas décadas, el apoyo de los órganos supranacionales¹⁷ y la aprobación legislativa de normas que permiten procesos de mediación penal centrados en la reparación.

A pesar de los grandes problemas que ha sufrido la mediación penal al abrirse camino en el sistema tradicional, al parecer esta rama del derecho cada vez va conquistando más adeptos que apuntan por ella.

LA EXCESIVA RESPUESTA PUNITIVA COMO “ÚNICA” VÍA DE SOLUCIÓN A LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

Previo a entrar al análisis de la justicia restaurativa con relación a la violencia de género, es ineludible recordar la evolución de la

¹⁷ A modo de ejemplo, se podrá revisar la Resolución 1999/26, del 28 de julio de 1999 y la Resolución 2000/14, del 7 de julio de 2000 del Consejo Económico y Social sobre la mediación penal y justicia reparadora respectivamente, dentro del ámbito de las Naciones Unidas. Sin embargo, existen, además de lo citado, un sin número de pronunciamientos a favor de la Justicia Restaurativa por parte de organismos internacionales, lo cual evidencia la voluntad para con este sistema. Para mayor profundidad sobre normas internacionales y europeas con relación al tema véase TAMARIT SUMALLA, J.: “La just..., op., cit., p. 24-30.

respuesta punitiva frente a este fenómeno. Si damos una mirada retrospectiva, podremos constatar la falta de respuesta punitiva a las conductas de violencia de género. Así pues, no es extraño que hace unas décadas el pensamiento mayoritario de la sociedad considere que los “problemas de casa se los arreglen en casa” y en ese tenor, el poder punitivo y la intervención penal con relación a los supuesto de violencia de género, se mantenían al margen.

Lo anterior ha cambiado y en efecto ha evolucionado con distintas corrientes, entre las cuales ha predominado la feminista.

La tendencia actual frente a la violencia de género consiste –contrariamente al pensamiento pasado– en la protección de la mujer y la reivindicación de sus derechos. Actualmente la sociedad y los medios de comunicación están alerta sobre las conductas machistas toda vez que aquello se repudia y causa vergüenza, desatándose así, una creciente alarma social, que ha devenido, “como no podía ser de otra manera”¹⁸, en la implementación de normas penales que sancionen tal conducta. Para intentar mitigar la violencia de género, los Estados, mediante sus órganos legislativos han

¹⁸ A mi criterio, la implementación de normas penales *per se* no soluciona ningún problema social, sin embargo, el legislador al parecer cree que la implementación de una norma penal frente a un problema social es una consecuencia lógica, lo cual es desacertado. Dicho lo anterior no apunto a la despenalización de la violencia machista, toda vez que la sanción a este tipo de conductas es necesaria, no obstante, la respuesta punitiva a ciertas conductas tan complejas como la analizada deben ir acompañada además del derecho penal, de otras ciencias auxiliares y por qué no, de la justicia restaurativa. Sobre la necesidad y relación de otras ciencias en el derecho penal véase ZAFFARONI, E.: *Estructura básica del derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2011, pp. 36-37.

implementado un gran número de tipos penales¹⁹ y procedimientos que evidentemente, tienden a un solo fin: el retribucionista²⁰, que consiste, indiscutiblemente, en el inevitable castigo al agresor.

Siendo esto así, la pregunta es la siguiente: ¿la respuesta punitiva a este tipo de delitos ha tenido éxito en cuanto a prevención?

La implementación de normas penales para sancionar la violencia de género no ha ayudado a mitigar las agresiones, pues como era de esperar, al asumir un modelo retribucionista y centrado en el castigo, la comisión de este tipo de delitos no ha reducido. En España, el número de víctimas de violencia de género con orden de protección o medidas cautelares inscritas en el registro dentro del año 2015 han sido 27.624, mientras que en el 2014 fueron 27.087, cifra que se asimila a la obtenida en el año 2013 cuando se registraron 27.122 víctimas²¹. Por lo aquí visto, se podrá evidenciar una constante que se mantiene en el número de víctimas en los

¹⁹ Tanto en Ecuador como en España se puede verificar en los últimos tiempos un aumento de normas penales en cuanto a violencia machista supone, así, Ecuador ha incluido incluso el tipo penal de femicidio, cuestión que en España todavía continúa en debate. Ello no quiere decir que nuestra legislación sea más avanzada que la española toda vez que se deberá legislar de acuerdo a las necesidades de cada sociedad. En todo caso, lo que se debe resaltar en ambas legislaciones es un aumento punitivo cualitativo y cuantitativo frente a la violencia de género.

²⁰ El retribucionismo penal se basa en el castigo del delincuente sin que se busque, en ningún caso, otro fin como la compensación o reparación a la víctima, la rehabilitación del delincuente y su posterior reinserción a la sociedad.

²¹ Cifras tomadas de la nota de prensa del Instituto Nacional de Estadística Español. Publicado el 7 de junio de 2016, recupere de: <http://goo.gl/6HSK06>

tres últimos años, aumentado un 2.0% en el año 2015 con relación al 2014²².

En Ecuador²³, la Fiscalía General del Estado ha registrado 2.150 denuncias de violencia intrafamiliar en el año 2012, mientras que en el año 2013 se han verificado 2.227, lo cual ha aumentado para el año 2014, encontrándose 1.350 denuncias desde el 1 de enero hasta el 10 de agosto (fecha en la cual entro en vigencia el Código Orgánico Integral Penal) y, en lo posterior, es decir del 10 de agosto al 31 de diciembre de 2014 constan 3.748 denuncias más, que en total suman 5.102 denuncias dentro del año 2014²⁴. En el mismo sentido se han ingresado 25.335 causas sobre violencia de género en la Función Judicial a nivel nacional, esta cifra se ha contabilizado del periodo de agosto de 2014 a octubre de 2015²⁵. De estas causas solamente han sido sentenciadas 950 hasta la fecha de corte del citado estudio que data de octubre de 2015²⁶.

²² *Ibidem*

²³ Con relación a las cifras de Ecuador se debe advertir que los datos que constan en el presente aporte han sido recopilados de portales electrónicos de noticias debido a la falta de estudios actualizados por parte del Estado toda vez que el censo oficial más reciente respecto a violencia de género publicado en el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos data del año 2011 y analiza la violencia de género desde una perspectiva territorial interna y en una línea de tiempo, lo cual es indispensable para el presente estudio. Sin embargo, dicho estudio puede verificarse en: <http://goo.gl/ofM335>

²⁴ Cifras tomadas del portal electrónico Focus Ecuador que a su vez cita a la Fiscalía General del estado. Publicado el 26 de mayo de 2015, recuperado de: <http://goo.gl/POenHD>

²⁵ Cifras tomadas del portal electrónico Expreso.ec que a su vez cita en un gráfico a la Función Judicial. Publicado en 22 de noviembre de 2015, recuperado de: <http://goo.gl/rsBdf7>

²⁶ *Ibidem*.

Lo anterior demuestra, sin duda, la falta de eficacia del sistema en cuanto a prevención. Así, la justicia contenciosa enfrenta una vez más a los intervinientes del pleito creando más problemas de los que espera solucionar, pues, en efecto, tanto la víctima como el victimario están obligados a seguir el proceso que el sistema les ha impuesto y con ello la necesaria declaración de una pena, que en la mayoría de los casos, no satisface a la víctima.

Con todo lo dicho se llega a reafirmar la ineficacia del sistema contencioso y parte importante de dicho fracaso, corresponde, a mi criterio, a la prohibición de mediación penal en asuntos de violencia de género que será analizada en el siguiente epígrafe.

LA MEDIACIÓN PENAL EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Se podría creer que la Justicia Restaurativa es aplicable únicamente a delitos leves o en jurisdicción de menores, no obstante en contra de todo pronóstico, han tenido éxito un sin número de procesos restaurativos en delitos graves y además violentos como es el homicidio, el asesinato o incluso la violación²⁷.

Entonces, si la justicia restaurativa ha sido aplicada incluso en casos tan graves como los anunciados ¿por qué no es posible aplicar procesos restaurativos en supuestos de violencia doméstica o de género? La respuesta es simple: el legislador lo ha prohibido.

²⁷ Estos procesos han sido realizados en los Estados Unidos de Norteamérica, concretamente en Ohio y Texas. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "La justicia restaurativa en los supuestos de violencia doméstica (y de género)", *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012, p. 90.

En efecto, España mediante la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género 1/2004, de 28 de diciembre²⁸ prohíbe la mediación penal imposibilitando a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer la tramitación de este tipo de procedimientos.

Una segmento de la doctrina, por su parte ha puesto en relieve ciertas vías por las cuales, “al parecer”, se podrían aplicar la mediación penal en supuestos de violencia de género²⁹. Aquel pensamiento suponen que el legislador al prohibir estrictamente la mediación penal en los “Juzgados de Violencia sobre la Mujer” ha dejado abierta la posibilidad de mediar en los asuntos de violencia de género que son tramitados, por distintos motivos, en los Juzgados de Instrucción. Aquel argumento no corresponde ser profundizado para el presente estudio toda vez que lo que se busca constatar y resaltar es la inminente negativa del legislador para con la medicación penal en los supuestos de violencia de género.

Dentro de la misma línea, cierta parte de la doctrina española también ha puesto de manifiesto su malestar respecto a la prohibición de la mediación penal en asuntos de violencia de género debido a que aquella prohibición ha sido introducida en el año 2004, es decir, cuando ni siquiera existía una ley que regulará

²⁸ En su art. 44 añade el art. 87 ter a la ley Orgánica del Poder Judicial constando en su numeral 5: “ En todos estos casos está vedada la mediación.”

²⁹ Para profundizar sobre este tema Vid. OUBIÑA BARBOLLA, S.: “La distancia que les separa, la distancia que nos separa: mediación en casos de violencia doméstica en España y en otros sistemas.” *Sobre la Mediación Penal (posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español)* (Dir. Pedro M. Garcíandía González y Helena Soletó), Aranzadi, Pamplona, 2012 pp. 188-189.

la mediación en el ámbito criminal en general. Por lo dicho, no se cree correcto prohibir algo que aún ni siquiera había existido³⁰. Esta prematura prohibición de la mediación penal en asuntos de violencia de género deja ver el carácter retribucionista que ha mantenido el legislador desde la introducción de la prohibición hasta la actualidad.

En todo caso, se reitera que a efectos del presente estudio lo que nos interesa es resaltar la negativa del legislador español frente a la implementación de procedimientos restaurativos en los supuestos de violencia de género, lo cual, como veremos, se verifica también en la legislación penal ecuatoriana.

En efecto, el legislador ecuatoriano en la reforma del año 2009 incluyó en el Código Penal del año 2000 la prohibición de acuerdos reparatorios en supuestos de violencia intrafamiliar. Así, el artículo 37 en su parte pertinente decía “No cabe conversión: (...) c) cuando se trate de delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio” con esta prohibición a la conversión se negaba la posibilidad de realizar un acuerdo reparatorio debido a que en el artículo siguiente, esto es, el 37.1 decía “Excepto en los delitos en los que no cabe conversión según el artículo anterior, el procesado y el ofendido podrán convenir acuerdos de reparación...” En tal virtud, con los preceptos normativos antes citados quedó restringida toda posibilidad de mediación penal en un contexto restaurativo.

De igual manera, con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal en agosto de 2014, en su título X, artículo 662 y

³⁰ Vid. CANO SOLER, M.A.: *La mediación penal*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 183-184.

siguientes se ha regulado la forma y los supuestos en los cuales se permite la medicación penal. Así, dicho cuerpo normativo en su artículo 663 dice “La conciliación podrá presentarse hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal en los siguientes casos...” dando a conocer tres supuestos por los cuales se permite la conciliación, sin embargo, en la última parte el artículo concluye “se excluye de este procedimiento las infracciones (...) delitos contra la mujer o miembros del núcleo familiar” constatándose así la prohibición de mediación en asuntos de violencia de género por imperativo legal.

Por tanto, dentro de la legislación ecuatoriana como española se encuentra vedada la mediación penal en asuntos de violencia de género.

Luego de revisadas ambas legislaciones no se encuentra justificativo alguno sobre el cual descansa esta prohibición. Tampoco existe ningún pronunciamiento oficial del órgano legislativo competente al respecto.

Lo anterior, a mi criterio, nos lleva a pensar que la implementación de esta prohibición por parte del legislador obedece al cambio de paradigma social que ha tenido la violencia machista. En tal sentido, como en líneas anteriores se ha explicado, se entenderá que aquel fenómeno pasó de estar desapercibido a tener un exceso de persecución punitiva, lo cual sin duda derivó incluso en la prohibición de mediación con fines restaurativos.

Por otra parte, la doctrina, con un poco más de juicio ha desarrollado ciertos fundamentos que justifican la prohibición de la mediación en supuestos de violencia de género entre los cuales resalta, por ejemplo la falta de igualdad entre las partes. La

mediación penal parte de la idea de igualdad, por ello es necesario que las partes estén en equivalencia. En esta línea, existe cierta corriente doctrinaria que sostiene que en asuntos de violencia de género la igualdad ha desaparecido, toda vez que el mismo hecho de la relación maltratadora, supone una superioridad del hombre sobre la mujer. Bajo la misma corriente, existen autores que sostienen que aplicar la mediación en asuntos de violencia de género, no solamente admite un perjuicio la víctima sino además, permite que se den nuevos maltratos considerando que, debido a la mediación, la víctima no ha podido salir del círculo maltratador y lograr su independencia. Finalmente hay quienes sostienen que someter a la víctima a un proceso de mediación supone un peligro para la seguridad de esta de tal modo que se puede lesionar su integridad tanto física como psíquica³¹.

De forma contraria al pensamiento antes expuesto ha ido tomando fuerza la corriente doctrinaria que critica la prohibición de la mediación en supuestos de violencia de género.

Para realizar un buen trabajo argumentativo a favor de la implementación de la mediación penal en supuestos de violencia de género es necesario partir de pluralidad. Todos los casos de violencia de género nacen de conductas humanas en diferentes entornos, escenarios o circunstancias. Tal diversidad es impredecible debido a que en las diferentes relaciones personales podemos encontrar una infinidad de conductas que no pueden ser generalizadas. En tal sentido, no se podrá, obviamente, dar

³¹ Para mayor detalle sobre las corrientes doctrinarias a favor de la prohibición de la mediación en violencia de género véase CANO SOLER, M. A.: *La medi...*, op., cit., pp. 198-199. Así como también en VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "La justicia...", op., cit., pp. 99 y ss.

el mismo tratamiento al maltratador enfermizo que terminó con la vida de su novia al finalizar la relación, que al joven de 18 años que insultó a su pareja³². Con esta ejemplificación no se pretende negar la gravedad que supone la violencia machista, pues por el contrario, lo que se busca con el proceso restaurativo es la eliminación de este fenómeno criminal con el tratamiento adecuado según las características especiales de cada caso. Este criterio, en mi opinión, incluso se relaciona con parámetros de proporcionalidad y rehabilitación apoyados en la concientización del agresor por el mal causado a la víctima.

Una de las principales características de la justicia restaurativa es la intervención de la víctima en el proceso de medicación toda vez que se le escucha y entiende. Una vez que se conoce lo que la víctima tiene interiorizado (sentimientos, recuerdos, tensiones, etc.) le transmite esto al agresor, así él se entera de algo que tal vez nunca supo – y que tampoco lo iba a saber – si no se lleva a cabo el proceso restaurativo y en su lugar, simplemente se aplicaba el castigo. En tal sentido, absurdo sería, continuar aplicando la retribución a sabiendas de su resultado perjudicial, por lo tanto es lógico que se concedan nuevas oportunidades a ideas innovadoras y diferentes a las fracasadas toda vez que no se pueden conseguir resultados distintos si se sigue aplicando la misma fórmula.

En ocasiones, al hablar de la mediación ciertos autores relacionan esta con la privatización de la justicia, lo cual sin duda es errado. Lo que sí es verdad, es que en los casos de violencia de género lo que ha sucedido en los últimos años es una suerte de extrema estatización de la justicia. En consecuencia de ello la Fiscalía se

³² Vid. OUBIÑA BARBOLLA, S.: "La dista...", op., cit., pp. 190-193.

apodera del criterio de la víctima bajo el pretexto de que esta no es capaz de salir del círculo maltratador, creando así aún más tensión en la maltratada e incluso, en ocasiones, obligándole a esta a rendir testimonio en contra de su voluntad³³.

Si bien es cierto, la violencia machista es inaceptable y deberá ser sancionada, sin embargo no por ello podemos cosificar a la víctima aumentando aún más la victimización, obligándola a presentarse al procedimiento y continuar con la acusación. Al parecer el Estado cumple aquí una suerte de defensa divina de la víctima, lo cual en la práctica no se constata, de ahí que en el ejercicio diario lo que se observa en lugar de una defensa de la víctima es una

³³ He tenido la suerte - o desgracia - de conocer el criterio de una fiscal (de la cual prefiero reservar su nombre) que me impartió una clase sobre violencia de género y su tratamiento judicial. Ella, efectivamente defiende la prohibición de la mediación en supuestos de violencia de género.

En especial me llamó la atención cuando dijo que muchas veces las víctimas denunciaban a sus agresores el momento de ser maltratadas, sin embargo en lo posterior (etapa de juicio) se negaban a dar su testimonio. La fiscal lo que proponía como solución en estos supuestos era obligar a la víctima a presentarse en el juicio para que de su testimonio y si ella, en su testimonio, no decía "la verdad", su declaración se debía confrontar con lo que reza la denuncia presentada anteriormente por ella. Dentro de esa misma línea llegó a plantear una necesaria modificación de la ley que permita fungir a la denuncia presentada por la víctima como su testimonio en el juicio. Ella justificaba lo anterior debido que, a su criterio, la víctima carecía de voluntad propia al momento del juicio toda vez que ya había transcurrido mucho tiempo desde las agresiones y pretendía regresar al círculo maltratador del cual la Fiscalía la debía salvar. Como se podrá constatar, esta idea inclusive destruye principios procesales básicos como es la contradicción, oralidad o inmediatez verificándose incluso, en casos extremos, el arrebato de la voluntad de la víctima y el consiguiente apoderamiento extremo del litigio por parte del Estado que actúa "a favor" de la víctima pero irónicamente en contra de su voluntad.

persecución al maltratador olvidándose, evidentemente, de las necesidades que emergen de la mujer maltratada y doblemente maltratada por el mismo sistema de justicia.

Hay que recordar al lector que la mediación penal no supone impunidad, en tal sentido se entenderá que si bien por una parte el proceso restaurativo se muestra a favor de la recuperación de la víctima, este tampoco se olvida del cumplimiento de la ley, por tanto, el maltratador siempre tendrá consecuencias por sus actos.

En el entorno de nuestra cultura jurídica es común que se descontextualice a la mediación penal como herramienta restaurativa. En efecto, cuando se habla de mediación penal por muchas ocasiones se ve aquella vía como la forma más fácil de evitar el cumplimiento de una pena y aquello no constituye más que una tergiversación de este recurso.

Las concepciones primitivas respecto a esta herramienta se dividen, a mi criterio, básicamente en dos: La primera, comúnmente pensada por el procesado, quien cree que al llegar a un acuerdo restaurativo evita completamente cualquier tipo de sanción o consecuencia del delito entregando cierta cantidad de dinero a la víctima. La segunda, preconcebida por la víctima, quien cree que solamente podrá recibir una compensación económica como reparación, lo cual muchas veces crea en ella la sensación de impunidad.

Aquellas incorrectas concepciones de lo que constituye la mediación penal obedecen a ciertos factores relacionados con la falta de preparación de los servidores judiciales y abogados que prestan sus servicios a la comunidad. En tal sentido no se

podrá imputar el desconocimiento de este tema a los usuarios del sistema de justicia toda vez que estos constituyen meros receptores de lo que la administración de justicia o sus abogados les informan sobre los actuales procedimientos judiciales. En todo caso lo que se debería buscar por parte del Estado, la administración de justicia, los abogados e incluso estudiantes de derecho es reafirmar e impulsar la mediación penal como herramienta restaurativa eficiente y transparente.

Para contrarrestar las erradas preconcepciones que se han venido constatando respecto a la mediación penal, es necesario resaltar ciertas características que reafirma su utilidad en casos de violencia de género:

1. Con relación a la *víctima*: El fin último de la mediación penal constituye la reparación de esta. A través de la mediación la *víctima* podrá participar activamente en la resolución del conflicto, de tal manera que ella, con ayuda del mediador, dará a conocer lo que tiene interiorizado sobre el problema. Con este ejercicio la *víctima* puede exponer su punto de vista con relación al origen del inconveniente siendo ello, algo que sin duda, ayuda a su recuperación. Cuestión que evidentemente no se cumple en un procedimiento contencioso toda vez que el procesado con la sentencia condenatoria no puede ser obligado a escuchar lo que la *víctima* ha querido decir sobre las causas del conflicto y sus consecuencias.

2. Respecto a la reparación realizada por parte del ofensor, esta no deberá ser, en ningún caso, entendida como mera o exclusivamente económica. La reparación

económica suele aplicarse, sin embargo, a más de ello existen un sin número de formas con las cuales el ofensor puede reparar el daño causado a la víctima, lo cual dependerá de las condiciones de la mediación e incluso del criterio de la misma maltratada. En tal sentido, no es extraño que en un proceso de mediación se acuerden ciertas actividades extrañas a fines económicos que deberán ser realizadas por parte del ofensor en pro de la recuperación de la víctima.

3. Con relación al *ofensor*: Con el proceso contencioso tradicional lo que se obtiene para el ofensor son penas puras y duras. Así, el maltratador cumple el castigo sin tener la posibilidad de razonar su mala conducta en conjunto con la víctima lo cual no permite que el delincuente comprenda claramente las consecuencias generadas en la maltratada. Además de ello, con el sistema contencioso es imposible que el ofensor conozca los sentimientos causados en la víctima, lo que ella piensa sobre él, los miedos que recorren su cuerpo y en general la tragedia que supone una relación maltratadora.

Por otra parte, el ofensor luego de todo el proceso de mediación podrá, en ciertos casos –que dependerán de cada legislación–, beneficiarse de la mediación para conseguir penas alternativas o beneficios penitenciarios, los cuales evidentemente no se podrán confundir con la impunidad toda vez que existe una consecuencia jurídica del delito que por una parte sanciona, pero en definitiva, resocializa observando hacia al futuro.

4. Con relación a la *justicia*: Mediante la aplicación de este procedimiento restaurativo se tiende a una respuesta penal educativa y centrada en la prevención del delito, buscando la responsabilización y concientización de los maltratadores y la respectiva reparación a la víctima.

Por lo motivos antes expuestos, a mi criterio, la mediación penal en asuntos de violencia de género podría ser aplicada con excelentes resultados, sin embargo, lo que sí se tiene que advertir es la selección de casos. Como se dijo anteriormente, lo que se busca con la mediación penal y los procesos restaurativos es beneficiar a la víctima, por ello, no se podrá llevar a cabo la mediación penal en relaciones crónicas con antecedentes irreparables toda vez que aquello sería contrario al fin mismo de la mediación en un plano restaurativo. El maltrato inicial, las agresiones leves y eventuales, entre otros, son las situaciones en las cuales se debe intervenir desde esta vía, buscando así una rehabilitación de las partes, consiguiéndose incluso, la rehabilitación de la relación que paradójicamente es contraria a lo que busca el paradigma legal actual³⁴.

¿LA JUSTICIA RESTAURATIVA HA TENIDO ÉXITO?

La justicia restaurativa desde su implantación ha tendido a arrojar mejores resultados que la justicia retributiva. Los porcentajes de satisfacción por parte de las víctimas se encuentra entre el 90 y 80 por ciento, mientras que la satisfacción de los ofensores oscilan

³⁴ Sobre este tema véase ESQUINAS VALVERDE, P: *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant Monografías, Valencia, 2008, pp. 122-133.

entre el 70 al 90 por ciento³⁵. Estas cifras de satisfacción, sin duda son mayores a las obtenidas por la justicia tradicional, sin embargo hay que recordar, como lo hemos dicho anteriormente, la justicia contenciosa solamente tiene dos respuestas al usuario: *ganar o perder* mientras que la justicia restaurativa se basa en la voluntariedad de las partes para llegar a acuerdos, por lo tanto, es lógico que este sistema, incluso por su carácter de voluntario, tenga mayor porcentaje de satisfacción, sin embargo, todos los indicadores de complacencia, sobrepasan, por mucho, las cifras obtenidas por la justicia contenciosa.

En el sentido anterior, es importante revisar como referencia los resultados ya obtenidos en países como Nueva Zelanda y Australia, donde se han implantado procesos restaurativos en supuestos de violencia de género, obteniéndose de ello consecuencias positivas. Uno de los mecanismos más aplicados para casos de violencia de género con relaciones de poder y desigualdad entre las partes, es la mediación indirecta o *shuttle mediation* aplicada dentro de la mediación víctima - ofensor³⁶. Una de las principales características de la mediación víctima - ofensor es la vista cara a cara entre víctima y agresor, sin embargo en los casos en los que existe una desigualdad de poder entre las partes, con el fin de que aquello no lesione las voluntades, se apuesta por la mediación indirecta o la presencia de una tercera persona que apoya a la víctima.

³⁵ Datos tomados de países anglosajones, extraído de TAMARIT SUMALLA, J.: "La just...", op., cit., p. 30. Que a su vez cita como fuente a Umbreit, Vos y Coates.: "The impact of restorative justice conferring: a multi-national perspective", *British Journal of Community Justice*, v. 1, 2002, pp. 22 ss.

³⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "La just...", op., cit., p. 112.

Igualmente, para mitigar el predominio de poder del maltratador frente a la víctima, ha surgido una corriente que apoya lo que se conoce como la *mediación online*³⁷ que evidentemente genera mayor seguridad a la víctima al momento de confrontar al agresor e intentar un proceso restaurativo.

CONCLUSIÓN

En manos del Estado y más concretamente del Poder Legislativo se encuentra la potestad de dar el tratamiento penal correcto a la violencia de género. Tradicionalmente ha existido una sola vía, la punitiva, sin embargo aquello en la actualidad ha cambiado y se han presentado distintas formas de solventar estos conflictos. En tal sentido es necesario nuevamente citar a ZAFFARONI que explica con elocuencia lo siguiente:

Imaginemos que un niño rompe a patadas un vidrio en la escuela. La dirección puede llamar al padre del pequeño energúmeno para que pague el vidrio, puede enviarlo al psicopedagogo para ver qué le pasa al chico, también puede sentarse a conversar con el pibe para averiguar si algo le hace mal y lo irrita. Son tres formas de modelos no punitivos: reparador, terapéutico y conciliatorio. Pueden aplicarse los tres modelos porque no se excluyen. En cambio, si el director decide que la rotura del vidrio afecta a su autoridad y aplica el modelo punitivo expulsando al niño, ninguno

³⁷ Sobre este tema véase CARRETERO, E.: "Mediación online: una posible vía para introducir la justicia restaurativa en los asuntos de violencia de género" *Sobre la mediación penal (posibilidades y límites e un entorno de reforma de Proceso Penal Español)*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 211-241.

de los otros puede aplicarse. Es claro que el director, al expulsar al niño, refuerza su autoridad vertical sobre la comunidad escolar. Es decir, que el modelo punitivo no es un modelo de solución de conflictos, sino de decisión vertical de poder.³⁸

Por lo tanto, se deberá decidir si lo que se busca por parte del Estado es la reafirmación de la verticalización del poder o en su defecto, y para beneficio de la sociedad, una solución real y efectiva del problema.

En suma, lo que se pretende con el presente trabajo es visibilizar los prejuicios del sistema actual con relación a la prohibición de la mediación penal en supuesto de violencia de género, dando ciertos fundamentos que a mi criterio, son necesarios resaltar para justificar la implementación de procedimientos restaurativos en respuesta a la violencia machista. Como se ha constatado a lo largo del presente aporte, existen un sin número de argumentos que apoyan la implementación de la mediación penal en asuntos de violencia de género, ahora queda, a criterio del legislador, tomar cartas en el asunto, o esperar cambios sin que nada cambie.

³⁸ ZAFFARONI, E.: *La cuestión...*, op., cit., p. 25.

BIBLIOGRAFÍA

- BECCARIA, C.:** *Tratado de los delitos y las penas*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015.
- BECK, U.:** *La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998.
- CANO Soler, M.A.:** *La mediación penal*, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- CARRETERO Morales, E.:** “Mediación online: una posible vía para introducir la justicia restaurativa en los asuntos de violencia de género” *Sobre la mediación penal (posibilidades y límites e un entorno de reforma de Proceso Penal Español)* (Dir. Pedro M. Garciandía González y Helena Sotelo), Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 211-241.
- DÍAZ Madrigal, I.N.:** *La mediación en el sistema de justicia penal: justicia restaurativa en México y España*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 2013.
- ESQUINAS Valverde, P.:** *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant Monografías, Valencia, 2008.
- MERA González-Ballesteros, A.:** “Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades”, *Revista Ius et Praxis*, No 2, 2015, pp. 165-195

- NIEVES Loja, G.: “El carácter reconstructivo de la justicia indígena, Chimborazo, Ecuador: perspectiva ética.”, *Aufklärung: revista de filosofía*, V2.N2, 2015, pp. 79-102.
- OUBIÑA Barbolla, S.: “La distancia que les separa, la distancia que nos separa: mediación en casos de violencia doméstica en España y en otros sistemas.” *Sobre la Mediación Penal (posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español)* (Dir. Pedro M. Garciandía González y Helena Soletto), Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 179-204.
- PERULERO García, D.: “Hacia un modelo de justicia restaurativa: la mediación penal.”, *Sobre la Mediación Penal (posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español)* (Dir. Pedro M. Garciandía González y Helena Soletto), Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 69-89.
- SILVA Sánchez, J.M.: *La expansión del derecho penal aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001.
- TAMARIT Sumalla, J.: “La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico”, *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones* (coord. Josep Tamarit Sumalla), Comares, Granada, 2012, pp. 3-60.
- VILLACAMPA Estiarte, C.: “La justicia restaurativa en los supuestos de violencia doméstica (y de género)”, *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones* (coord. Josep Tamarit Sumalla), Comares, Granada, 2012, pp. 89-130.

ZAFFARONI, E.: *Estructura básica del derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2011.

_____. *La cuestión criminal*, Ibáñez, Bogotá, 2013.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LOS LÍMITES AL PODER PUNITIVO

MAURO BENENTE¹

RESUMEN

Tanto la academia jurídica cuanto la jurisprudencia indica que el principio de legalidad es una garantía que limita el poder de castigar del Estado. En este trabajo me interesa rescatar el modo en que Raúl Zaffaroni y Luigi Ferrajoli exhiben al principio de legalidad como un dique de contención del poder de castigar. Luego, tras subrayar que el principio de legalidad fue incluido en el sistema legal por las mismas agencias que tienen el poder de castigar, realizo un abordaje de las obras de Beccaria y Feuerbach y sostengo que en sus conceptualizaciones el principio es un límite del poder de castigar, pero un límite que se ajusta perfectamente con las justificaciones del castigo.

PALABRAS CLAVE: Garantismo, poder punitivo, poder político, principio de legalidad, coacción psicológica.

¹ Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "A. L. Gioja." y Profesor Adjunto (int.) a cargo del curso "Michel Foucault, el derecho y el poder" en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de José C. Paz.

ABSTRACT

Both the legal academy as the case law indicates that the principle of legality is a guarantee that limits the State's power to punish. In this paper I want to emphasize how Raúl ZAFFARONI and Luigi FERRAJOLI display the principle of legality as a dam to the the power to punish. Then, after stressing that the principle of legality was included in the legal system by the same agencies that have the power to punish, I develop an approach to the works of BECCARIA and FEUERBACH, and I maintain that in their conceptualizations the principle is a limit to the power to punish, but a limit that fits perfectly with the justifications of punishment.

KEY WORDS:

Penal guarantees, punitive power, political power, principle of legality, psychological coercion.

INTRODUCCIÓN

En *¿Qué es la filosofía?*, una conferencia pronunciada en agosto de 1955 en Cerisy-la-Salle a modo de introducción sobre un coloquio sobre la esencia de la filosofía, Martin HEIDEGGER sostenía que solamente es posible plantear la pregunta ¿qué es la filosofía? si entablamos un diálogo con el pensamiento griego y no solamente por el objeto de la pregunta, sino también por el modo en que formulamos el interrogante. De la lectura que hace del *Teeteto* de PLATÓN y de *Metafísica* de ARISTÓTELES, a HEIDEGGER le interesa ubicar a la filosofía y al filosofar dentro de un particular estado de ánimo. Este estado de ánimo es el *asombro*, y si bien aquí no me interesa restituir todas las dimensiones abiertas por la presentación de HEIDEGGER, sí quisiera enfatizar que a la luz de la obra de DESCARTES, el estado de ánimo que en la modernidad retoma y resignifica la pregunta fundamental de la filosofía ya no es el *asombro* sino la *duda* (HEIDEGGER, 2004, *¿Qué es la filosofía?* 56-62). De alguna manera, existe una íntima vinculación entre los estados de ánimo y el modo en que formulamos nuestros interrogantes.

Mis líneas de trabajo e investigación rara vez se relacionan con asuntos penales y me considero un simple lector aficionado, o más bien ocasional, de estas cuestiones. Como extranjero en esta temática, en general leo con *asombro* que buena parte de los escasos discursos jurídicos progresistas y hasta de izquierda se sitúen alrededor de los problemas penales. Dicho de otro modo, no es ninguna novedad que buena parte del discurso jurídico es conservador y que las conceptualizaciones progresistas y de izquierda son especialmente excepcionales. Sin embargo, no deja de *asombrar* que en la dimensión en la cual el derecho más se asemeja a la fuerza y la aplicación de dolor, y esa fuerza y

ese dolor se direcciona hacia los cuerpos pobres, se encuentren las conceptualizaciones más progresistas y de izquierda. El interrogante es ¿cómo entender que en el ámbito del derecho penal, direccionado a la persecución y encierro de excluidos, se articulen discursos progresistas y de izquierda? ¿Cómo comprender esta paradoja? ¿Estamos realmente frente a una paradoja?

En el marco de estos discursos progresistas y hasta de izquierdas, las denominadas garantías del proceso penal, o más bien las garantías de quienes son o pueden ser eventualmente perseguidos por el sistema penal, ocupan un lugar predominante. Con algo de generalidad podría decirse que a excepción del denominado abolicionismo penal, las líneas más progresistas del derecho penal depositan en el sistema de garantías del liberalismo una extraordinaria confianza para atenuar las atrocidades del sistema penal. Uno podría pensar que efectivamente las garantías limitan cierto ejercicio del poder, pero también lo legitiman. De esta manera, la denostada ley del talión que predica “el ojo por ojo, diente por diente” podría ser leída en clave garantista puesto que en definitiva limita a solamente un ojo por cada ojo, y solamente un diente por cada diente. Ya en este registro, entonces, mi *asombro* sobre el discurso progresista y de izquierda en el terreno fangoso del derecho penal se transforma en una *duda*. En una *duda* sobre aquellas variables, en especial las garantías liberales, sobre las cuales se deposita esa extraordinaria confianza para atenuar los excesos del sistema penal. De esta manera cabe preguntarse ¿qué valor tienen las garantías? ¿Qué relación existe entre ellas y el sistema penal? ¿Las *dudas* sobre las garantías pueden ser la clave para resolver el *asombro* que causa un discurso progresista y de izquierda en el ámbito penal?

Aquí no abordaré todos mis interrogantes, y no creo que alcance atenuar mi *asombro* ni despejar todas mis *dudas*. Ni siquiera abordaré el discurso garantista en su totalidad, pero en mis indagaciones alrededor del principio de legalidad encontrarán como trasfondo estos mantos de *asombro* y *dudas*.

En primer lugar presentaré de modo genérico cómo el principio de legalidad se conceptualiza como un límite al poder punitivo, para luego abordar de modo más preciso la manera en la cual Eugenio Raúl ZAFFARONI y Luigi FERRAJOLI lo exhiben como un dique de contención del poder de castigar. Luego, tras subrayar que el principio de legalidad fue incluido en el sistema legal por las mismas agencias que tienen el poder de castigar, daré cuenta de los desarrollos de BECCARIA y FEUERBACH y sostendré que en sus conceptualizaciones el principio de legalidad es un límite del poder de castigar, pero un límite que se ajusta perfectamente con la justificación del castigo. Por último ensayaré unas breves reflexiones finales.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PODER PUNITIVO

NOTAS PRELIMINARES

El principio de legalidad no es patrimonio del derecho penal, sino que también tiene su aplicación y funcionamiento en el derecho tributario y en el derecho administrativo. Sin embargo aquí quisiera detenerme en el modo en que se conceptualiza la relación entre el principio de legalidad y el poder punitivo. En términos generales se apunta al principio de legalidad como aquel que indica que “no hay crimen, no hay pena, sino hay ley previa,” y en numerosas ocasiones se lo menciona mediante

su formulación latina *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*.

Una primera revisión sobre la literatura que aborda el principio de legalidad indica que se trata de un dispositivo para limitar, para establecer frenos y diques de contención, al poder punitivo del Estado. Y no se trata de una literatura marginal, de aproximaciones periféricas de la academia jurídica, sino que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ligado estrechamente el principio de legalidad con la necesidad de contener al poder punitivo, puesto que en numerosos pronunciamientos sostuvo que “el principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 21/08/2013, “Caso Mévoli vs. Argentina, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; párr. 154; 23/11/2012, “Caso Mohamed vs. Argentina, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas,” párr. 130; 06/05/2008, “Caso Yvon Neptune vs. Haití, fondo, reparaciones y costas” párr. 125; 20/06/2005, “Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, fondo, reparaciones y costas”, párr. 90; 27/11/2013, “J. vs. Perú, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas,” párr. 278). Además, subrayó que era especialmente importante en tanto que límite y regulación al poder punitivo: “en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 06/05/2008, “Caso Yvon Neptune vs. Haití, fondo, reparaciones y costas,” párr. 125; 20/06/2005, “Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, fondo, reparaciones y costas,” párr. 90; 31/08/2008, “Caso Ricardo Canese vs. Paraguay fondo, reparaciones y costas,” párr. 177;

18/11/2004 “Caso De La Cruz Flores vs. Perú, fondo, reparaciones y costas,” párr. 80; 02/02/2001, “Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, fondo, reparaciones y costas,” párr. 107; 25/11/2005, “Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, fondo, reparaciones y costas,” párr. 187).

Esta conceptualización del principio de legalidad también se lee en diseños teóricos sofisticados, que no dudan en articularlo como un poderoso límite al poder de castigar. En lo que sigue me interesa presentar el modo en que el principio de legalidad se inscribe en los desarrollos conceptuales de los autores notablemente relevantes en buena parte de América Latina como son Eugenio Raúl ZAFFARONI y Luigi FERRAJOLI. A mi modo de ver, presentar sus desarrollos es importante no solamente por la extraordinaria rigurosidad e influencia que tienen sus propuestas teóricas sino también porque son autores leídos por los sectores más progresistas del derecho penal.

DERECHO Y JUSTICIA PENAL COMO LÍMITES AL PODER PUNITIVO. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA OBRA DE EUGENIO ZAFFARONI

Tras constatar el fracaso de las teorías legitimantes del castigo, ZAFFARONI ensaya una teoría *negativa* y *agnóstica* de la pena, conceptualización que se construye justamente a la luz de este fracaso (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, 2002, *Derecho Penal. Parte General* 44). De esta manera puede afirmarse que “*la pena es (a) una coerción, (b) que impone una privación de derechos o un dolor, (c) que no repara ni restituye y (d) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes*” (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR 44). El carácter negativo de esta conceptualización reside en que no asigna ninguna función

positiva a la pena y en que se obtiene a través de una exclusión. Asimismo, es un abordaje “*agnóstico* en cuanto a su función, porque parte de su desconocimiento” (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR 45).²

Es a partir de esta teoría *negativa y agnóstica* de la pena que ZAFFARONI entiende el rol de la judicatura, las garantías penales, y construye su teoría del delito (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR).³ En todos los casos, la tarea de los jueces y del derecho penal es establecer límites a un desbocado poder punitivo, evitando que el Estado de derecho devenga en un Estado de policía. En este orden de ideas, “*la función más obvia de los jueces penales y del derecho penal (como planeamiento de las decisiones de éstos), es la contención del poder punitivo. Sin la contención jurídica (judicial), el poder punitivo quedaría librado al puro impulso de las agencias ejecutivas y políticas y, por ende, desaparecería el estado de derecho y la República misma*” (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR 5).

En línea con lo anterior, respecto de las conceptualizaciones en materia penal ZAFFARONI no duda en postular que toda construcción teórica debe elegir entre: “(a) legitimar discursivamente la criminalización y el ejercicio del poder punitivo por parte de todas

² Además “el sentido metafórico de la expresión *agnóstica* sirve para poner de manifiesto la idolatría en que han caído las teorías legitimantes del poder punitivo, que sostienen su omnipotencia y lo convierten en un ídolo adorado por muchos fanáticos.” (ZAFFARONI, 2005a, “Culpabilidad y vulnerabilidad social” 239).

³ De modo específico, en algunos trabajos ha abordado la culpabilidad y la prescripción desde la teoría agnóstica (ZAFFARONI, 2005a; ZAFFARONI, 2005b, “Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad”).

las agencias del sistema penal; o (b) limitar la legitimación al poder de reducción de sus agencias jurídicas (legitimar el acotamiento de la criminalización)” (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR 29). Es claro que ZAFFARONI se inclina por la segunda de las opciones, pero para realizar esta elección antes es necesario haber decidido si “(a) en homenaje a la criminalización, se legitima la reducción del poder de las agencias jurídicas o si (b) en homenaje a la limitación de la criminalización, se legitima el aumento del poder de éstas” (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR 29). De alguna manera, el dispositivo para (b) limitar la criminalización parece ser (b) el incremento y la legitimación del poder de las agencias judiciales. Es por ello que, respecto de los jueces penales, indica que “*siempre que las agencias jurídicas deciden limitando y conteniendo las manifestaciones del poder propias del estado de policía, ejercen de modo óptimo su propio poder, están legitimadas, como función necesaria para la supervivencia del estado de derecho y como condición para su reafirmación contenedora del estado de policía que invariablemente éste encierra en su propio seno*” (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR 52). Finalmente, es a la luz de estas miradas sobre las teorizaciones en materia penal y el rol de la judicatura que propone refundar el derecho penal liberal “sobre la base de un agnosticismo completo acerca del poder punitivo, reconocido sólo como inevitable presencia política necesitada de contención, y la cuidadosa legitimación del ejercicio del poder jurídico penal como contención del poder punitivo” (ZAFFARONI, 2005c, “El derecho penal liberal y sus enemigos” 174).

Estas conceptualizaciones construidas alrededor de la teoría *agnóstica* y *negativa* de la pena y la consecuente urgencia de limitar el poder punitivo se mantienen, aunque con otras herramientas teóricas, en *El enemigo en el derecho penal*. Allí postula que históricamente el poder punitivo discriminó a los

seres humanos y le dirigió un trato punitivo a quienes consideraba enemigos, y en la medida en que este tratamiento se efectuó con la autorización de la legislación, “la doctrina consecuente con el principio del estado de derecho debe tratar de limitar o reducir, o, al menos acotar, el fenómeno para que no desaparezca el estado de derecho” (ZAFFARONI, 2009, *El enemigo en el derecho penal* 12).

Teniendo en cuenta esta comprensión sobre el poder punitivo y la extrema necesidad de limitarlo y establecer un sistema de diques para que el Estado de derecho no se transforme en un Estado policial, ZAFFARONI menciona una serie de principios limitativos, que no se realizan de modo absoluto, sino que hay que leerlos como inacabados o de realización progresiva; y que no son un número cerrado sino que necesitan de una constante reactualización en función de las necesidades de contención del poder punitivo. Estos principios pueden agruparse de acuerdo a los que constituyen el conjunto de manifestaciones del principio de legalidad, los que excluyen toda punición incompatible con los derechos humanos, los que derivando del principio de estado de derecho o de la forma republicana de gobierno limitan la criminalización (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR 110-111).

Del principio de legalidad penal, que ZAFFARONI presenta como un “límite derivado de la función política” (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR 107), se derivan los principios de:

- a- legalidad formal, que indica que la única fuente de norma penal es la ley que respeta las formalidades previstas por la Constitución;
- b- máxima taxatividad legal e interpretativa, que exige que la tipificación de los delitos se realice con la máxima precisión

posible, al mismo tiempo que excluye toda analogía en la interpretación e impone que en caso de dudas se opte por aquella interpretación que reduzca la criminalización;

c- respeto histórico al ámbito legal de lo prohibido, que obliga a tomar en cuenta el contexto en el cual fue sancionada la ley y evitar una amplificación del tipo penal;⁴

d- irretroactividad de la ley penal, que impide que alguien sea penado por un hecho que al tiempo de cometerse no era delito, o que se le aplique una pena más gravosa que la entonces vigente (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR 111-124).

Si bien la presentación de cada una de las dimensiones que derivan del principio de legalidad merecería un mayor tratamiento, y quizás también un análisis crítico, me interesa enfatizar sobre los siguientes aspectos conceptuales:

a) la misión del derecho penal y del poder judicial no es otro que poner límites a un poder punitivo que se encuentra amparado legalmente;

b) a la luz de esta misión contenedora de un desbocado e irracional poder punitivo hay que leer los límites instituidos por el principio de legalidad. Con otro andamiaje conceptual, y sin la articulación de una teoría *agnóstica* y *negativa* de la pena, estos dos elementos encuentran muchos aires de familia en la propuesta garantista de Luigi FERRAJOLI.

⁴ A partir de la contemplación del contexto en que fue sancionada la ley penal, de modo muy valioso ZAFFARONI sostuvo que el artículo 194 del código penal argentino no podría ser aplicado a las protestas sociales que tuvieran como repertorio al corte de ruta (ZAFFARONI, 2002, "El derecho penal y la protesta social"; 2010, "Derecho penal y protesta social").

GARANTISMO, DERECHO PENAL MÍNIMO Y LA LEY DEL MÁS DÉBIL

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA OBRA DE LUIGI FERRAJOLI

Si en la obra de ZAFFARONI se instituye como misión del derecho penal y de los jueces penales la de limitar el poder punitivo del Estado, en los desarrollos de Luigi FERRAJOLI esta labor de contención la cumple el denominado *garantismo* o *derecho penal mínimo*, que se configura como la *ley del más débil*. Es importante remarcar que el autor italiano desarrolló estas conceptualizaciones a lo largo de casi veinte años, período que se inicia con la publicación de *Derecho y razón* en 1989 y que culmina con *Principia Iuris* aparecido en 2007. Asimismo, son numerosos los artículos y conferencias que completan su enorme producción teórica. Si bien a lo largo de estos años es posible encontrar matices en sus desarrollos, y hay un tránsito desde el garantismo penal hacia la construcción de un paradigma del derecho y la democracia (CARBONELL, 2010, Luigi FERRAJOLI. “Teórico del derecho y de la democracia” 14), en mi presentación subrayaré las continuidades en su esfuerzo conceptual por limitar la potestad punitiva.

De acuerdo con FERRAJOLI, los principios garantistas funcionan como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal que aseguran, en comparación con otros modelos penales, “el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad” (FERRAJOLI, 1995, *Derecho y razón* 34). En términos generales, podemos presentar a las garantías penales y procesales como “esencialmente garantías

negativas, dirigidas a limitar el poder punitivo en defensa de las libertades individuales” (FERRAJOLI, 2010a, “Garantías” 67). Dicho de otro modo, las garantías son “técnicas dirigidas a minimizar la violencia y la potestad punitiva: es decir, a reducir en lo posible los delitos, la arbitrariedad de los jueces y la afflictividad de las penas” (FERRAJOLI, 2006a, “La pena en una sociedad democrática” 22).

Dentro de los elementos que constituyen al *garantismo*, podemos distinguir “uno relativo a la definición legislativa y el otro a la comprobación jurisdiccional de la desviación punible” (FERRAJOLI 1995 34). En este marco, el primero de los elementos que menciona FERRAJOLI es el *convencionalismo legal* tal y como resulta del *principio de legalidad*, principio que exige dos condiciones: “el carácter *formal o legal* del criterio de definición de la desviación y el carácter *empírico o fáctico* de las hipótesis de desviación legalmente definidas” (1995 34). La primera de las condiciones supone que para que pueda ser sancionada la desviación penal debe estar contemplada en una ley, y la segunda indica que la conceptualización de la desviación debe realizarse no en referencia a autores sino a actos. La primera de las condiciones se asemeja al principio de *reserva de ley*, según el cual el juez sólo puede calificar como delitos las conductas incluidas en las leyes, y la segunda agrega que el magistrado debe someterse a la ley sólo si la desviación incluida en ella cuenta con precisiones fácticas adecuadas. Teniendo en cuenta lo anterior, la primera condición puede conceptualizarse como principio de *mera legalidad* y “es una norma dirigida a los jueces, a quienes prescribe la aplicación de las leyes” (1995 35) y la segunda como principio de *estricta legalidad* “que es una norma dirigida al legislador, a quien prescribe la taxatividad y la

precisión empírica de las formulaciones legales” (1995 36).⁵ En términos más específicos, el principio de *estricta legalidad* opera como una “norma meta-legal que somete la validez de las leyes que autorizan el ejercicio de la violencia a una serie de requisitos que se corresponden con las garantías penales y procesales” (FERRAJOLI, 2010b, La legalidad violenta 176). Estas garantías que debe cumplir la ley para que el ejercicio de la violencia sea legítima son:

- a) la tipicidad del uso de la fuerza que constituye la pena;
- b) la taxatividad de los hechos delictivos, de los perjuicios que generan, y de la culpa del o los sujetos que intervienen;
- c) que sea con un juez imparcial y mediante un proceso público contradictorio que se verifique la comisión del delito (FERRAJOLI 2010b 176).⁶

Teniendo en cuenta lo anterior, y ahora nuevamente en términos más generales, puede afirmarse que el *garantismo* alude a “un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar

⁵ La distinción entre *principio de mera legalidad* y de *estricta legalidad* atraviesa buena parte de la producción teórica de FERRAJOLI y se mantiene en *Principia Iuris* (FERRAJOLI, 2013a, *Principia iuris Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho* 411-415).

⁶ En la línea de limitar el poder de castigar habría que sumar la denominada *reserva de código*, enunciada en sus trabajos más recientes. Ante un proceso de descodificación e inflación normativa en materia penal, FERRAJOLI propone reforzar el principio de legalidad y sustituir “la simple reserva de ley por una *reserva de código*, entendiendo por tal el principio, dotado de rango constitucional, de que en materia de delitos, penas y procesos penales no podrá introducirse ninguna norma si no es a través de la modificación o integración de los códigos penal o procesal, aprobada mediante un procedimiento legislativo agravado” (FERRAJOLI, 2013b, *Principia iuris Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia derecho* p. 376).

la violencia de la intervención punitiva –tanto en la previsión legal de los delitos como en la comprobación judicial- sometiénola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona” (FERRAJOLI 2010c, *Garantías y derecho penal* 193). Las garantías penales, dentro de las que se encuentra el principio de *estricta legalidad* se orientan a minimizar los delitos, es decir, “a reducir al máximo lo que el poder legislativo puede castigar” (FERRAJOLI 2010c 193). Por su parte, las garantías procesales intentan minimizar los márgenes de arbitrariedad del poder judicial.

En varios de sus trabajos, FERRAJOLI asimila el *garantismo al derecho penal mínimo* y sostiene que éste alude a un paradigma meta-teórico de justificación del derecho penal, y a un paradigma teórico y normativo del derecho penal. En tanto paradigma meta-teórico, el *derecho penal mínimo* justifica el derecho penal sólo si puede alcanzar estos objetivos:

- a) la minimización de las agresiones a bienes y derechos fundamentales;
- b) la prevención y minimización de las penas arbitrarias.

En síntesis, justifica al derecho penal “si y sólo si es un instrumento de minimización de la violencia y del arbitrio que en su ausencia se producirían” (FERRAJOLI, 2006b, “Crisis de legalidad y del derecho penal mínimo” 56). Por otra parte, en su dimensión teórica designa el sistema de garantías, tanto penales cuanto procesales, para satisfacer estos dos objetivos (FERRAJOLI 2006b 56; 2013b 348).

De acuerdo con un paradigma de *derecho penal mínimo* es necesaria la prevención de los ataques injustos pero también de las “penas informales o excesivas, es decir, de los castigos injustos” (FERRAJOLI 2013b 347). El primero de estos objetivos

se logra a través de un sistema de restricciones formales que se realizan mediante normas penales estableciendo delitos y penas, mientras que el segundo de los objetivos se procura alcanzar “a través de las garantías penales y procesales [...] consistentes en límites impuestos a la potestad punitiva” (FERRAJOLI 2013b 347). Teniendo en cuenta estos dos objetivos que procura alcanzar el *derecho penal mínimo*, se entiende por qué también lo define como la *ley del más débil* contra la ley del más fuerte que estaría en vigor en su ausencia. Una ley que protege al sujeto más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en la instancia del proceso es el imputado y durante la ejecución penal es el detenido (FERRAJOLI 2006b 56; 2013b 348).

PRINCIPIO DE LEGALIDAD, PODER PUNITIVO Y PODER POLÍTICO

Tanto en los trabajos de ZAFFARONI cuanto en los de FERRAJOLI, aunque con diferentes formulaciones y niveles de exigencia, el principio de legalidad constituye un límite el poder punitivo. Con ciertos matices conceptuales, en ambos desarrollos teóricos una de las variables del principio de legalidad se articula como un límite al poder legislativo. Quizás con cierta reducción, pero me parece que es una reducción que se percibe fundamentalmente en los desarrollos de ZAFFARONI, puede afirmarse que la irracionalidad punitiva se ubica en los poderes ejecutivos y legislativos (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR 5) y una muestra de ello es que la discriminación y tratamiento penal del enemigo funciona con amparo legal (ZAFFARONI 2009 11-12). De esta manera, al menos una de las dimensiones del garantismo en general y del principio de legalidad en particular, se articula como un límite del poder punitivo que se encuentra en las agencias ejecutivas y legislativas. Son varios los análisis críticos que se podrían realizar sobre esta

formulación, así como también son muchos los reparos que tengo respecto de la confianza de las agencias judiciales, pero me interesa trabajar a partir de una sorpresa. O más bien de un *asombro*: ¿Cómo pensar que el principio de legalidad sea un límite a las agencias ejecutivas y legislativas, a las agencias políticas, si son éstas las que lo plasmaron constitucional y legalmente?

En una primera lectura, causa especial *asombro* que el discurso progresista y hasta de izquierda enuncie al principio de legalidad como un límite al poder punitivo, siendo que las instituciones que plasmaron el principio son exactamente las mismas que, de modo simultáneo, ejercieron y ejercen ese poder. A primera vista resulta *asombroso* que desde el propio poder punitivo emerja su limitación. O, dicho de otra manera, me genera ciertas *dudas* el potencial del principio de legalidad. Resignando algo de precisión conceptual, podríamos decir que el punto es el siguiente: dentro de la Asamblea Constituyente que en el artículo 8 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* del 26 de agosto de 1789 incluyó el principio de legalidad se encontraba el médico Joseph-Ignace Guillotin, quien propuso a esa misma Asamblea, y a la Legislativa, el uso de la guillotina.

Si tomamos el caso argentino –aunque creo que podrían tomarse muchos otros- fue este supuesto desbocado poder punitivo concentrado en las agencias políticas el que incluyó en el artículo 3 del Capítulo I de la Sección VII del *Estatuto Provisional de 1815* que “el crimen es sólo la infracción de la Ley que está en entera observancia y vigor, pues sin este requisito debe reputarse sin fuerza.” De la misma manera el artículo 13 del Capítulo III de la Sección Tercera del *Reglamento Provisorio para la Dirección y Administración del Estado* del 3 de diciembre de 1817, dictado por esas agencias legislativas y ejecutivas a las cuales hay que

contener, disponía que “toda sentencia en causas criminales, para que se repunte válida, debe ser pronunciada por el texto expreso de la ley.”

Por su lado, fueron los propios actores políticos los que incluyeron en el artículo 18 de la Constitución sancionada en 1853 principio de legalidad, disponiendo que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.” Asimismo, en la década de 1880 las agencias administrativas y legislativas pusieron en práctica nuevos dispositivos del poder punitivo, sancionando en 1886 un código penal y en 1888 un código de procedimientos en lo criminal. La ley 2372, mediante la cual se sancionó el código de procedimientos, tuvo su origen en un proyecto presentado por el Poder Ejecutivo Nacional, logró media sanción en la Cámara de Diputados el veinticuatro de agosto de 1888, fue aprobado Cámara de Senadores el diez de septiembre de ese año, y entró en vigencia el primero de enero de 1889. La agencia ejecutiva y la legislativa, a los ojos de FERRAJOLI pero fundamentalmente de ZAFFARONI artífices por antonomasia del poder punitivo, incluyeron no escondido en alguna de sus disposiciones sino en el primer artículo el principio de legalidad, disponiendo que “ningún juicio criminal podrá ser iniciado sino por actos u omisiones calificados de delitos por una ley anterior, ni ser proseguido y terminado ante otros jueces que los ordinarios.”⁷

⁷ El código de 1888 fue reformado en varias oportunidades y finalmente derogado en 1991 cuando entró en vigencia el Código Procesal de la Nación (ley 23.984), que también incluye en el artículo primero el principio de legalidad.

Este pequeño desarrollo no implica poner en *duda* que las agencias legislativas y ejecutivas sean responsables del funcionamiento del poder punitivo del Estado. Más bien, supone trazar mantos de *duda* respecto de los alcances del principio de legalidad. Si tenemos en cuenta que fueron las propias agencias ejecutivas y legislativas las que lo incluyeron en textos constitucionales y legales, causa cierto *asombro* leer que el de legalidad sea un extraordinario principio para limitarlas.

Para aclarar algo de este oscuro panorama sería interesante dar con la racionalidad que explicó la inclusión del principio de legalidad en la Constitución y en el Código de Procedimientos en lo Criminal en Argentina. Sin embargo, como no es posible contar con esta información,⁸ creo que vale la pena analizar cómo éste se inscribe en los desarrollos conceptuales de Cesare Bonesa –Marqués de BECCARIA- y de Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH, que de acuerdo a la literatura penal fueron los grandes formuladores del principio de legalidad. De acuerdo con esta literatura, en *De los delitos y de las penas* podemos encontrar los rasgos centrales del principio, que luego fue explícitamente formulado por el autor prusiano. Lo que me interesa, entonces,

⁸ En las actas de la Asamblea Constituyente de 1853 consta que el artículo 18 de la Constitución argentina se aprobó por unanimidad, y si existió algún tipo de debate o justificación no ha quedado documentado (Actas de las Sesiones Públicas del Soberano Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina, 1939, 515) Por su lado, en el Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados -10 de septiembre de 1888- y de Senadores -4 de octubre de 1888- no se registran debates y justificaciones sobre el Código de Procedimientos en lo Criminal, por lo que no es posible desentrañar la racionalidad que marcó la inclusión del principio de legalidad (Congreso Nacional- Cámara de Diputados, *Diario de Sesiones* 1888 631-659; Congreso Nacional- Cámara de Senadores, *Diario de Sesiones*, 1888 653-655).

es rastrear cómo se inscribe el principio de legalidad en la fundamentación del castigo que se encuentra en las obras de BECCARIA y de FEUERBACH. A modo de simple adelanto, y en contraste con las propuestas de ZAFFARONI y de FERRAJOLI, es *asombroso* leer que para BECCARIA y FEUERBACH el principio de legalidad se inscribe dentro de sus fundamentaciones del castigo más que como límites ajenos al poder punitivo.

LA LEY PENAL COMO LIBRO PÚBLICO Y SOLEMNE DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS

Cesare Bonesa, Marqués de BECCARIA, nació en 1738 en Milán, ciudad en la que murió en 1774. Se graduó en la carrera de Derecho de la Universidad de Pavia, pero luego de la publicación *De los delitos y las penas* su desarrollo intelectual y profesional se situó en el ámbito de la economía, primero como profesor de “Economía política y comercio” de la Escuela Palatina, y luego como funcionario del Consejo Económico Supremo de Milán, donde trabajó desde 1771 hasta su muerte.

De los delitos y de las penas fue escrito entre 1763 y 1764 y el doce de abril de 1764 fue remitido a Livorno por correo y publicado por el editor Coltellini, al cuidado de Giuseppe Aubert (Pisani, “Cesare Beccaria y el Index Librorum Prohibitorum” 163). BECCARIA tenía veinticinco años, escribió buena parte de la obra en el *Palazzo Verri*, y prefirió que la publicación fuera anónima.⁹ El trabajo se compuso en el marco de la *Accademia*

⁹ En una carta que le escribió al Abate y Enciclopedista Morellet en mayo de 1776 justificaba el carácter anónimo de la publicación en estos términos: “cuando escribí esta obra tenía a la vista los ejemplos de Maquiavelo, de Galileo y de Giannone. He oído el ruido de las cadenas que sacude la superstición, y los gritos del fanatismo que

dei Pugni, un círculo de intelectuales de Milán que tenía un periódico de difusión, *Il Caffé*, que se editó entre junio de 1764 y junio de 1766 y donde BECCARIA publicó siete artículos, aunque ninguno sobre temas penales (GARCÍA RAMÍREZ, 2000, “Estudio introductorio. Beccaria: el hombre, la circunstancia, la obra” 14-15). *De los delitos y de las penas* fue rápidamente leído en los círculos intelectuales, gubernamentales y religiosos, y el propio VOLTAIRE le realizó un comentario en el que, a propósito de la crítica a los suplicios, decía “el humano autor de *los Delitos y de las Penas*, tiene demasiada razón en quejarse de que el castigo es muy a menudo superior al crimen, y no rara vez pernicioso para el Estado, cuyo bien debe de ser su único objeto” (VOLTAIRE, 1993, “Comentario sobre el libro de los delitos y de las penas” 170-171). Sin embargo su recepción no fue satisfactoria en todos los ámbitos, y es por ello que ya en agosto de 1764 la obra fue prohibida por los Inquisidores del Estado de la República Veneciana y en 1786 se incluyó en la lista general del *Index librorum prohibitorum* (GARCÍA RAMÍREZ 18, PIANI 137-143). Luego de esta primera edición de 1764, Beccaria fue introduciendo pequeñas modificaciones y la última edición revisada por BECCARIA fue la quinta, en la que incluyó una nueva advertencia -“Al lector”-, una “Introducción” y dos nuevos capítulos -“Del físico” y “Del perdón”-.¹⁰

ocultan los gemidos de la verdad. La vista de estos espectáculos horribles me ha determinado a envolver la luz algunas veces en nubes algo oscuras. He querido defender la humanidad sin ser su mártir” (BECCARIA, 1993, “Extracto de la correspondencia de Beccaria y de Morellet” 230).

¹⁰ Aquí trabajaré con una traducción de la quinta edición, que es una de las que posee más circulación puesto se trata de la publicada en Madrid en 1774 por Juan ANTONIO DE LAS CASAS, que además de ser la primera durante mucho tiempo fue la única disponible.

Sería un anacronismo buscar en la obra de BECCARIA un propósito de limitar y atenuar el poder punitivo, básicamente porque la conceptualización de “poder punitivo” era ajena a la época. Sin embargo llama la atención que en la advertencia de la obra, se encarga de esclarecer que el objetivo de la obra no es disminuir la autoridad política sino incrementarla: “cualquiera que quisiera honrarme con su crítica, empiece por conocer bien el fin al que se dirige esta obra; fin que, conseguido, bien lejos de disminuir la legítima autoridad, servirá para aumentarla, si puede en los hombres más la razón que la fuerza, y si la dulzura y la humanidad la justifican a los ojos de todos” (BECCARIA, 2015, *Tratado de los delitos y de las penas* 13) No creo que sea posible asimilar lo que hoy denominamos “poder punitivo” con lo que dos siglos y medio atrás BECCARIA llamaba “legítima autoridad”, pero para marcar un contraste con las lecturas contemporáneas llama la atención que el milanés no dude en aclarar que su obra no pretende disminuir la autoridad sino más bien incrementarla.

De acuerdo con la propuesta contractualista, para salir del estado de guerra los hombres sacrifican parte de su libertad, constituyen la soberanía, y el soberano se instituye como administrador de esa libertad. De todas maneras, para BECCARIA no basta constituir este depósito sino que es “necesario también defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular” (2005 19). Para evitar estas usurpaciones se vuelve necesario articular “motivos sensibles” para desincentivar el ánimo despótico de los individuos y “estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes” (2005 19). Si tenemos en claro lo anterior será fácil advertir “el fundamento del derecho soberano a penar los delitos: la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones” (2005 20). Fue por necesidad que los individuos cedieron una parte de sus

libertades para constituir el depósito público de libertades, y “el agregado de todas esas pequeñas porciones de libertad posible forman el derecho de castigar: todo lo demás es abuso y no justicia” (2005 20). Como se observa con nitidez, el agregado de libertades funciona como límite del derecho de castigar, pero de modo simultáneo como legitimación de ese derecho.¹¹

Si quisiéramos sintetizar los aportes conceptuales de BECCARIA podríamos sostener que: a) lo que funda el derecho de castigar es la necesidad de prevenir los delitos, y las penas son eficaces para tal cometido puesto que el placer y el dolor son los móviles de la acción humana; b) la amenaza de castigo es útil dado que se supone la imagen de un hombre racional –un *homo oeconomicus*– que decide libremente la ejecución de los delitos, y lo hace a través de una razón calculadora que estudia costos y beneficios; c) la aplicación de la pena debe realizarse con celeridad y sin demoras, para establecer en el plano simbólico una asociación directa entre delito y castigo (Cid MOLINÉ, LARRAURI Pijoan, 2001, *Teorías criminológicas* 34-37). De esta manera, en la obra de BECCARIA no hay nada ningún interés en construir *la ley del más débil* ni nada que se asemeje a una teoría *negativa* y *agnóstica* de la pena, sino que hay esfuerzos por fundamentarla. No obstante, lo más interesante es que quien legitima el “derecho de castigar” también enuncia los trazos generales del principio de legalidad.

¹¹ De esta manera, BARATTA afirma que “el contrato social está en la base de la autoridad del Estado y de las leyes; su función, que se deriva de la necesidad de defender la coexistencia de los intereses individualizados en el Estado civil, constituye también el límite lógico de todo legítimo sacrificio de la libertad individual mediante la acción del Estado, y en particular del ejercicio de la potestad punitiva del Estado mismo” (BARATTA, 2004, *Criminología crítica y crítica del derecho penal* 26).

BECCARIA afirma que “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador” (2015 21). Esta autoridad es propia del legislador y no del magistrado porque es aquél y no éste quien representa a los individuos unidos en el contrato social y por ello “ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien público puede aumentar la pena establecida” (2015 21). Es interesante que esta formulación similar al principio de legalidad se instituye como una limitación no hacia las agencias ejecutivas y legislativas –distinción no tan nítida en el siglo XVIII- sino hacia los magistrados.¹²

De todas maneras aquello que resulta más destacable es que la necesidad de establecer las leyes por escrito, aplicables sólo si son anteriores a la consumación del delito, se inscribe dentro de la racionalidad del castigo que propone BECCARIA. Uno de los grandes problemas que encuentra el milanés es la oscuridad de las leyes, su escritura en una lengua extraña para el pueblo: “en una lengua que forma de un libro público y solemne uno casi privado y doméstico” (2015 24). Es importante que las leyes puedan leerse como un libro de educación cívica ya que “cuanto mayor fuere el número de los que entendieren y tuvieren entre las manos el código sagrado de las leyes, tanto menos frecuentes serán los delitos” (2015 24). Que las penas se encuentren en las leyes, y

¹² En vistas de limitar la actuación de los magistrados, BECCARIA les negaba la facultad de interpretar las normas penales y acotaba su labor a la constitución de un silogismo: “la mayor debe ser la ley general, la menor la acción conforme o no a la ley, la consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre” (2015 22). Es así que “donde las leyes son claras y precisas, el oficio del juez no consiste más que en comprobar un hecho” (2015 36).

que ellas sean claras y precisas –elementos característicos del principio de legalidad-, se vincula estrechamente con el objetivo del castigo. El fin de la pena no es atormentar a los individuos ni tampoco deshacer un delito ya cometido sino “impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales” (2015 34). Es fundamental, entonces, que las penas estén estipuladas en leyes de fácil acceso porque “no hay duda de que la ignorancia y la incertidumbre de las penas ayudan la elocuencia de las pasiones” (2015 24).

Esta inscripción del principio de legalidad dentro de la propia racionalidad del castigo, se reitera en las críticas que BECCARIA realiza sobre las penas crueles. Su reproche no es ajeno a su propuesta punitiva, puesto que la limitación de las penas crueles se asienta en la racionalidad que guía el sistema penal: desincentivar la comisión de delitos. Es así que “no es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas” (2015 55). Al contrario de establecer penas atroces, “la certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad” (2015 55). La representación de las desventajas de las penas tiene que estar más presente que las consecuencias placenteras de los delitos (FOUCAULT, 1975, *Surveiller et punir* 108), y para que la pena logre este efecto “basta que el mal de ella exceda al bien que nace del delito, y en este exceso de mal debe ser calculada la infalibilidad de la pena y la pérdida del bien que el delito produciría. Todo lo demás es superfluo y, por tanto, tiránico” (BECCARIA, 2015 55).

De los delitos y de las penas no incluye una formulación tan precisa del principio de legalidad, pero sí enuncia explícitamente que los delitos tienen que estar plasmados en las leyes y que

los jueces no deben aplicar penas distintas a las sancionadas legalmente. Lo notable es que estos rasgos del principio de legalidad no son un dique al modo en que BECCARIA justificaba el castigo, sino que estos rasgos se insertan en esta justificación. Será FEUERBACH quien brinde carta de ciudadanía al principio de legalidad, pero al igual que el milanés, lo inscribirá dentro de la racionalidad del castigo.

COACCIÓN PSICOLÓGICA Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA OBRA DE FEUERBACH

Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH nació el 14 de noviembre de 1775 y sus primeras publicaciones datan del decenio de 1790: en 1794 apareció *Sobre el estado de naturaleza*, y en 1795 *Ensayo sobre el concepto del derecho* y *Sobre la imposibilidad de un primer principio absoluto de la filosofía*. También en 1795 publicó su primer libro, titulado *Sobre la única demostración posible acerca de la existencia y validez de los derechos naturales*, y obtuvo el título de doctor en filosofía en la Universidad de Jena, en la que en 1799 logró el doctorado en derecho. Por esos años también publicó *Crítica del derecho natural como propedeútica para una ciencia del derecho natural* en 1796, *Anti-Hobbes. O sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el Estado* en 1797, *Revisión de los principios y conceptos fundamentales del derecho penal positivo* en 1799 y el *Tratado del derecho penal común vigente en Alemania* en 1801. Durante este período pasó por las Universidades de Jena, Kiel y Landshut. En 1805 se radicó en Múnich y en el marco del Ministerio de Justicia comenzó a trabajar en varios proyectos legislativos, dentro de los cuales se destaca el Código Penal bávaro, que entró en vigencia el primero de octubre de 1813. A partir del año se desempeñó como juez en

Bamberg y Ansbach, cargo que ocupó hasta su muerte el 29 de mayo de 1833.

La célebre formulación del principio de legalidad se lee en el *Tratado del derecho penal común vigente en Alemania*, donde también se incluye una justificación y legitimación del Estado y del castigo. De acuerdo con FEUERBACH, el Estado es “una sociedad civil organizada constitucionalmente mediante el sometimiento a una voluntad común” (FEUERBACH, 1989, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania* 58) y su objetivo es lograr “la condición jurídica, es decir, la existencia conjunta de los hombres conforme a las leyes del derecho” (1989 58). Toda lesión jurídica contradice el objetivo del Estado y es por ello que éste “tiene el derecho y el deber de hallar institutos mediante los cuales se impidan las lesiones jurídicas” (1989 59). El Estado debe acudir a la coerción física para cancelar las lesiones jurídicas:

- a. sea con anterioridad, impidiendo las lesiones;
- b. sea con posterioridad, obligando a reparar el daño.

Sin embargo “la coerción física es insuficiente para impedir a las lesiones jurídicas” (1989 59) ya que para proteger derechos cuyo daño es irreparable hay que conocer previamente la eventual lesión, algo que no es posible. Es por ello que si se quieren impedir las lesiones jurídicas “deberá existir otra coerción junto con la física, que se anticipe a la consumación de la lesión jurídica y que, proviniendo del Estado, sea eficaz en cada caso particular, sin que requiera el previo conocimiento de la lesión” (1989 60). Para prevenir la lesión jurídica sin la necesidad de conocer fehacientemente si se producirá, FEUERBACH recomienda apelar a una coacción que para lograr tal cometido “sólo puede ser de índole psicológica” (1989 60).

En línea con lo anterior, FEUERBACH desarrolla una propuesta de coacción psicológica. A su modo de ver, toda lesión jurídica tiene una causa psicológica en la sensualidad, en un impulso placentero a cometer una contravención. De todas maneras este “impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa *que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la satisfacción de su impulso al hecho*” (1989 60).¹³ La amenaza y la aplicación de un mal que se encuentra en la ley de un Estado lleva el nombre de pena civil, y aquello que la fundamenta es la “necesidad de preservar la libertad recíproca de todos mediante la cancelación del impulso sensual dirigido a las lesiones jurídicas” (1989 61). De esta manera, pueden desagregarse las siguientes finalidades tanto de la amenaza de una pena en la ley cuanto de su efectiva aplicación:

I) El objetivo de la conminación de la pena en la ley es la intimidación de todos, como posibles protagonistas de lesiones jurídicas;

II) El objetivo de su aplicación es dar fundamento efectivo a la conminación legal, dado que sin la aplicación la conminación quedaría hueca” (1989 61).

El fundamento jurídico de la aplicación de la pena es la previa amenaza legal, y relacionando los distintos aspectos conceptuales desarrollados puede afirmarse que “*toda pena jurídica dentro del*

¹³ Tal como FOUCAULT subraya al momento de describir el penalismo ilustrado, el castigo debe cumplir con la *regla de la idealidad suficiente*, que indica que si la motivación del delito radica en las ventajas que se obtienen a partir de su comisión, la eficacia de la pena depende de la desventaja que se sufre luego de cometer el delito. La efectividad reside no en la aplicación de la pena en el cuerpo sino en la representación de las desventajas del castigo (97).

Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que conmine un mal sensible” (1989 63).

La propuesta de justificación y fundamentación de la pena desarrollada por FEUERBACH puede sintetizarse teniendo en cuenta estos argumentos secuenciales:

1. el Estado, como sociedad civil organizada, debe impedir las lesiones jurídicas;

2. como no se pueden evitar acudiendo únicamente a la coerción física, hay que apelar a la coerción psicológica;

3. la coerción psicológica se logra incluyendo amenazas de penas en las leyes, y luego aplicando esas penas ante las lesiones jurídicas efectivamente cometidas. Sin embargo, lo interesante es que el afamado principio de legalidad no se articula como un límite externo al funcionamiento del castigo, sino que se inserta en la justificación de su teoría psicológica de la pena. Es así que luego de brindar su conceptualización de *pena jurídica* subraya que “de ahí surgen, sin excepción alguna, los siguientes principios derivados:

I) Toda imposición de pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*). Por ende, sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena.

II) La imposición de una pena está condicionada por la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*). Por ende, es mediante la ley como se vincula la pena al hecho, como presupuesto jurídicamente necesario.

III) El hecho legalmente determinado (presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Consecuentemente, el mal, como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada” (1989 63).

No solamente es patente que el principio de legalidad se ajusta perfectamente a la propuesta de una coacción psicológica y que poco se asemeja tanto a un principio que limita un poder punitivo desbocado cuanto a una *ley* que busca la protección *del más débil*, sino que es notable que en el *Anti-Hobbes* FEUERBACH no menciona al afamado principio de legalidad. En una labor especialmente dedicada a dar cuenta de los límites del poder del soberano, el principio no solamente no es desarrollado sino que ni siquiera es nombrado.

En la primera línea del prefacio del *Anti-Hobbes* se lee que el trabajo “se ocupa de la solución a una de las cuestiones más importantes y también más difíciles del derecho público general” (FEUERBACH, 2010, *Anti-Hobbes o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano* 57). El libro tiene a Thomas HOBBS como el principal adversario “puesto que como jurista es el defensor más agudo y consecuente del despotismo y de la obediencia civil” (FEUERBACH 2010 60). En términos más conceptuales la pregunta que atraviesa el texto reza: “¿es verdad que la *justicia* impone una obediencia incondicional de los súbditos y un poder del soberano por encima de toda acción?” (2010 64). Dicho de otra manera, y en un registro bastante genérico, el objeto de estudio es “el soberano que ofende a su pueblo, y el pueblo que se protege contra esta injuria” (2010 85).

Ante esta pregunta, FEUERBACH defiende la tesis según la cual “ni la persona del soberano está por encima de toda coacción, ni tampoco la nación tiene el deber de obediencia incondicional” (2010 99). A diferencia de HOBBS –y también en parte de Immanuel KANT (1993 40)- FEUERBACH propone mostrar que frente al soberano –o regente como lo denomina- se justifica

la resistencia “mediante coacción, cuando viola los contratos civiles básicos” (2010 181). Para justificar la resistencia, FEUERBACH desarrolla una serie de argumentos escalonados que permiten sostener que: a) con el pacto de sometimiento que se articula entre súbditos y soberano, éste “pone a su cargo plenos deberes” (2010 103). El pacto de sometimiento es un contrato bilateral que funda para ambas partes derechos y obligaciones, siendo que “el soberano promete gobernar al estado conforme a la voluntad general; los súbditos prometen obedecer sus leyes y disposiciones” (2010 103). El soberano está limitado por este pacto de sometimiento sin necesidad de una declaración expresa, puesto que el pueblo no puede –de modo simultáneo y sin caer en contradicción- querer y no querer que se cumplan los estándares del pacto (2010 111); b) si el soberano actúa contrariando los deberes del pacto se transforma en una persona privada, por lo que “no será presionado el soberano sino una persona privada si el pueblo –a causa de esta lesión- se levanta en su contra” (2010 103); c) el deber de obediencia del pueblo no es absoluto puesto que sólo se mantiene mientras el soberano no actúe violando el pacto de sometimiento. Además, la promesa de obediencia absoluta llega a disparates y contradicciones tales como que los súbditos eligen a un soberano para que exista el Estado, pero deben obedecerlo si el soberano pretende disolver ese mismo Estado, o deben considerar como cuadrado a un círculo si así lo dispone el soberano (2010 121-122). Es por ello que “el contrato civil debe reconocer los límites que le ha indicado la voluntad general, o bien renunciar a ese título de honor” (2010 123).

Si bien son interesantes, no deseo profundizar sobre estos desarrollos de FEUERBACH en *Anti-Hobbes*, pero sí me interesa remarcar que siendo un texto especialmente dedicado a postular la existencia de límites al soberano, en ningún momento

aludió al principio de legalidad. Incluso ensaya una extensa conceptualización del derecho penal (2010 143-147), se reitera la fundamentación psicológica de la coacción y la importancia de la amenaza para cancelar las razones de los deseos antijurídicos (2010 148-150), pero en ningún pasaje el principio de legalidad aparece en tanto que límite al soberano ni a su poder de castigar.

NOTAS FINALES

Creo que en estas líneas, por cierto muy breves y que deben leerse como simples reflexiones preliminares, no he despejado por completo mis *dudas*. En un campo tan conservador como el jurídico, no deja de *asombrar* que los escasos discursos progresistas y de izquierda se encuentren en el ámbito penal, el más estrechamente vinculado con la persecución y aplicación de dolor sobre los cuerpos pobres. Ante este panorama, no es tan difícil convertir aquel *asombro* en *dudas*. No en *dudas* sobre la dureza y crudeza del sistema penal sino respecto de ese discurso progresista o de izquierda.

Dentro las conceptualizaciones progresistas o de izquierda, los valiosos desarrollos de Eugenio Raúl ZAFFARONI y Luigi FERRAJOLI ocupan un papel muy importante en la academia y en la judicatura, y por ello me ha interesado indagar sobre sus núcleos teóricos. En términos generales, aunque con más intensidad en las conceptualizaciones del argentino, me ha causado *asombro* que los principios liberales, o más bien uno de ellos como el de legalidad, que se proponían como límites al poder punitivo y a las agencias políticas y ejecutivas, fueron principios plasmados jurídicamente por estas agencias. Este *asombro* devino en una serie de *dudas* sobre el principio de legalidad, *dudas* que

quizás podrían precipitarse sobre otros principios, garantías o limitaciones. No tanto porque sospeche o *dude* del potencial limitador del principio de legalidad, o de otras garantías, sino porque la lectura de quienes diseñaron el principio enseña que esa limitación se inscribe perfectamente en los fundamentos, objetivos y racionalidades que tiene el castigo. En definitiva, creo que a la luz de las *dudas* sobre los límites puede despejarse el *asombro* que causa que las agencias punitivas sancionen sus propios límites. Quizás, aunque tengo *dudas*, esos límites sean para castigar más y mejor.

BIBLIOGRAFÍA

ACTAS de las sesiones públicas del soberano congreso general constituyente de la confederación argentina, años 1852-1854. *Asambleas Constituyentes Argentinas 1813-1898*, Emilio Ravignani Ed. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía de la Universidad de Buenos Aires, 1939. 403-538.

BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004.

BECCARIA, Marqués de. “Extracto de la correspondencia de Beccaria y de Morellet”, en *Tratado de los delitos y de las penas*, Buenos Aires, Heliasta, 1993.

_____, *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015

CARBONELL, Miguel. “Luigi Ferrajoli. Teórico del derecho y de la democracia.” *Democracia y garantismo*, Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2010. 13-22.

CID Moliné, José, Larrauri Pijoan, Elena. *Teorías criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia*. Barcelona: Bosch, 2001.

CONGRESO NACIONAL- Cámara de Diputados. *Diario de Sesiones*, 46ª Sesión ordinaria del 10 de septiembre de 1888.

CONGRESO NACIONAL- Cámara de Senadores. *Diario de Sesiones*, 2º Sesión de Prórroga- Octubre 4 de 1888.

CORTE Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, fondo, reparaciones y costas.” 02/02/2001, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf [Consulta: 02/07/2016].

“Caso De La Cruz Flores vs. Perú, fondo, reparaciones y costas.” 18/11/2004, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_115_esp.pdf [Consulta: 02/07/2016].

“Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, fondo, reparaciones y costas.” 20/06/2005, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf [Consulta: 02/07/2016].

“Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, fondo, reparaciones y costas.” 25/11/2005, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf [Consulta: 02/07/2016].

“Caso Yvon Neptune vs. Haití, fondo, reparaciones y costas.” 06/05/2008, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_180_esp1.pdf [Consulta: 02/07/2016].

“Caso Ricardo Canese vs. Paraguay fondo, reparaciones y costas.” 31/08/2008, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf [Consulta: 02/07/2016].

“Caso Mohamed vs. Argentina, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.” 23/11/2012, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf [Consulta: 02/07/2016].

“Caso Mémoli vs. Argentina, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.” 21/08/2013, [Consulta: 02/07/2016].

“Caso J. vs. Perú, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.” http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_265_esp.pdf 27/11/2013, [Consulta: 02/07/2016].

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.

_____, “La pena en una sociedad democrática.” *Garantismo penal*. México DF: Universidad Autónoma de México, 2006a. 20-33.

_____, “Crisis de la legalidad y del derecho penal mínimo.” *Garantismo penal*. México DF: Universidad Autónoma de México, 2006b. 55-68.

_____, “Garantías.” *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2010a. 60-76.

_____, “La legalidad violenta.” *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2010b. 175-191.

_____, “Garantías y derecho penal.” *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2010c. 192-207.

_____, *Principia iuris Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2013a.

_____, *Principia iuris Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia derecho*. Madrid: Trotta, 2013b.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

_____, *Anti-Hobbes o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1975.

GARCÍA Ramírez, Sergio. “Estudio introductorio. Beccaria: el hombre, la circunstancia, la obra.” *De los delitos y de las penas*, Marqués de Beccaria. México DF: Fondo de Cultura Económica, 2000, 7-97.

HEIDEGGER, Martin. *¿Qué es la filosofía?* Barcelona: Herder, 2004.

KANT, Immanuel. “En torno al tópico: «Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica».” *Teoría y praxis*, Madrid: Tecnos, 1993. 25-40.

PISANI, Mario. “Cesare Beccaria y el Index Librorum Prohibitorum.” *Eguzkilore* 25 (2011): 135-145

VOLTAIRE. “Comentario sobre el libro de los delitos y de las penas.” *Tratado de los delitos y de las penas*, Marqués de Beccaria. Buenos Aires: Heliasta, 1993. 169-212.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “El derecho penal y la protesta social.” *Revista Jurisprudencia Argentina* IV (2002): 384-392.

_____, “Culpabilidad y vulnerabilidad social.” *En torno a la cuestión penal*. Buenos Aires: Euros Editores, 2005a. 229-251.

_____, “Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.” *En torno a la cuestión penal*. Buenos Aires: Euros Editores, 2005b. 253-266.

_____, “El derecho penal liberal y sus enemigos.” *En torno a la cuestión penal*. Buenos Aires: Euros Editores, 2005c. 153-177.

_____, *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009.

_____, “Derecho penal y protesta social.” *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, Eduardo Bertoni Ed. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010. 1-15.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002.

**LA FUNCIÓN DEL *COMPLIANCE*
EN EL ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL
DE LA PERSONA JURÍDICA**

STALIN RAZA CASTAÑEDA¹

RESUMEN

En el presente ensayo se analizarán 6 aspectos fundamentales:

1. El estado de la cuestión en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, desde un abordaje tanto teórico como práctico;
2. La compatibilidad constitucional de la responsabilidad penal de las personas jurídicas;
3. Los modelos de imputación de las personas jurídicas conocidos hasta la actualidad;
4. Los problemas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la Dogmática Penal estándar;
5. Las funciones del *compliance* para evaluar la responsabilidad penal de las personas jurídicas; y,
6. La necesidad o no de elaborar una nueva Dogmática Penal para los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas y las funciones del *compliance* en tal dogmática.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad penal de las personas jurídicas, *compliance*, Teoría de Sistemas, modelo de transferencia, culpa por defecto de organización, autorregulación, heterorregulación, *compliance officer*, riesgos especiales, buen ciudadano corporativo, culpabilidad constructivista.

¹ Docente Universitario Universidad Central del Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar e Instituto de Altos Estudios Nacionales

ABSTRACT

The following essay will contain 6 fundamental aspects:

1. A theoretical and practical approach to the state of art for attributing criminal responsibility to legal entities.
2. How attributing criminal responsibility to legal entities is compatible with law governed constitutional democracies.
3. The known models of attributing criminal responsibility to legal entities.
4. An analysis of the conflict between attributing criminal responsibility to legal entities and the existing structure of criminal law and criminal procedures.
5. Compliance's role in determining criminal responsibility to legal entities.
6. An evaluation of whether or not it is necessary to improve the structure of criminal law and criminal procedures so that they can be applied in affairs of criminal responsibility to legal entities; and if it is the case, how compliance will support the new structure.

KEY WORDS:

Liability criminal of the legal persons, compliance, Theory of Systems, model of transfer, guilt by defect of organization, self-regulation, hetero-regulation, compliance officer, special risks, good corporate citizen, constructivist guilt.

INTRODUCCIÓN

El título del presente trabajo presupone que tanto las nociones del *compliance* en sentido general, como del específico *compliance* penal -si acaso puede hablarse de él- son conocidas por haber sido objeto de un tratamiento doctrinario medianamente exhaustivo; sin embargo de lo cual, se considera indispensable dedicar una primera parte a una breve reseña de lo que se conoce como “estado de la cuestión”, en la que especialmente se dará cuenta de los argumentos a favor y en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su compatibilidad con los principios fundamentales de un Derecho Penal acorde con la noción del Estado Constitucional (acto, lesividad, culpabilidad y *ultima ratio*), para concluir identificando los dos principales modelos de imputación actualmente aceptados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia comparada, con el propósito de determinar cuál de ellos satisface de mejor forma tales principios.

Una vez hecha tal determinación, la segunda parte del trabajo, que constituye su objeto central, partirá de otro supuesto general, que es la necesidad de contar con un *compliance* como instrumento para analizar el comportamiento *conforme a Derecho* de la persona jurídica y de esta manera establecer si su organización interna ha sido o no defectuosa, instrumento que ayudará a determinar su grado de participación en la comisión de delitos desde su estructura empresarial. En tal sentido, esta parte del trabajo buscará ensayar algunas respuestas a las siguientes preguntas: **1.** ¿Qué función tiene el *compliance* en el modelo de responsabilidad penal escogido?; **2.** ¿Cuáles son los problemas que enfrenta el *compliance* en relación con las categorías de la dogmática penal estándar?; y, **3.** ¿Cuál es la función del *compliance* al momento de evaluar la responsabilidad penal de la persona jurídica?

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y COMPLIANCE:

Como ya se anticipó, resulta indispensable tener en cuenta que la causa necesaria y suficiente para la existencia del denominado *compliance* aplicado al ámbito penal, es la aceptación teórica y la constatación práctica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; aspecto doctrinariamente polémico y por ello, ampliamente debatido, sobre el cual la teoría estándar da cuenta, recurriendo a dos grupos de argumentos, unos a favor; y, otros en contra de esta forma de imputación penal.²

En el primer grupo destacan argumentos de carácter utilitarista relacionados con la complejidad y globalidad de las actividades de la empresa, así como con la necesidad de proveer respuestas jurídicas idóneas a un fenómeno que parece haber superado las capacidades explicativas de las categorías dogmáticas hasta ahora existentes³; y en el segundo, objeciones relacionadas con el sentido del “injusto” penal, del que desde KANT han sido sujetos de imputación exclusivos las personas físicas, bajo la premisa de autonomía de la voluntad y consecuentemente, de individualización del reproche⁴; así como objeciones de corte igualmente utilitarista relacionadas con la finalidad preventiva del Derecho Penal, de acuerdo con las cuales, las penas impuestas a las personas jurídicas no pertenecen al ámbito estrictamente penal, sino cuando más, al derecho administrativo sancionatorio;

² Sobre una completa referencia de estos argumentos, véase BACIGALUPO, Enrique, *Compliance y Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2012, pp. 99-120

³ Ibid, p. 101.

⁴ Ibid. p. 103.

y en tal sentido, hablar de una supuesta responsabilidad penal de la persona jurídica no acredita la finalidad preventiva de la pena *strictu sensu*, sino que por el contrario, configura una suerte de responsabilidad objetiva, mucho más cercana a la noción anglosajona de la *strict liability*.⁵

En la línea de justificar la necesidad de responsabilizar penalmente a la persona jurídica, merecen destacarse los intentos de fundamentación que se han hecho a partir de la denominada “Teoría de sistemas” de Niklas LUHMANN⁶ por autores que la han utilizado para caracterizar a la organización de la empresa como un sistema autopoietico capaz de generar relaciones comunicativas que configuran una verdadera autonomía funcional de los entes ficticios, dotándolos de capacidades cognitivas propias que los convierten en “máquinas históricas no triviales”, a partir de lo cual deducen su competencia como sujetos de imputación en general y de imputación penal, en particular⁷.

Dada la capacidad explicativa de esta teoría, se abundará sobre ella y se la utilizará más adelante como referencia fundamental cuando se analice la posibilidad de construir⁸ una dogmática

⁵ En la cultura jurídica anglosajona la noción de *strict liability* en materia de reparación de daños es mucho más integral y no tiene una diferenciación tan rígida en responsabilidad administrativa, civil y penal como la tiene la tradición jurídica europeo-continental.

⁶ LUHMANN, Niklas, *Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general*, Anthropos, Barcelona, 1998.

⁷ GÓMEZ-JARA Díez, “Autoorganización empresarial y autoresponsabilidad empresarial”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006. <http://criminet.ugr.es/recpc->

⁸ El uso del término “construir” en esta parte no es casual, dado que precisamente se considera a la Teoría de Sistemas Sociales de

penal específica para la responsabilidad penal de la persona jurídica, así como para la existencia y funciones del *compliance*, sin dejar por supuesto de advertir las diferentes objeciones que se le puedan hacer.

En la misma línea pero como alternativa a estos grupos de argumentos, se considera también la posibilidad de fundar la responsabilidad penal de las personas jurídicas teniendo en cuenta los contenidos axiológicos de lo que se conoce como “Constitución económica”, cuyos alcances estarán condicionados por el énfasis más liberal o más intervencionista que pongan los estados en la actividad económica; y es así que existen constituciones en América Latina, como la ecuatoriana que han optado por sistemas de economía centralizada, que tratan sin embargo de conciliarse con declaraciones holísticas referidas a nociones como la “*pacha mama*”, el “buen vivir” o los “derechos de la naturaleza”, para justificar una caracterización del sistema económico como “social y solidario”, “funcional al ser humano”, reconociéndolo como “sujeto y fin” y propendiendo a un equilibrio entre “sociedad, estado y mercado”⁹, pero al mismo tiempo, enfatizando en la importancia de un régimen de desarrollo “planificado”, que entre otros ha de perseguir como objetivos, “...la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y la generación de trabajo digno y estable...”¹⁰, para cuyo efecto impone al estado la obligación de “...Impulsar el

LUHMANN y a su aplicación al análisis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como tributarias del Constructivismo Filosófico y Sociológico, aunque existen autores que consideran que Luhmann es “inclasificable”

⁹ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 283.

¹⁰ Ibid. Artículo 276.2

desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan...”¹¹.

Estos principios, sumados a los mecanismos de democracia directa y participación ciudadana, así como al cambio de paradigma epistémico que podría constituir el reconocimiento de los derechos de la naturaleza y la responsabilidad intergeneracional, bien podría decirse que representan el núcleo duro de una Constitución económica que sin lugar a dudas asigna al estado un rol muy diferente de aquel que tendría en un diseño de “economía social de mercado” o cualquiera otro de corte más liberal, imponiéndole claras obligaciones de intervención y regulación orientadas a alcanzar ese deseable “equilibrio” entre sociedad y mercado; obligaciones que no derivan ya meramente de un programa político, sino de la fuerza vinculante de la propia Constitución.

Estos anclajes interpretativos que encuentran amplia repercusión práctica dado el carácter normativo directo de los contenidos axiológicos de la Constitución en un estado Constitucional de Derecho, sumados al nuevo paradigma de la titularidad de los derechos –y valga anticipar, también de las obligaciones-, de acuerdo con el cual, el ser humano deja de ser titular exclusivo de los mismos para compartir ese espacio con las comunidades, pueblos, nacionalidades, colectivos y aún, la propia naturaleza¹², bien puede considerarse como una habilitación tanto teórica como metodológica que permita justificar la incorporación al ordenamiento jurídico de la

¹¹ Ibid. Artículo 277.5

¹² Ibid. Artículo 10

responsabilidad penal de la persona jurídica, a partir de la constatación de que su atípica condición de ente ficticio no invalida la posibilidad de construir un igualmente atípico juicio de reproche apartado de consideraciones ontologistas sobre la “naturaleza” de los atributos y consecuencias resultantes de su denominación como “persona”, para lo cual es necesario superar las limitaciones del lenguaje y las restricciones de los conceptos que en casos como estos, podrían obscurecer el alcance de los significados.

Esto no quiere decir en absoluto que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentre vedada en aquellos estados de corte más liberal o menos intervencionista, pues tal afirmación contradiría la evidencia empírica que se presentará más adelante respecto de casos paradigmáticos de grandes fraudes que se produjeron justamente en estados que bajo ningún concepto podrían considerarse como intervencionistas. Lo único que se intenta con este argumento es mostrar que la justificación de tal forma de responsabilidad penal encuentra mayor facilidad en aquellos diseños institucionales donde además de criterios doctrinarios, existen normas jurídicas de la mayor jerarquía que pueden convertirse en el fundamento de dicha responsabilidad, afirmación que se la hace desde una perspectiva estrictamente descriptiva, quedando para el ámbito prescriptivo evaluar la legitimidad y conveniencia de normas constitucionales como las citadas, donde inevitablemente aparecerá el debate de hasta dónde resulta lícito injerir en la autonomía individual bajo el argumento de proteger intereses colectivos.

Por otra parte, es casi unánime el actual reconocimiento que se hace sobre la titularidad de las personas jurídicas de ciertos

derechos, ya sean de carácter económico¹³ o de carácter instrumental como los de tutela judicial efectiva o debido proceso, estos últimos justificados por servir a fines que tienen que ver más bien con la vigencia del Estado del Derecho¹⁴ que a las características particulares de las personas jurídicas, lo que haciendo un ejercicio de razonamiento analógico en la modalidad del argumento *a contrario*, bien puede llevarnos a reflexionar que es posible también, por razones igualmente instrumentales construir juicios de imputación acerca de las mismas personas jurídicas, teniendo presente que son razones exclusivamente normativas las que fundamentan la necesidad de proteger bienes jurídicos, ante lo cual, se considera que no existen impedimentos de carácter lógico, teórico ni metodológico para que se pueda también construir normativamente un modelo de imputación propio de los entes ficticios¹⁵.

Para finalizar este análisis de los argumentos a favor y en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, resulta indispensable considerar las objeciones provenientes del denominado Garantismo Penal, en tanto corriente de pensamiento jurídico que se opone a toda expansión del ámbito de actuación del Derecho Penal y postula la necesidad de un

¹³ Sobre una propuesta de diferenciación entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales veáse por todos, FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2005.

¹⁴ Sobre el particular, un interesante análisis de Raúl NÚÑEZ MARÍN, respecto del estado de debate de este tema en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como en otros sistemas, como el europeo. disponible en <http://perspectivasinternacionales.javerianacali.edu.co/pdf/6.1-07.pdf>

¹⁵ Precisamente la Teoría de la Imputación Objetiva enfatiza en las consideraciones de carácter normativo por sobre aquellas de carácter "causal" o "final" para sustentar todo su esquema teórico.

Derecho Penal mínimo (y en algunas variantes con tendencia al abolicionismo), opuesto incluso a que reivindicaciones como las de género o las ecologistas utilicen la herramienta del Derecho Penal para procesar sus conflictos¹⁶, para lo cual se remiten casi siempre a la denominada “esfera de lo indecidible”¹⁷ que estaría constituida por los derechos en general; y el de libertad personal, en particular.

A visiones como estas, bien podrían oponerse objeciones que podrían provenir de quienes defiendan la noción de Democracia Deliberativa, pues ellos afirmarían que no existe tal “esfera de lo indecidible” sino que por el contrario todos los aspectos que interesan a una sociedad y dentro de ellos, especialmente los relacionados con el Derecho Penal, pueden y deben someterse a un debate amplio e inclusivo que contemple y trate de conciliar los intereses de todos los involucrados¹⁸, sin que esto contraríe la noción de *ultima ratio* del Derecho Penal, ni que aliente políticas de “mano dura” o “populismo penal”, sino que por el contrario se convierta en una herramienta de racionalización del Derecho Penal pero teniendo en cuenta las particularidades históricas, económicas, políticas y culturales de cada sociedad para determinar cuáles han de ser los bienes jurídicos objeto de

¹⁶ ÁVILA Santamaría, Ramiro, *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2013, p. 29.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. “La esfera de lo indecidible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales*, Año 6, No. 1, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Chile, 2008, pp. 337-343, disponible en http://www.cecocoh.cl/docs/pdf/revista_ano6_1/Laesfera17.pdf.

¹⁸ GARGARELLA, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Bogotá, 2008.

protección en ese contexto y evitar así trasplantes normativos acríticos de otras realidades, que aplicados al caso concreto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puedan o no determinar en su necesidad, teniendo presente que responder a dinámicas empresariales de emporios globalizados como los que ocasionaron los grandes fraudes que se verán a continuación requiere de herramientas jurídicas de una intensidad diferente a las que deben utilizarse en contextos donde la estructura societaria de las empresas sigue siendo cerrada y los sistemas de toma de decisiones, altamente concentrados.

Por otra parte, es necesario advertir que existen dos perspectivas desde las que se puede abordar tanto el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como del *compliance*: la primera relacionada con los aspectos teóricos que han ocupado la atención de la dogmática penal desde hace más de cien años, referidos como se dijo, a la posibilidad o no de aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas; y en caso de ser así, el rol que desempeñaría el *compliance* dentro del particular modelo de imputación que habría de construirse; y la segunda, desde un carácter mucho más empírico y pragmático, referida a la constatación de casos emblemáticos ocurridos en las postrimerías del siglo pasado e inicios del presente, que mostraron la necesidad de incorporar esta forma de responsabilidad a los ordenamientos jurídicos, así como la insuficiencia de las herramientas tradicionales del Derecho Penal para explicar tanto los fenómenos delincuenciales que se produjeron utilizando los aparatos empresariales, como las formas más idóneas de respuesta que permitan imputar responsabilidad penal, determinar sanciones y reparar los millonarios perjuicios ocasionados por los fraudes cometidos por y a través de grandes empresas, que se erigieron como actores muy distintos a los

sujetos activos de delitos conocidos hasta entonces por la teoría penal estándar.

Resulta entonces paradójico que a pesar de la controversia teórica aún mantenida, en el ámbito práctico esta discusión haya sido largamente superada y que actualmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentre contemplada en la mayoría de legislaciones del mundo; así, en Europa en los códigos penales de Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, Francia, Finlandia, Portugal, Suecia, Italia, Holanda; en EEUU, en las leyes *Sarbanes Oxley Act* y *Foreing Corrupt Practice Act*; y en Latinoamérica, en el Código Penal chileno¹⁹ o la Ley 1474 de Colombia; al tiempo que haya sido también desarrollada por los Tribunales Supremos de Alemania, España y Argentina²⁰, que realizan importantes aportes desde la fuente jurídica del Derecho Jurisprudencial.

Precisamente por esto, se considera necesario abordar esta segunda perspectiva (práctica), para lo cual, se ofrece una síntesis de los hechos de seis casos que se asumen como relevantes para mostrar cómo la dinámica de la actividad empresarial y la complejización de los instrumentos financieros superaron con creces los debates doctrinarios acerca de la aceptación o no de la responsabilidad penal de la persona jurídica; y aún más allá, de la empresa en tanto actividad económica organizada, como sujeto capaz de ocasionar fraudes de gran magnitud, afectando bienes jurídicos a gran escala y con carácter transnacional.

¹⁹ BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998

²⁰ En Alemania se pueden mencionar los casos “Kanter/Weyrauch” (2006) y “Siemens/KWU” (2008), en España, el caso del “síndrome tóxico o del aceite de colza” (1992); y en Argentina, el caso “Fly Machine” (2006)

CASOS PARADIGMÁTICOS

El primero y más citado debido al escándalo que causó es el caso de ENRON²¹, emporio norteamericano dedicado a las industrias de gas y electricidad que hizo crisis en el año 2001, ocasionando pérdidas económicas aproximadas de USD 690 millones y deudas por la estratosférica suma de USD 150 billones. Los problemas de Enron se presentaron principalmente debido al manejo especulativo de un producto denominado “derivados financieros”, que fue trasplantado desde la actividad bursátil a la industria del gas y la electricidad, por un sofisticado y hasta entonces reputado como altamente exitoso equipo de técnicos, encargados de manejar lo que ellos denominaron el “Banco del Gas”.

El procedimiento funcionaba mediante la intermediación especulativa entre vendedores y compradores de gas y electricidad, a través de la suscripción de contratos “a futuro” en los que Enron garantizaba a los partícipes de la industria un precio fijo durante un número determinado de años -generalmente diez o veinte-, asumiendo por su cuenta el riesgo por fluctuación, que consideraba minimizado por su presencia monopólica en el mercado. El problema empezó a acumularse cuando titularizó estos contratos a futuro (swaps)²² y los registró como activos

²¹ Los hechos de este caso han sido consultados en http://www.academia.edu/3480864/El_caso_Enron_Fracaso_de_una_de_las_empresas_mas_poderosas_de_estados_unidos.

²² La noción de los “derivados financieros” (swaps) es ampliamente conocida en el Derecho Bancario como uno de los contratos más complejos de tal actividad. Sobre el particular, FERRI-RICCHI, Amedeo, *El Contrato de Swap como tipo de derivado*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Mercantil, Madrid, 2013, disponible en <http://eprints.ucm.es/22814/1/T34726.pdf>.

de la empresa, utilizando el sistema de valoración denominado *mark-to-market* para lo cual empleó su gran influencia política y consiguió presionar al órgano regulador, la *Securities and Exchange Commission*, que autorizó el uso de este sistema en una industria distinta al mercado bursátil. Antes de la adopción de este sistema, la empresa podía registrar como activos en su balance, únicamente el dinero efectivamente ingresado como resultado de los cobros de los contratos a futuro; sin embargo, con el nuevo sistema, se podían registrar en una sola operación inicial, la totalidad de valores que se estimaba recibir durante los plazos de vigencia de tales contratos, estableciendo discrecionalmente los valores por fluctuaciones de mercado, lo que determinaba a su vez, que los activos reflejen valores sobredimensionados y ficticios, pues los cálculos se hacían en base a estimaciones inciertas sobre los precios futuros del gas y la electricidad.

Una vez articulado este mecanismo, el siguiente paso era la creación de las denominadas “sociedades de propósito específico”, cuyos activos estaban conformados en su totalidad por paquetes de contratos a futuro titularizados y valorados según el sistema contable antes descrito, para de esta manera presentar balances inflados, en base a los cuales dichas sociedades obtenían créditos de dinero fresco que permitía mantener los flujos de liquidez necesaria para mantener las operaciones; al tiempo que permitían sobrevalorar la cotización de las acciones en bolsa, tanto de Enron como de sus sociedades de propósito específico a nivel mundial, generando un efecto de altísima demanda para la compra de esas acciones, lo que a su vez les permitió ofertar otro producto financiero consistente en las denominadas “opciones de compra de acciones”, por medio del cual, grupos de inversionistas, generalmente fondos de pensiones de jubilados pactaban con las empresas adquirir paquetes accionarios a futuro en un valor estimado del precio de

la acción para cuando llegue la fecha de realización de la opción, mecanismo que les permitía igualmente apalancarse con recursos frescos provenientes de estas inversiones.

Uno de los signos inequívocos de la crisis de Enron fue en un primer momento la ejecución de las opciones de compra y a su vez, la venta de acciones de las que eran titulares los principales directivos de la empresa, pero al mismo tiempo, el impedimento de que puedan hacer lo mismo los empleados de inferior rango, lo que despertó las alarmas en un primer momento, del propio comité interno de auditoría, luego de la misma *Securities and Exchange Commission* y finalmente, del Departamento de Justicia de los EEUU que inició una investigación formal y presentó cargos criminales contra los principales personeros de Enron, así como de la firma auditoria Artur Andersen, a quien le imputaron responsabilidad como cómplice, entre otras cosas, por la omisión en sus deberes de vigilancia y control al momento de dictaminar sobre los balances, pero además, por la destrucción de registros contables de gran parte de las operaciones, una vez que se conoció del proceso de investigación llevado a efecto.

El caso adquirió características de escándalo mediático debido al descubrimiento de las relaciones de Enron con el financiamiento de campañas políticas de importantes personajes, entre los que figuraba el propio George W. Bush, así como su Vicepresidente, Dick Cheney y por el sospechoso suicidio del Vicepresidente Ejecutivo de la empresa. Luego de una ardua batalla judicial, el caso concluyó con una sentencia a sus principales personeros, así como a los personeros de la firma auditora, a veinte y cuatro años de privación de libertad, reducida a catorce en el caso del principal administrador sobreviviente, pues varios de ellos murieron durante el juicio.

Otro de los casos paradigmáticos de fraudes económicos a gran escala fue el de la empresa norteamericana de telecomunicaciones WORLDCOM²³ ocurrido en el año 2002, que presentó distorsiones contables por USD 11,000 millones y ocasionó pérdidas a sus accionistas por un monto de USD 180,000 millones. El mecanismo utilizado en esta ocasión fue el maquillaje contable de las cuentas de ingresos a través del registro de valores que correspondían a gastos, como si en realidad se tratara de inversiones, para de esta forma obtener de manera fraudulenta créditos bancarios en base a una situación patrimonial falsa y al mismo tiempo, utilizando esa posición financiera adulterada, cotizar sus acciones en bolsa con precios sobrevalorados.

De manera similar al caso Enron, los principales adquirentes de los paquetes accionarios fueron fondos de pensiones de trabajadores y jubilados, que sufrieron un perjuicio estimado de USD 1.000 millones; así como el despido de 20.000 trabajadores de la empresa nivel global. Se formularon cargos criminales por fraude y conspiración contra sus principales administradores, directores y la firma auditora externa que coincidentalmente fue también Artur Andersen y se establecieron sentencias que oscilaron entre los diez y veinte y cinco años.

En Europa son célebres los casos PARMALAT²⁴ y SIEMENS²⁵ ocurridos en Italia y Alemania, respectivamente. El primero de

²³ <http://fraudescontables.blogspot.com,y>
<http://escritosderechopenalcamiloencisov.blogspot.com/2013/05/grandes-fraudes-financieros-lecciones.html>.

²⁴ <http://interamerican-usa.com/articulos/Gob-Corp-Adm/Art- Parmalat.htm>

²⁵ http://www.academia.edu/3667747/Caso_Siemens

ellos en el año 2003 con un agujero contable reportado de 4.000 millones euros, así como la falsedad en los balances cometida durante quince años que reportó un monto de 14.000 millones de euros en activos inexistentes. El caso se descubrió cuando se pretendió entregar como contragarantía de un crédito por 496,5 millones euros, un certificado de inversión en el Bank of América por 3.950 millones euros, que tenía como titular a una firma subsidiaria llamada Bonlat, domiciliada en la Islas Cayman y que resultó ser falsificado. Las investigaciones establecieron que se distrajeron dineros de Parmalat a empresas de familiares principal ejecutivo, Calisto Tanzi, quien recibió una sentencia de dieciocho años dictada por un tribunal de Parma, que lo declaró culpable de quiebra fraudulenta y asociación ilícita, junto con otros trece ex ejecutivos.

El caso Siemens²⁶ se conoció en el año 2007 y ocasionó un perjuicio patrimonial estimado de 2.000 millones de euros que fueron desviados a lo que se denominó como “cajas negras”, consistentes en cuentas radicadas en paraísos fiscales, cuyos fondos servían para pagar sobornos a funcionarios gubernamentales de diferentes países, con el objeto de conseguir contratos para la firma. El Tribunal Federal Alemán condenó penalmente a los administradores por el delito de administración desleal ocasionada por violación de sus deberes de cuidado²⁷ y

²⁶ El caso central, puesto que existen otros procesos en los diferentes países donde se acusa a la empresa de haber entregado sobornos a cambio de contratos con los Estados. Precisamente uno de esos casos se radicó en Argentina, donde Siemens fue beneficiario de un millonario contrato para la elaboración de los DNI.

²⁷ En este caso, el Tribunal Federal Alemán por primera vez se pronunció en el sentido de que existe perjuicio patrimonial aunque los recursos desviados se hayan utilizado para beneficio de la propia

en los EEUU se condenó además a la empresa a pagar multas por aproximadamente USD 600 millones.

Finalmente conviene referirse a los casos JP MORGAN²⁸ y BANK OF AMERICA²⁹, el primero tiene que ver con operaciones de alto riesgo realizadas por un operador del banco, llamado Bruno Iskil, conocido también con el seudónimo de “la ballena de Londres”, precisamente por la temeridad de sus operaciones y por haber llegado a tener una posición en bonos de hasta USD 100 millones precisamente para esta operación, que consistía en la venta de *Credit Swaps Defaults* (CDS), derivados financieros que conformaban paquetes de bonos emitidos por empresas de alto rendimiento y bajo riesgo, que por lo mismo debían mantener razonablemente su precio en el mercado de valores; transacción por la que el vendedor cobraba a los compradores una prima a cambio de asumir el riesgo de cubrir el diferencial de cambio en caso de que los precios bajen, que fue lo que precisamente ocurrió, debido entre otras causas, a los coletazos de la crisis de la deuda europea y a lo inusual del monto de la operación, que generó nerviosismo en los mercados y produjo una pérdida estimada de USD 2 billones, así como el inicio de procesos penales contra sus principales directivos bajo los cargos de fraude de valores, fraude electrónico, conspiración, realizar falsas presentaciones

empresa a través de la obtención de contratos que le reportaban utilidades, bajo el criterio de que el uso de esos recursos en propósitos diferentes a los que fueron oficialmente asignados, constituye en sí una forma de perjuicio patrimonial. Sobre el particular, BACIGALUPO, Enrique, Op. Cit. pp. 165-171.

²⁸ <http://queaprendemoshoy.com/el-caso-jp-morgan-que-fue-lo-que-sucedio-realmente-ii/?preview=true#.T7wjX0Vp5nA>.

²⁹ <http://www.expansion.com/2014/08/07/empresas/banca/1407392156.html>.

a la Comisión Nacional de Valores de Estados Unidos (SEC) y falsificar libros y registros, lo que forzó a que deba llegar a acuerdos tanto con la Fiscalía como con la SEC, la Reserva Federal y la Oficina de Control de la Moneda, así como con el supervisor financiero de Reino Unido para pagar multas por montos que oscilaron entre USD 700 y 800 millones³⁰.

En cuanto al Bank of America, en la actualidad se encontraría negociando con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, acuerdos reparatorios por montos que oscilan entre USD 16.000 y 17.000 millones, para evitar los cargos de fraude proveniente del engaño a sus clientes por omitir información sobre el respaldo de bonos garantizados con créditos hipotecarios altamente riesgosos por la falta de pago resultante de la crisis de 2008, conocida como “burbuja inmobiliaria” en los Estados Unidos.

Como se puede ver, en todos estos casos entró a debate la suficiencia o no de las modalidades de responsabilidad conocidas y por supuesto, el alcance de la responsabilidad penal, que aprovechando las peculiaridades del sistema anglosajón permitió tanto la imputación de delitos a las personas físicas, como la de cargos criminales a las propias empresas, imponiéndoles multas cuantiosas u obligándoles a celebrar acuerdos con los perjudicados. No ocurrió lo mismo en los casos de Parmalat y Siemens, pues tanto en Alemania como en Italia, países de cultura jurídica europeo-continental como era previsible, se generó un intenso debate dogmático sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que desembocó en el primer caso,

³⁰ <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/09/17/economia/1379407595.html>.

en la elaboración de varias sentencias que trataron de fundar esta modalidad de responsabilidad; y en el segundo, en la regulación exhaustiva de la misma por vía legislativa.

COMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICA Y MODELOS DE IMPUTACIÓN:

Es conocido que para hablar de un Derecho Penal compatible con un modelo de estado constitucional deben satisfacerse al menos cuatro principios fundamentales: acto, lesividad, culpabilidad y *ultima ratio*. Puesto que se han analizado ya los argumentos teóricos a favor y en contra de la responsabilidad penal de la persona jurídica, así como que se ha dado cuenta de que en los hechos, dicha responsabilidad existe en la mayoría de legislaciones del mundo y es progresivamente reconocida también mediante fuente jurisprudencial, corresponde ahora contrastar si tal modalidad de responsabilidad penal resulta o no compatible con dichos principios.

Como se sabe, según el principio de acto, en un estado democrático y constitucional solo se puede atribuir responsabilidad penal a alguien por sus “actos” cometidos y no por sus condiciones personales, en esto precisamente se diferencia el Derecho Penal “de acto” del denominado Derecho Penal “de autor”. Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la primera interrogante que surge es si ellas pueden o no cometer “actos” en el sentido penalmente relevante y este es uno de los aspectos que más controversia ha causado, pues de acuerdo con las teorías vicarias del Derecho Penal, el acto constituye una manifestación de la conducta y de la voluntad estrictamente humanas³¹, convirtiéndose

³¹ En este punto utilizo el término “teorías vicarias” para abarcar el

en el elemento del delito que por antonomasia es privativo de las personas físicas y no de los entes ficticios; pero aún más, en el elemento central de la teoría del delito, respecto del cual, todos los demás constituyen meros predicados.

Efectivamente, si se analiza el concepto de acción desde esta perspectiva, resulta evidente la imposibilidad teórica de imputar responsabilidad penal a una persona jurídica, pero nuevamente, tanto la evidencia práctica, como nuevos desarrollos dogmáticos permiten hacer frente a esta objeción desde varias perspectivas, de las cuales se extraerán únicamente dos que permiten reflexionar sobre este punto. La primera tiene que ver, como se dijo con la evidencia fáctica de que el vertiginoso desarrollo de la ciencia y de la técnica sorprende cada día con la elaboración por ejemplo, de prototipos robóticos dotados cada vez de mayor autonomía, no solo de movimientos sino también de ciertas capacidades de discernimiento, así como la existencia de modelos de ordenadores con inteligencia artificial³² capaces de tomar decisiones, muchas de las cuales difícilmente podríamos sostener que no constituyan “actos”.

conjunto de análisis que van desde las formulaciones clásicas, en sus versiones naturalista y neokatiana (causalistas), hasta las finalistas con su noción de “acción final”, pues todas ellas coinciden en caracterizar a la acción como un acto fundamentalmente humano, para lo cual, tomo como referencia a JESCHECK en su *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Trad. Miguel Olmedo Cardenete, Quinta edición, Ed. Comares, Granada 2002, pp 209-240.

³² En este sentido puede apreciarse la reducción de la brecha antes infranqueable entre la realidad y la ciencia ficción cinematográfica. Ejemplos de ello son los ya clásicos filmes “Inteligencia Artificial”, “Matrix” o “Yo Robot” y últimamente, el interesantísimo “Ella” con la magistral actuación de Joaquín Phoenix, que da cuenta de la increíble capacidad de autonomía y autodesarrollo de un sistema informático, capaz incluso de producirle una decepción amorosa.

Desde la perspectiva dogmática, conviene referirse a la ya mencionada Teoría de Sistemas de LUHMANN, que bien puede ser criticada por su fundamentación y alcances políticos, pero que constituye lo que se podría considerar como una “buena teoría” para explicar el funcionamiento de las diferentes estructuras sociales, sus nexos de comunicación y sus capacidades de reproducción a partir de lo que se conoce como “autopoiesis”, categoría tomada de las investigaciones realizadas por los biólogos chilenos Humberto MATURANA y Francisco VARELA a inicios de los años setenta del siglo pasado, para explicar la forma de conservación y reproducción de las células vivas.³³

De acuerdo con esta teoría³⁴, la sociedad funciona no tanto como una suma de individuos, sino como un entramado de sistemas complejos que *se producen y reproducen* a sí mismos, dentro de los cuales se encuentran precisamente las empresas, organizadas o no bajo la figura de personas jurídicas. Estos sistemas generan mecanismos de comunicación que permiten su desarrollo y evolución constante, lo que les permite establecer verdaderos sistemas de toma de decisiones que dan lugar a su vez a sistemas organizativos independientes de sus integrantes (personas físicas), conformando así la denominada “cultura organizacional” que posee una dinámica y valores colectivos propios, articulando mecanismos de identidad, pertenencia y exclusión que vinculan

³³ VARELA, Francisco J.; & MATURANA, Humberto R., *De máquinas y seres vivos: Una teoría sobre la organización biológica*, Ed. Universitaria, Santiago de Chile, 1973.

³⁴ Las características fundamentales de la Teoría de Luhmann y la autopoiesis han sido tomadas de GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, num 8-05, disponible en <http://criminet,ugr.es/recpc>.

a sus integrantes, convirtiéndose así en entidades dotadas de verdadera autonomía y capacidad cognitiva, no psíquica (en lo que se diferencian de los seres humanos), pero sí organizativa.

Para cumplir con estos ciclos de existencia y desarrollo, realizan operaciones tanto auto como heteroreferenciales, las primeras consistentes en la construcción de programas de decisión que bien pueden analogarse con los planes de vida de las personas físicas, así como vías de comunicación idóneas con otros sistemas para así permitir la realización de tales planes; y las segundas consistentes en las rutinas cognitivas que deben ejecutar para mantenerse interrelacionadas con su entorno, motivándose a su vez y reaccionando frente a las rutinas cognitivas de los otros sistemas sociales, dentro de ellos, el normativo, todo lo cual resulta en una suerte de “conciencia” organizacional que desde una perspectiva constructivista de la personalidad jurídica, reúne todos o casi todos los atributos que se le pueden exigir a una persona física para que adquiriera el rango de “persona” en el sentido normativo del término³⁵. No debe olvidarse además que incluso a las personas físicas se les exige cierto grado de competencia (imputabilidad) para considerar que aquello que hacen constituye efectivamente un “acto” penalmente relevante.

De lo dicho hasta ahora, resulta entonces que la noción de “acto” de la que parte la teoría estándar del Derecho Penal resulta insuficiente para abarcar los supuestos antes mencionados de la existencia de “máquinas inteligentes” o de “organizaciones

³⁵ Sobre el conjunto de requisitos que un individuo de la especie humana debe reunir para ser considerado “persona” en el sentido normativo del término, véase el artículo de FEINBERG, Joel, “Abortion”, disponible en <http://www.ditext.com/feinberg/abortion.html>.

autopoiéticas” como ciertas empresas organizadas bajo la figura de personas jurídicas, cuya “autonomía cognitiva” bien puede desembocar en la realización de auténticos actos penalmente relevantes, encontrándose en este sentido satisfecha la exigencia constitucional en cuanto a la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Esto tiene a su vez consecuencias respecto de las otras exigencias constitucionales, pues a partir del reconocimiento como entidades competentes a las organizaciones autopoiéticas, se puede aceptar sin dificultades que sus actos pueden ocasionar daños a terceros desde una perspectiva penal (principio de lesividad)³⁶; así como de que en consideración a su capacidad cognitiva autónoma, que las convierte en “entes no triviales”, dotados de una suerte de “conciencia propia”, se pueda fundar juicios de culpabilidad por el cometimiento de esos actos (principio de culpabilidad), observando desde luego los requisitos tanto procedimentales como sustanciales para la construcción de tales juicios; más todavía si como se dijo, aún las teorías de la culpabilidad tradicionales excluyen de los juicios de atribución penal a determinados individuos (los inimputables), precisamente porque no reúnen las exigencias normativas que el ordenamiento jurídico impone para que pueda hablarse de verdaderos “sujetos de imputación penal”.

Por último, la exigencia de *ultima ratio* puede también encontrarse satisfecha si se considera que la extensión de tal principio supone que se encuentren alcanzadas por el Derecho

³⁶ Desde el punto de vista de la responsabilidad objetiva, nadie discute la posibilidad de imputar responsabilidad por daños a las personas jurídicas.

Penal aquellas conductas -que como se ha visto, bien pueden ser cometidas por las personas jurídicas- estrictamente necesarias para precautelar bienes jurídicos básicos de una sociedad histórica y culturalmente determinada, aunque se reconoce que efectivamente resulta problemático conciliar la necesidad de una mínima intervención penal con los criterios de imputación expuestos, pues los mismos se encuentran basados en supuestos hipotéticos y de ocurrencia futura, como los planteados tanto en los avances científico-técnicos a los que se ha aludido, así como en los de estructuras organizativas autopoieticas, que solo podrían verificarse en grandes complejos empresariales, donde tanto la composición accionaria, como la diversificación del trabajo y fundamentalmente, la toma de decisiones se encuentre suficientemente diversificada.

Por todo lo expuesto, se considera que a pesar de algunas tensiones con los principios fundamentales antes analizados, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en términos generales no es contraria a los presupuestos de un Derecho Penal compatible con el estado constitucional de Derecho, aspecto que sin embargo, se encuentra condicionado por el modelo de imputación que se utilice y al respecto, conviene analizar los diferentes diseños que conoce la doctrina contemporánea.

El primer modelo conocido es el denominado “modelo de transferencia”, que básicamente consiste en la posibilidad de sancionar a la persona jurídica por aquellos actos cometidos por sus socios, representantes legales o administradores, ya sea que las actividades ilícitas de la persona física se realicen a nombre o por cuenta de la persona jurídica o que de ellas resulte un

beneficio para la misma³⁷. Como puede apreciarse, un modelo de estas características presenta múltiples problemas, aún partiendo de la atípica forma de imputabilidad de la persona jurídica que aquí se ha propuesto y que dichos problemas se presentan tanto en el orden constitucional si se lo analiza a la luz a los principios de acto, lesividad y culpabilidad antes expuestos; así como en el dogmático, si se lo analiza desde las categorías de la causalidad, culpa y autoría, así como desde las finalidades mismas de la pena.

Frente a este estado de cosas, surge el modelo denominado de “culpa por organización” o más propiamente, de “culpa por defecto de organización”, que formula la posibilidad de sancionar a la persona jurídica por actos cometidos en su propio beneficio o realizados por las personas físicas que actúen en su representación, teniendo siempre como presupuesto, las deficiencias verificadas en su estructura organizativa para prevenir, controlar y sancionar actos delictivos que puedan cometerse en el desarrollo de sus actividades, convirtiéndose este defecto de organización en un elemento normativo que opera como “presupuesto de la responsabilidad penal”³⁸, cuya función es racionalizar el ejercicio del *ius puniendi*. A partir de esto se establece la necesidad entonces de prevenir y corregir los defectos de organización, para lo cual, las empresas pueden o deben –y este será precisamente el dilema a resolver- elaborar planes de cumplimiento normativo, denominados *compliance* de acuerdo con el término anglosajón

³⁷ Sobre el “modelo de transferencia” puede consultarse una explicación muy didáctica en CASAS, Ismael CLEMENTE y Álvarez FEIJO, Manuel. “Sirve de algo un programa de compliance penal?”, *Revista electrónica Actualidad Jurídica* Uria Menéndez / 28-2011.

³⁸ BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit. pp. 129.

aplicado para este propósito, luego de los casos emblemáticos a los que se ha hecho alusión.

El modelo de culpabilidad por organización aparece entonces como más compatible con los principios constitucionales del Derecho Penal en un estado constitucional, así como con las categorías dogmáticas de la Ciencia Penal estándar, pues es el único que posibilita una lectura “conforme a la constitución”³⁹ de las normas que regulan la responsabilidad penal de la persona jurídica, al tiempo que es el único que permite fundar tanto el juicio de reproche penal por actos cometidos por “otros”, como los socios, administradores, empleados, etc, con lo cual se podría satisfacer el fundamento de la culpabilidad y explicar la función preventiva de la pena, de manera coherente con el principio de mínima intervención o *ultima ratio* del Derecho Penal, partiendo de la premisa –y aquí se acude a categorías de la imputación objetiva- de que el déficit de controles adecuados en la estructura de la empresa ocasione el incremento del riesgo permitido. Pese a la aparente suficiencia explicativa de este modelo, pocos han sido los ordenamientos jurídicos que se han ocupado de hacer explícita su adopción, aspecto del que a fuerza de necesidad se ha ocupado más bien la jurisprudencia y la doctrina.⁴⁰

³⁹ La interpretación conforme a la Constitución forma parte del “Principio de Conservación del Derecho” que a su vez garantiza un adecuado equilibrio entre la regla de mayoría y el principio contramayoritario.

⁴⁰ Excepción hecha de las leyes penales italiana y chilena que como consecuencia de su aplicación han llegado incluso a formular la obligatoriedad del compliance y aún, a regularlo exhaustivamente.

DEFINICIÓN Y FUNCIONES DEL COMPLIANCE.

Como se anticipó, el término *compliance* es un anglicismo que a pesar de su uso creciente en el mundo de la empresa, no se encuentra todavía oficialmente contemplado por la Real Academia de la Lengua Española⁴¹ y ello posiblemente obedezca a que la noción del *compliance* ofrece varias dificultades, la primera de ellas desde su traducción al español, que en términos generales sería la de “cumplimiento” o “conformidad”⁴², que aplicada al ámbito jurídico sería “cumplimiento del derecho” o “cumplimiento de las normas”. Otra de las dificultades es que constituye un término polisémico, cuyos distintos significados pueden rastrearse en disciplinas como la medicina por ejemplo, donde desde hace mucho tiempo se lo entiende como la adecuación de los procedimientos médicos a los respectivos protocolos que conforman la *lex artis*; y en el ámbito del *managment* como una estrategia de buenas prácticas empresariales⁴³. Desde una perspectiva jurídica, pero que necesariamente debe contemplar una visión transdisciplinaria, la noción de cumplimiento del Derecho aludida tiene que ver también con aspectos como la elaboración de programas de autorregulación empresarial que propendan a la denominada *due diligence*, como instrumento de valoración de empresas que cotizan en mercado de valores, por ejemplo; o en general, con parámetros de evaluación por parte de quienes hacen negocios con empresas, donde finalmente se ha incorporado también al

⁴¹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22º publicación, 2001, disponible en <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>.

⁴² Sobre esta noción, véase BOCK, Dennis, “Compliance y deberes de vigilancia de la empresa”, en *Compliance y Teoría del Derecho Pena*. AAVV, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 107

⁴³ Revista “*Compliance insider*”, num. 8 enero 2014, p. 10.

estado, en tanto se constituye en un importante agente económico, ya sea por su intervención directa en la economía o por ser el mayor requirente de bienes y servicios que son provistos por las empresas y en tal sentido, se han generado también políticas de evaluación de esta *due diligence* por parte de organismos multilaterales de financiamiento como el Banco Mundial⁴⁴ o el Banco Europeo de Inversiones⁴⁵, en forma previa a validar los proyectos presentados por los estados, así como a efectuar el desembolso de los créditos; construyendo una práctica que se ha dado en llamar “gobernanza global” o *global law*.

En el *compliance* así entendido, deben considerarse aspectos tales como la legislación en sus diferentes ámbitos de regulación, como prevención riesgos laborales, protección datos, blanqueo capitales, derecho de la competencia, mercado de valores, etc, que conforman un entorno normativo denominado como “autorregulación regulada”; así como deben considerarse también reglas sobre el buen gobierno corporativo donde se contemplen controles gerenciales y administrativos de arriba hacia abajo y viceversa; códigos éticos relacionados con la lucha contra la corrupción, responsabilidad social, auditorías y certificaciones de calidad; y, finalmente, comprende también la responsabilidad penal de la persona jurídica, como corolario de todo lo anterior, cuya existencia constituye de por sí un sistema de heteroregulación propiamente dicha⁴⁶, aunque matizada luego precisamente por

⁴⁴ Banco Mundial, “Guidelines on preventing and combating fraud and corruption in program for results financing”, febrero de 2012, tomado de Nieto Martín, Adán, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, VV.AA, *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 23.

⁴⁵ Banco Europeo de Inversiones, *Guide to Procurement*, octubre de 2001, tomado *ibid*.

⁴⁶ En todo esto, se sigue el esquema propuesto por NIETO MARTÍN,

la función del *compliance*, dando lugar a un sistema que bien podría designarse como “autorregulación heteroregulada”.

Como podrá apreciarse, el alcance de las nociones del *compliance* es diverso, según se trate del ámbito normativo al que se lo aplique, sin embargo, para los efectos de analizar la responsabilidad penal de la persona jurídica, algunos autores hablan de la necesidad de un *compliance penal* específico⁴⁷ que contemple entre otros elementos, mecanismos de prevención, control y sanción de ilícitos estrictamente penales como los relacionados con el lavado y blanqueo de dinero, la corrupción entre particulares y los delitos bancarios, societarios, bursátiles y ambientales. Otros autores sin embargo, consideran que una vez estructurados los programas de *compliance* relacionados con las buenas prácticas en general, resulta innecesario hablar de una forma más (*criminal compliance*) sino que simplemente debe efectuarse una lectura y organización de los mismos pero en clave del Derecho Penal.⁴⁸ Particularmente se considera que esta resulta la posición más acertada si se tiene presente que existe una necesaria relación entre los programas de cumplimiento normativo y todo el entramado de actividades empresariales, así como la necesaria vinculación que tiene la prevención de riesgos de responsabilidad penal con otros riesgos de responsabilidad normativa propios de otras áreas del Derecho, a las que el Derecho Penal económico remite constantemente.

Adán, Op. Cit., pp. 23-26.

⁴⁷ Entre los autores que abogan por la construcción de programas de tal naturaleza podemos encontrar a BACIGALUPO, TIEDEMANN y ROTSCHE, bajo cuya dirección incluso existe en la Universidad de Ausburgo el *Centre for Criminal Compliance*

⁴⁸ Partidarios de esta tesis son el mismo NIETO MARTÍN, MIR PUIG y SILVA SÁNCHEZ.

Establecida de esta forma la definición y alcance del *compliance*, es necesario entonces analizar cuál es su función dentro del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica, tarea para la cual resulta indispensable en primer lugar, ubicar en qué aspecto de la teoría del delito se sitúa el que hasta hoy hemos denominado “modelo de imputación de la culpa por defecto de organización”, pues se considera que solo a partir de ello se puede buscar la justificación funcional del *compliance*, así como las consecuencias de su inaplicación o deficiente ejecución. Al respecto podemos apreciar que este constituye uno de los debates contemporáneos más necesarios, pues la doctrina no ha profundizado y mucho menos ha llegado a un acuerdo sobre el *status* de tal “modelo de imputación”. Particularmente se considera que el mismo puede analizarse desde el injusto penal, ya sea como elemento normativo del tipo; o desde la culpabilidad como consecuencia estructural de la defectuosa capacidad de la persona jurídica de motivarse frente a la norma; o finalmente, desde la punibilidad como un requisito objetivo de ésta.

En tanto elemento normativo del tipo penal se puede sostener que la referencia al “defecto de organización” efectivamente remite a un concepto jurídico valorativo que proporciona sentido a la descripción de la conducta antijurídica⁴⁹, condicionándola de tal manera que frente a su ausencia, el hecho imputable a la persona jurídica quedaría fuera del ámbito de la antijuridicidad⁵⁰; es decir,

⁴⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich, “Tratado de Derecho Penal Parte General”, Comares, 5^o edición, Granada, diciembre 2002, p. 289, quien a su vez toma estas nociones de elementos normativos del tipo, de *Engisch Mezger y Schluchter*

⁵⁰ En este sentido se adopta la noción de “Tipo” como “tipo de injusto” y desde una perspectiva material que supera la definición puramente formal de BELING y resulta más cercana a posturas como las de

en caso de verificarse que no existió el defecto de organización, especialmente por la existencia y cumplimiento de un programa de *compliance*, entonces no se encontraría acreditado este elemento normativo del tipo penal y el hecho atribuido a la persona jurídica no sería típicamente antijurídico.

Se puede sin embargo, contraponer como objeción sólida a este argumento el hecho de que los elementos normativos del tipo penal, así como los descriptivos y aún los subjetivos, deben encontrarse explícitamente contemplados en la norma, para de esta manera cumplir con el subprincipio de *lex scripta* del principio de legalidad y esto lamentablemente no ocurre en la gran mayoría de leyes que instauran la responsabilidad penal de las personas jurídicas sino que por el contrario, el modelo de imputación de la culpa por defecto de organización ha sido más bien una construcción pretoriana y aunque se reconoce que en muchos casos la valoración sobre la existencia o no de los elementos del tipo penal se encuentra librada a la tarea de determinación de los jueces, debido a la inevitable apertura del lenguaje jurídico, asumir en abstracto una justificación como esta, sería incompatible con la necesidad de insistir en la mayor taxatividad posible de las leyes penales en consideración a dos aspectos fundamentales: la importancia de los derechos que se encuentran en juego y la necesidad de controlar el poder punitivo del estado, que en tanto poder, tiende siempre a conservarse y expandirse.

Desde el punto de vista de la culpabilidad, ya sea que se adopten criterios subjetivistas, normativistas o funcionalistas

de la misma⁵¹, lo cierto es que con ciertas reformulaciones, las categorías de “libertad de voluntad” y “exigibilidad del comportamiento conforme a Derecho”⁵² han sido estables o en su defecto, inevitables para todos los ámbitos de la doctrina que se han ocupado de ella, desde las nociones originales de libre albedrío hasta las de instrumento necesario para el cumplimiento de los fines de prevención general de la pena, pero más todavía si se la considera como elemento fundamental para la regulación del poder punitivo dentro de un estado constitucional, donde se ha reivindicado a la autonomía como fuente tanto de derechos como de obligaciones y en este último sentido, la exigibilidad *prima facie* de que todas las personas se motiven frente a las normas penales, cuya transgresión implica un reproche legítimo, salvo por las excepciones conocidas de incapacidad, error o exculpación.

Aplicando estos criterios a la responsabilidad penal de la persona jurídica, el rol del *compliance* bien podría ser equiparado a esas pautas de comportamiento conforme a Derecho que se exigen a las personas físicas como presupuesto de la culpabilidad y al defecto de organización, precisamente como esa deficiente capacidad de motivación frente a las normas, que puede ser evaluada de

⁵¹ Como precursores de la teoría subjetiva se pueden citar a VON LITZ-BELING, entre los normativistas, a una amplia gama de autores, siendo los más relevantes FRANK, KOHLRAUSCH, WELZEL, HIRSCH y STRATENWERTH; y entre los funcionalistas desde luego, ROXIN, JAKOBS y ROTH.

⁵² Tomo en esta parte las expresiones de PASTOR R, Daniel, “La discusión actual en torno de la culpabilidad”, en *Problemas actuales de la Parte General del Derecho Penal*, VV.AA, Ad Hoc, Buenos Aires, noviembre de 2010, pp.614-617 donde distingue el alcance político de la expresión “libertad de voluntad”, del meramente natural “libertad de acción”.

manera así mismo análoga a la forma en que se lo hace con la libertad de voluntad para construir el juicio de reproche propio de la culpabilidad.

Podrían asumirse como condición objetiva de punibilidad tanto el defecto de organización como el *compliance*, si se considerase que nada aportan ni al injusto penal ni a la culpabilidad de la persona jurídica, ya sea porque los mismos se consideren suficientemente acreditados, el primero por las referencias típicas constantes en las normas penales que establecen dicha responsabilidad realizadas ya sea con dolo o con imprudencia; o porque la obligación de comportarse conforme a Derecho se encuentra derivada de otras normas del ordenamiento jurídico, especialmente de carácter constitucional y por ello resulte sobreabundante elaborar otro tipo de normas y mucho menos provenientes de un sistema de autorregulación como el *compliance*, pero que sin embargo de ello, sea necesario acudir a estos dos conceptos (defecto de organización y *compliance*) exclusivamente con propósitos instrumentales que permitan compatibilizar la necesidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas con los principios de aplicación del Derecho Penal en el estado constitucional, de lo que se sigue que en caso de ausencia de tal defecto de organización no sería posible la imposición de pena. Como se verá, dentro de esta concepción, la función del *compliance* sería meramente contingente, pues bastaría con que se acredite el defecto de organización por cualquier otro medio para que se considere satisfecha la condición objetiva de punibilidad.

Finalmente, desde la teoría de la imputación objetiva podría también considerarse al defecto de organización como un caso prototípico de incremento del riesgo permitido cuya constatación

permitiría atribuir “objetivamente” el resultado a la persona jurídica y fundar de esta manera la caracterización del injusto penal. Bajo esta perspectiva, la función del *compliance* bien podría ser la de delimitar ese riesgo permitido en base a los materiales normativos y organizativos proporcionados por el principio de confianza⁵³.

En el mismo sentido, podrían considerarse como funciones tanto del *compliance* como del defecto de organización, convertirse en los pilares sobre los que puede construirse satisfactoriamente la tan anhelada normativización de la imputación objetiva, que permita superar la noción eminentemente causalista representada fielmente por el modelo de transferencia, criticado por otras razones en páginas anteriores.

Cualquiera sea la función que tenga el *compliance* en la Teoría del Delito, resulta indispensable llamar la atención en el sentido de que su presencia incide definitivamente en la denominada Teoría del Error, pues acarrea consecuencias como limitar y de manera significativa, la posible discusión acerca del error de tipo o del error de prohibición, haciendo poco probable que cualquiera de ellos pueda reunir la condición de invencible, con los efectos que de ello se siguen igualmente en los ámbitos de la tipicidad, la culpabilidad o la imputación objetiva.

⁵³ JAKOBS, Gunther, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Trad. Manuel Cancio Meliá, 4ta. reimpresión, Ad Hoc, Buenos Aires, junio de 2009.

PROBLEMAS DEL *COMPLIANCE* FRENTE A LA TEORÍA PENAL ESTÁNDAR:

Como se ha visto, tanto la noción misma del *compliance*, como su ubicación en la teoría del delito y sus funciones son de por sí problemáticas y a ello se suman a su vez, problemas relacionados con diversos ámbitos del Derecho Penal General y también con el Derecho Penal Económico en particular, que tienen que ver principalmente con aspectos como como causalidad, autoría y participación; o, con las finalidades de la pena, cuyo tratamiento desde las categorías tradicionales de la dogmática penal parece insuficiente y su análisis corresponde a una pretensión investigativa mucho más exhaustiva, que supera los objetivos del presente trabajo.

Sin perjuicio de ello y dado que se considera que una profundización teórica acerca de las insuficiencias de la teoría estándar satisface inquietudes estrictamente académicas cuyo objetivo final sería precisamente demostrar tal insuficiencia, se considera que desde una perspectiva igualmente académica pero mucho más instrumental, es posible evaluar algunos problemas del *compliance* con miras a establecer tanto su fundamentación como su necesidad al momento de analizar la responsabilidad penal de la persona jurídica; propósito para el cual se ha elegido como marco conceptual a la Teoría de la Imputación Objetiva y dentro de ella, se han seleccionado a su vez, dos problemas puntuales, el primero relacionado con la noción de riesgo permitido y el funcionamiento del principio de confianza; y el segundo, referido a la posición de garante.

En cuanto al primer problema, como se sabe, la Teoría de la Imputación Objetiva fundamenta el contenido del injusto penal

a partir de la noción de riesgo permitido y más precisamente, de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado cuya determinación se hace acudiendo al ámbito de protección de la norma penal, que a su vez es necesario buscar en la manera en que las sociedades histórica y temporalmente determinadas establecen el grado de aceptación o repudio de ciertas conductas, que por el hecho mismo de ser sociales, es decir, intersubjetivas, implican riesgos, que según lo expuesto, serán permitidos o no permitidos (vale decir, desaprobados); de ahí que se vuelve indispensable para analizar el riesgo desaprobado –o dicho de otra forma, el incremento del riesgo permitido–, analizar correlativamente la forma en que opera el principio de confianza.

Pasando por alto la discusión existente sobre si el principio de confianza es solamente una especie del género riesgo permitido o si por el contrario, mantiene alguna autonomía conceptual, lo que aquí interesa es asumir que dicho principio supone que todos los participantes de la práctica y en este caso, de las prácticas empresariales tienen una expectativa razonable de que sus pares actuarán de manera responsable y conforme a las normas, mucho más si se tiene en cuenta que generalmente son agentes económicos altamente competentes, lo que nuevamente plantea el dilema de la autoregulación o la heteroregulación, que se encuentra fuertemente condicionado por aspectos políticos e ideológicos que definen el modelo de estado.

Por una parte, si se trata de estados de corte más liberal, se tendrá que el principio de confianza y consiguientemente, el ámbito del riesgo permitido deberán rastrearse en normas de autorregulación (si acaso existen) de las empresas, donde los partícipes de las prácticas económicas tienen un campo de acción más flexible, que encuentra por supuesto sus límites en las prohibiciones

contempladas en las normas penales; y por otra, en estados más intervencionistas, tanto el principio de confianza como el riesgo permitido estarán sometidos a una intensa actividad reguladora estatal (heteroregulación), donde cobra mayor importancia la necesidad de programas de cumplimiento normativo (*compliance*) para delimitar el ámbito de desenvolvimiento del principio de confianza, así como para fijar el entorno de los riesgos permitidos que posteriormente permitan analizar la existencia o no de defectos de organización frente a la amplia gama de normas jurídicas regulatorias hetero impuestas y dentro de ellas, las normas de prohibición penal. En cualquiera de los dos casos el *compliance* aparece efectivamente como necesario, en el primero dado que la mayor libertad de acción exige igualmente mayor grado de responsabilidad, no solo por exigencias de tipo moral, sino también porque será correlativamente mayor el margen de discrecionalidad de los jueces para definir aspectos como el incremento y realización de los riesgos permitidos; y en el segundo, dado que el efecto intimidatorio que pueda ejercer un entorno de controles asfixiante exige que las empresas adopten recaudos para prevenir y eventualmente enfrentar los elevados riesgos de responsabilidad normativa.

Desde otro punto de vista, si bien lo afirmado puede resultar fácil de asimilar, no parece serlo en cambio la relación existente entre principio de confianza y *compliance*, pues si aquel se asume en un sentido fuerte, resulta entonces contradictorio agregar al sistema normativo estatal uno adicional autoregulado -que eso viene a ser el *compliance*- pues ello supone más bien un debilitamiento de tal principio de confianza en la medida que al imponérsele mayores regulaciones, lo que se está enviando es precisamente el mensaje contario, esto es, que existe un grado de desconfianza en la actuación de los partícipes de la práctica

jurídico-económica, teniendo entonces que para la gran mayoría de actividades sociales basta que el principio de confianza y los riesgos permitidos sean establecidos en las normas jurídicas que establecen sus límites, pero en el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea necesario que esas normas se encuentren complementadas con otras de propia generación empresarial (*compliance*), más todavía si se tiene presente que para su implementación es necesaria la intervención de actores independientes, denominados *compliance officers*. Particularmente se considera que ambos postulados no son incompatibles y que por el contrario, es perfectamente posible superar la dicotomía auto-heteroregulación por un modelo ecléctico que bien podría denominarse de “co-regulación”⁵⁴ que permite un funcionamiento coordinado de ambas esferas regulativas con el objeto de alcanzar una mejor determinación de los ámbitos del principio de confianza y el riesgo permitido.

No puede dejarse de mencionar que para resolver esta aparente contradicción en la relación entre el principio de confianza y *compliance* puede también acudir a la teoría de los “riesgos especiales”⁵⁵, de acuerdo con la cual, las actividades de empresariales se adecuan a esta categoría, dadas sus particulares organizativas que implican una bien definida distribución del trabajo y de roles; así como sus objetivos concretos de obtención de lucro, para lo cual deben acudir a estrategias de mercado que les permitan ampliar su presencia y eliminar competidores, todo

⁵⁴ Denominación que se toma de KUHLEN, Lothar, “Cuestiones fundamentales de *compliance* y Derecho Penal”, en *Compliance y teoría del Derecho Penal*, VVAA, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, pp. 67-68

⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Deberes de vigilancia y compliance empresarial*, op. cit., pp.85-86.

lo cual genera una suerte de ambiente criminógeno propicio para la gestación, aprendizaje y reproducción de actividades ilícitas, tesis que a su vez tiene inspiración en estudios criminológicos como los de SUTHERLAND, con sus teorías de la Asociación Diferencial⁵⁶ y de la “delincuencia de cuello blanco”.

Una aplicación de la teoría de los riesgos especiales a la empresa considera que en presencia de estructuras organizadas que presentan elementos criminógenos como los descritos, decae el principio de confianza y se modifican las esferas de competencia de los individuos y en este caso, aún de la propia persona jurídica, las mismas que deben interactuar en base a dos deberes: uno de conocimiento de los actos y de prevención de las omisiones de terceros relacionados con la actividad de la empresa; y otro, de intervención en las esferas de competencia de esos terceros, con el objeto de evitar la producción de resultados lesivos o peligrosos a partir de sus actos u omisiones. Como se verá, asumir una tesis de estas características implica repensar casi por completo el contenido y funciones de las categorías estándar no solo del principio de confianza, sino además, de la responsabilidad por actos de otros, así como de los deberes de evitación y de competencia de la víctima, especialmente en la modalidad de la omisión. Sobre esto último, se puede afirmar que dada la menor complicación dogmática que representan los delitos comisivos dolosos bien pueden considerarse a ellos como el grupo de “casos fáciles” y los delitos omisivos imprudentes en cambio como el grupo de “casos difíciles”, donde resalta como especialmente problemática la posibilidad de derivar responsabilidad dolosa de la persona jurídica en los casos de defecto de organización

⁵⁶ SUTHERLAND Edwin, *Principios de Criminología*, Chicago University Press, Chicago, 1924

o incumplimiento de programas de *compliance* por actuación imprudente de los administradores.

Dos posibles objeciones que pueden hacerse a la aplicación de la teoría de los riesgos especiales son: en primer lugar, que preconcebir a la empresa como una estructura ontológicamente peligrosa presenta problemas de orden constitucional relacionados con los principios de igualdad y presunción de inocencia; y en segundo lugar, que existen también problemas de justificación del argumento al asumir de partida el peligro especial que caracterizaría a la actividad empresarial, pues ello constituye una falacia de petición de principio, donde se presupone aquello que se quiere demostrar, que en este caso es justamente la razón por la que es necesario reformular el contenido del principio de confianza.

El segundo problema a analizar tiene que ver con la posición de garante que asumen tanto la persona jurídica como sus propietarios, administradores y aún más, el denominado *compliance officer* como delegado por la administración para realizar tareas de seguimiento y control de la ejecución del programa de *compliance*. Al respecto, son varios los subproblemas que pueden formularse, de los cuales se extraerán tres: el primero relacionado con la justificación de la posición de garante en cabeza de tales individuos; el segundo con la naturaleza de los deberes asumidos por quienes ostentan la posición de garante; y el tercero, con la posibilidad de delegación de tales deberes hacia terceros denominados *compliance officers*. Finalmente se analizarán las posibles tensiones que podría ocasionar la ejecución del *compliance* con la garantía de derechos y principios constitucionales fundamentales de protección a los trabajadores.

En cuanto a lo primero, bien podría sostenerse de inicio, que establecer una posición de garante en cabeza de los propietarios, administradores o aún de terceros relacionados con el cumplimiento de las normas que regulan la actividad empresarial puede resultar sobreincluyente pues lo que verdaderamente se está haciendo es asignar de manera genérica obligaciones de control y vigilancia a determinadas personas por lo que hacen o dejan de hacer otras personas, quienes además y esto es determinante, son autorresponsables⁵⁷, lo que supondría desconocer precisamente el principio de autorresponsabilidad, así como el de competencia, éste último entendido desde el ámbito de separación absoluta de esferas competenciales específicamente para el campo del Derecho Penal, donde se busca que tales esferas interactúen exclusivamente a través de los deberes de solidaridad; lo cual no ocurre en otros ámbitos del Derecho y de la vida social, donde resulta incluso deseable que las esferas de competencia individual compartan la mayor cantidad de relaciones posibles.

Resulta entonces necesario encontrar una justificación para que esto funcione distinto en los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas y parecería ser que la teoría de los riesgos especiales a la que se aludió antes proporciona una explicación plausible en el sentido de que puede deducirse sin problemas de la noción de que las actividades empresariales constituyen en sí riesgos especiales, el hecho de que a su vez existan deberes especiales en cabeza de quienes tienen a su cargo la propiedad

⁵⁷ Aclaración que resulta necesaria pues la doctrina conoce y acepta de manera casi unánime casos donde a ciertas personas se les impone deberes especiales de cuidado respecto de bienes o de otras personas pero que son inimputables. Al respecto, SCHUNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Colonia, 1979, pp. 101 y ss. Citado por Silva Sánchez, op. cit., p. 83.

o administración, quienes al adquirir conocimiento de hechos defectuosos o potencialmente dañosos, tienen la obligación de intervenir en la esfera de competencia de quienes los están realizando y tienen el deber de impedirlos (lo que constituiría el incremento del riesgo permitido) para de esta manera evitar su realización.

Una justificación como esta, si bien supera los estándares de capacidad explicativa y de atractivo intuitivo, parte sin embargo de caracterizar a la empresa como genéticamente peligrosa, asunción que fue objetada antes por la tensión que podría presentar con los principios constitucionales de igualdad y presunción de inocencia, al que además se puede agregar ahora el de daño, lo cual resulta particularmente interesante en este punto, pues nuevamente, se estaría produciendo una mera transferencia de responsabilidad penal ajena hacia personas que si bien tienen deberes de orden laboral como la vigilancia y control, no deberían por ello ser sobreexigidos con la amenaza de sanciones penales por ese incumplimiento; al tiempo que existen buenas razones para sostener la implausibilidad moral de tal sobreexigencia⁵⁸.

Frente a ello, una posible justificación de la asignación de esta posición de garante en cabeza de los propietarios, administradores o aún, de los *compliance officers* podría encontrarse más bien en la aplicación normativa de un ejercicio de ponderación entre principios y derechos, según el cual, una ampliación de las nociones

⁵⁸ Al respecto, en la Filosofía Moral son múltiples los debates sobre los denominados “deberes positivos” o también conocidos como “deberes de buen samaritano”, donde la obligación de sacrificarse en beneficio de otros encuentra sus límites en el cuidado de la propia vida, noción que bien podría extenderse también al de la propia libertad personal.

tradicionales de la posición de garante resulta equivalente a la necesidad de protección de otros derechos y más concretamente, bienes jurídicos como los que se pretende resguardar imponiendo deberes especiales a individuos que encontrándose previamente advertidos, se colocan voluntariamente en tal posición de garante (competencia por asunción) y reciben como contraparte ya sea las utilidades que reporta la actividad empresarial o una remuneración que se fija precisamente en orden al grado de responsabilidad y consiguientes riesgos que asumen.

En el mismo orden de alcanzar una justificación más acabada sobre estos deberes especiales, algunos autores han intentado diferenciar la naturaleza de ellos, para lo cual los han dividido en deberes de protección y deberes de vigilancia, convirtiendo a los obligados por tales deberes respectivamente en “garantes de protección” o “garantes de vigilancia”⁵⁹, donde los casos paradigmáticos del primer tipo de garantes son los médicos que tienen a su cargo la protección de la vida y la salud de sus pacientes, de manera directa; y el segundo tipo de garantes tienen en cambio a su cargo la vigilancia de la tutela de otros derechos y bienes jurídicos, pero de manera indirecta o a través de estructuras organizativas con una estricta asignación de roles y división del trabajo, como en el caso de las actividades empresariales. Esta tesis ofrece el problema de que no existen criterios materiales que permitan fundar esta distinción, razón por la que se abre la posibilidad de la excesiva discrecionalidad al momento de caracterizar la posición de garante de una u otra manera, según se decida si lo que se están exigiendo son deberes de protección o de vigilancia.

⁵⁹ KAUFMANN, Armin, *Dogmática de los delitos de omisión*, trad de la 2ª edición de Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, 2006, pp. 297.

El tercer aspecto a tratar se relaciona con la posibilidad de delegación de los deberes de vigilancia y control de los propietarios y administradores de las personas jurídicas a actores independientes (*compliance officers*) lo cual ofrece al menos dos interrogantes: 1. ¿es posible delegar la posición de garante? y 2. En el evento de aceptarse la posibilidad de la delegación ¿cuáles son sus alcances?

Sobre la primera interrogante, lo que se discute es la fundamentación penal de una posible delegación de responsabilidad, bajo la premisa tradicional del carácter “personalísimo” y por lo tanto, indelegable de la responsabilidad penal. Existen sin embargo posiciones superadoras de este aparente dilema que sugieren la posibilidad de encontrar la fundamentación no de la delegación de la responsabilidad penal, sino de los deberes de control y vigilancia de las actividades empresariales, cuya naturaleza es extrapenal, en normas y principios generales del Derecho que posibilitan tal delegación⁶⁰, en cuyo caso los terceros delegados (*compliance officers*) adquieren la posición de garante mediante la figura de competencia por asunción, teniendo presente que generalmente en los delitos omisivos e imprudentes, tanto el dominio de la fuente de peligro, como los deberes de evitación de la realización de ese peligro provienen también de normas extrapenales (*lex artis*). Diferente es que se indague sobre la legitimidad de una eventual transferencia de responsabilidad penal propia de los propietarios o administradores hacia los *compliance officers*, así como sobre la necesidad de limitar el eventual exceso punitivo que pudiera suponer la imposición de sanciones tanto al delegante como al delegado de la posición de

⁶⁰ BERMEJO, Mateo G./ PALERMO, Omar, *La intervención delictiva del compliance officer*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, p. 180.

garante, para lo cual serán necesarios algunos criterios que se analizarán al responder la segunda interrogante.

Precisamente sobre este segundo aspecto, una vez aceptada la posibilidad de delegación de la posición de garante, corresponde delimitar el alcance de la responsabilidad penal de los *compliance officers* y para el efecto se considera que pueden ser útiles dos criterios, el primero relacionado con la teoría del dominio del hecho y el segundo, con la definición específica de su esfera de competencia. El primer criterio como se verá tiene relación con la participación del *compliance officer* en la conducta ilícita, aspecto que se analiza dentro del juicio de culpabilidad, donde habrá que determinarse en cada caso concreto la real capacidad de evitación del ilícito que puede exigirse a este tipo especial de garante, con lo que se abre una gama de posibilidades de atribución de responsabilidad penal, ya sea como autor o partícipe, donde a su vez surgen problemas como la autoría mediata (autor detrás del autor) o la aplicabilidad de la teoría del rol indiferenciado de omitente, según la cual en los delitos de omisión es irrelevante discutir sobre la distinción entre autor y partícipe⁶¹.

El segundo criterio en cambio se puede analizar desde la perspectiva del injusto (antijuridicidad), a partir de que si bien se puede aceptar esta condición especialmente riesgosa de la actividad empresarial y también la obligación del *compliance officer* de ampliar su esfera de competencia y asumir deberes de conocimiento e intervención en esferas de competencia ajenas, es necesario delimitar el campo de acción de dicha esfera de

⁶¹ El autor más representativo de esta teoría es ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 6° ed., 1998, p. 515, aunque reconoce alguna excepciones a esta regla.

competencia asumida, restringiéndola a la obligación de “dar conocimiento” a la administración de los hechos detectados, siendo éste por tanto el estricto ámbito de su intervención; limitación que impide entonces cualquier tipo de transferencia automática e indebida de la responsabilidad penal que conserva el propietario o administrador delegante de los deberes de vigilancia y control en cuanto a la ejecución de los programas de *compliance*, con lo cual se ha conseguido también el deseable objetivo de racionalizar el ejercicio del poder punitivo estatal.

Nada de lo enunciado hasta aquí pretende erigirse como solución acabada a los innumerables problemas que apenas se dejan enunciados y que demandarán sin lugar a dudas mayores y más profundas investigaciones, pues como se aprecia, la formulación de justificaciones y soluciones plausibles lo único que hace es abrir nuevas posibilidades de objeciones o conllevar la reformulación de las categorías dogmáticas estándar, al punto de quedar la duda de si tales replanteamientos no constituyen más bien una desnaturalización del sentido con el que se formularon.

Un problema final del *compliance* tiene que ver con aspectos que trascienden la mera discusión dogmática, en la que se ha pretendido enfatizar para ubicarse en el debate de aspectos relacionados con la aplicación de principios fundamentales del estado constitucional mismo y que por tanto, no pueden quedar fuera del presente trabajo, aunque no sea sino con carácter ilustrativo y se encuentra relacionado con el alcance de los programas de *compliance* que eventualmente pueden comprometer derechos laborales u otros derechos como la privacidad o el libre desarrollo de la personalidad de los trabajadores sometidos a investigaciones internas (*whistleblowing*), donde el verdadero peligro es que se produzca una expropiación del monopolio

estatal de la investigación penal, con la consecuente vulneración en cadena de gran parte de las garantías del debido proceso.

La incorporación de limitaciones y regulaciones de carácter tecnológico en los programas de *compliance* ha llevado por ejemplo a que se presenten intensos debates sobre la esfera de privacidad de los trabajadores dentro de la empresa, a partir de la posibilidad de utilizar cámaras de video, o de mantener interferidas las comunicaciones en aparatos de propiedad de la empresa, así como una amplia capacidad de registro, tanto de pertenencias como de información personal y posteriormente utilizar esta información para legitimar despidos. Por otro lado, la posibilidad de establecer mecanismos de investigación interna compromete seriamente principios como la prohibición de autoincriminarse, de contar con asistencia técnica de un abogado, de guardar silencio y más aún, de ser investigado o juzgado por jueces o funcionarios competentes, en aplicación del principio de que solo al estado le es lícito ejercer el uso de medios coactivos para el establecimiento de sanciones.

Frente a estos desafíos, se habla de la existencia de dos modelos de *compliance*, uno que resulta más compatible con los principios del estado constitucional y que busca la prevención de actividades ilícitas, a través del fomento de una cultura de cumplimiento del Derecho y de construcción del “buen ciudadano corporativo”; y otro mucho más orientado al control a través de la intimidación y la sanción (panóptico empresarial), que es muy proclive a distorsionar la verdadera función del *compliance*, para convertirse en herramienta de disciplinamiento y persecución, con evidente vulneración de derechos, en los términos antes señalados⁶².

⁶² Sobre la distinción entre estos dos modelos, así como las

A MANERA DE CONCLUSIÓN. ¿UNA NUEVA DOGMÁTICA PENAL PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS?

A lo largo del presente trabajo se han planteado los diferentes problemas que ofrece la posibilidad de justificar la atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas, pero aún aceptada ella, la falta de precisión existente sobre la escogencia del modelo de imputación que ha de regir esta forma de responsabilidad penal y más todavía, en caso de elegirse uno de ellos (el defecto de organización), la indeterminación de su ubicación en la teoría del delito, para finalmente mostrar las posibles tensiones y contradicciones que presenta uno de sus componentes fundamentales, el denominado *compliance*, tanto con las categorías de la teoría penal estándar como con principios fundamentales del mismo estado constitucional.

Este entorno ha llevado a que cierto sector de la doctrina postule la necesidad de elaborar una dogmática especial para la responsabilidad penal de las personas jurídicas, enfatizando en la noción de “culpabilidad constructivista”⁶³ que parece ser el escollo más difícil de sortear al momento de hablar sobre responsabilidad penal de los entes ficticios; sin embargo, poco o nada se ha dicho sobre otros aspectos concretos que debería proponer tal nueva dogmática, así como tampoco sobre el rol que desempeñaría el *compliance* y sus funciones dentro de tal teoría.

implicaciones de las investigaciones internas (*whistleblowing*) en los derechos de los trabajadores, MASCHMANN, Frank, “Compliance y derechos del trabajador”, en *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, pp. 147 y ss

⁶³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Autoorganización empresarial y autoresponsabilidad empresarial”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-05-2006.

Con este propósito y una vez más, partiendo de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos de LUHMANN, se dirá que la empresa, pero no cualquier empresa, sino exclusivamente aquella entendida como un sistema complejo de actividades económicas y humanas ampliamente diversificadas y con un esquema definido de roles para sus diferentes integrantes, siempre que establezca entre tales componentes un conjunto de relaciones de comunicación dinámica, capaz de generar valores propios o sea, autónomos de los valores individuales de sus integrantes y que por tanto definan una identidad propia a través de una cultura organizacional, se encuentra dotada de las características especiales de autoadministración, autoconducción y autoorganización, pues se considera que tal cultura organizacional puede actuar de manera relativamente independiente a los designios de cada uno de sus miembros.

Si esto es verdad, se genera entonces un sistema de decisiones así mismo relativamente autónomo⁶⁴ que a su vez exige de un sistema de vinculación a esas decisiones con las mismas características y ello solo es posible mediante la construcción de una suerte de “código del sistema” basado en determinadas premisas de decisión que se van produciendo y reproduciendo a lo largo del tiempo y con las vicisitudes de la práctica, obviamente condicionadas por las normas heteroimpuestas que regulan la actividad empresarial de que se trate. Estas premisas a su vez operan para la organización de manera análoga a como lo hacen los principios y las reglas de una Constitución para un estado, es

⁶⁴ Se insiste en el término “relativamente” pues genuinamente se considera imposible llevar al extremo un criterio de independencia absoluta del sistema aún en contra de la voluntad de sus propietarios o administradores.

decir, dan carta de nacimiento a la organización, la estructuran y establecen el conjunto de prerrogativas, funciones, facultades y límites de sus integrantes y por ello, deben estar dotadas de cierta estabilidad y rigidez que dificulte la posibilidad de que sean cuestionadas y reemplazadas con excesiva facilidad.

Solo si se acepta esta manera de funcionar, se puede avanzar a la consideración del sistema empresarial como un aparato cognitivo verdaderamente autónomo desde el punto de vista organizativo, capaz de expresar actos propios susceptibles de ser jurídicamente valorados mediante imputación penal; es decir, solo así se puede estructurar seriamente la noción del tan repetido modelo de culpa por defecto de organización, donde el *compliance* tenga una función integradora que provea el código del sistema o el análogo a la Constitución si se quiere, pues en él deberían contenerse las premisas de decisión (en lenguaje del código del sistema) o los principios y reglas (en términos de Constitución) a los que deben conformarse las actuaciones del sistema en sí mismo, así como de sus integrantes (propietarios, administradores, trabajadores, etc.), cuya fuerza vinculante radique en obligación *prima facie* que tienen todos sus integrantes, de someterse al Derecho –en este caso bajo la forma de coregulación a que se hizo referencia en otra parte de este mismo trabajo- y la correlativa sanción (administrativa, civil o penal) a que se exponen en caso de quebrantamiento de sus previsiones, en el ámbito penal, mediante la constatación de que tal hecho ha dado lugar a una actuación defectuosa en el ámbito de organización, donde además se aprecia con claridad que la función esencial de la pena es la vigencia, tanto de esa norma vulnerada como de la norma social protegida (bien jurídico tutelado), independientemente de las otras funciones conocidas de comunicación de desaprobación social y de pretensión disuasiva.

La construcción de una dogmática penal especial sobre estas bases supondría igualmente un cambio de paradigma epistémico, pues tornaría innecesario analizar, como actualmente se lo hace con las categorías estándar, la ubicación y características de esta forma de responsabilidad penal en la así denominada Teoría del Delito y por otra parte, obligaría a construir nuevas categorías superadoras de los métodos de análisis tradicionales sobre aspectos como la causalidad, autoría e imputación objetiva y en esta última, especialmente sobre los conocimientos especiales y la prohibición de regreso, principalmente cuando deba analizarse la responsabilidad penal de los *compliance officers*.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁVILA** Santamaría, Ramiro, “La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal”, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2013.
- BACIGALUPO**, Enrique, “Compliance y Derecho Penal. Prevención de la responsabilidad de directivos y de empresas”, Hammurabi, 2012.
- BACIGALUPO**, Silvina, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Bosch, Barcelona, 1998.
- BERMEJO**, Mateo G./ Palermo, Omar, “La intervención delictiva del compliance officer”, en “Compliance y Teoría del Derecho Penal”. AAVV, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- BOCK**, Dennis, “Compliance y deberes de vigilancia de la empresa”, en “Compliance y Teoría del Derecho Penal”. AAVV, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- CASAS** Ismael y Álvarez Manuel, “¿Sirve de algo un programa de compliance penal?...” disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2903/documento/articuloUM.pdf?id=2974>.
- FEINBERG**, Joel, “Abortion”, disponible en <http://www.ditext.com/feinberg/abortion.html>.
- FERRAJOLI**, Luigi. “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, Estudios Constitucionales, Año 6, No. 1, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Chile, 2008, pp. 337-343, disponible en http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano6_1/Laesfera17.pdf,

- FERRAJOLI, Luigi. “Los Fundamentos de los derechos fundamentales”. Trotta, Madrid, 2005.
- FERRI-RICCHI, Amedeo, “El Contrato de Swap como tipo de derivado”, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Mercantil, Madrid, 2013, disponible en <http://eprints.ucm.es/22814/1/T34726.pdf>.
- GARGARELLA, Roberto. “De la injusticia penal a la justicia social” Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Bogotá, 2008.
- GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2006, No. 8-05, disponible en <http://criminet,ugr.es/recpc>
- JAKOBS, Gunther, “La Imputación Objetiva en Derecho Penal”, Trad. Manuel Cancio Meliá, 4ta. reimpresión, Ad Hoc, Buenos Aires, junio de 2009.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, “Tratado de Derecho Penal, Parte General”, Trad. Miguel Olmedo Cardenete, Quinta edición, Comares, Granada 2002.
- KANT, Emanuelle, *Metaphysik der Sitten* 1797, Cfr: SÁNCHEZ DE LA TORRE en Domingo (dir), *Juristas Universales*, II, Madrid-Barcelona, 2004.
- KAUFMANN, Armin, “Dogmática de los delitos de omisión”, trad de la 2º edición de Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, 2006, pp. 297.
- KUHLEN, Lothar, “Cuestiones fundamentales de *compliance* y Derecho Penal”, en “Compliance y teoría del Derecho Penal, VVAA, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, pp. 67-68

- LUHMANN**, Niklas, “Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general”, Anthropos, Barcelona, 1998.
- MASCHMANN**, Frank, “Compliance y derechos del trabajador”, en “Compliance y teoría del Derecho Penal”, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.
- NIETO MARTÍN**, Adán, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, en “Compliance y teoría del Derecho Penal”, VVAA, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.
- PASTOR R**, Daniel, “La discusión actual en torno de la culpabilidad”, en “Problemas actuales de la Parte General del Derecho Penal, VV.AA”, Ad Hoc, Buenos Aires, noviembre de 2010.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**, “Diccionario de la Lengua Española”, 22ª publicación, 2001, disponible en <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>.
- ROXIN**, Claus “Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal”, 6º ed., 1998, p. 515, aunque reconoce alguna excepciones a esta regla.
- _____, “La imputación objetiva en el Derecho penal”, IDEMSA, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ**, Jesús María, “Deberes de vigilancia y compliance empresarial”, en “Compliance y Teoría del Derecho Penal”. AAVV, Marcial Pons, Madrid, 2013
- SUTHERLAND** Edwin, “Principios de Criminología”, Chicago University Press, Chicago, 1924
- VARELA**, Francisco J.; & **MATURANA**, Humberto R., “De máquinas y seres vivos: Una teoría sobre la organización biológica”, Ed. Universitaria, Santiago de Chile, 1973.

LINKOGRAFÍA

http://www.academia.edu/3480864/El_caso_Enron_Fracaso_de_una_de_las_empresas_mas_poderosas_de_estados_unidos

<http://fraudescontables.blogspot.com>

<http://escritosderechopenalcamiloenciso.v.blogspot.com/2013/05/grandes-fraudes-financieros-lecciones.html>.

<http://interamerican-usa.com/articulos/Gob-Corp-Adm/Art-Parmalat.htm>

<http://queaprendemoshoj.com/el-caso-jp-morgan-que-fue-lo-que-sucedio-realmenteii/?preview=true#.T7wjX0Vp5nA>

http://www.academia.edu/3667747/Caso_Siemens

<http://www.elmundo.es/elmundo/2013/09/17/economia/1379407595.html>

<http://www.expansion.com/2014/08/07/empresas/banca/1407392156.html>

<http://perspectivasinternacionales.javerianacali.edu.co/pdf/6.1-07.pdf>,

**CONSTITUCIÓN SIN CONSTITUCIONALISMO.
PROBLEMAS SOBRE LOS LÍMITES Y CONTROLES
AL PODER EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA
DEMOCRACIA DE DERECHOS EN ECUADOR**

PAÚL CÓRDOVA VINUEZA¹

RESUMEN

¿Por qué razones jurídicas la Constitución de 2008 se caracteriza por la concentración y centralización del poder? y ¿Cuáles son sus factores estructurales que menoscaban el desarrollo de una democracia constitucional y de los derechos iusfundamentales? A partir de estas interrogantes, el autor considera que la vigencia de un presidencialismo híper-poderoso aminora la formación de un sistema equilibrado de pesos y contrapesos institucionales y fractura la separación de poderes para la plena vigencia de un Estado republicano. Argumenta que los controles y límites al poder son el desafío pendiente del constitucionalismo ecuatoriano.

PALABRAS CLAVE:

Constitución de 2008, Derecho Constitucional, poder, controles, contrapesos institucionales, presidencialismo.

¹ Profesor de la Universidad Central del Ecuador

ABSTRACT

Why legal reasons the 2008 Constitution is characterized by the concentration and centralization of power? and What are the structural factors that undermine the development of a constitutional democracy and iusfundamentales rights? From these questions, the author considers that the existence of a powerful hyper-presidentialism reduces the formation of a system of institutional checks and balances balanced and fracture separation of powers to the full force of a republican state. In response, it maintains that controls and limits on the power are the pending challenge of the ecuadorian constitutionalism.

KEY WORDS:

Constitution 2008, Constitutional law, power, controls, checks and balances, presidentialism.

INTRODUCCIÓN

El programa político encerrado en la Constitución de 2008 es un arquetipo normativo que protege al poder y lo ofrenda protagónicamente sobre los individuos, los derechos, las libertades y las garantías de la democracia sustancial. El derecho de la Constitución agrupado en ella es el baile de una máscara única, dominante, sin limitaciones ni restricciones más que las que proporcionan su propio *leitmotiv*: el baile del rostro del poder controlado por sí mismo.

El objetivo general del presente análisis es interpretar, desde una perspectiva de los fundamentos conceptuales, filosóficos y la dogmática del Derecho de la Constitución y el Derecho Constitucional del poder, los enfrentamientos e incompatibilidades del modelo forjado en la Carta Fundamental de 2008 con respecto al Estado constitucional y las proposiciones necesarias para una democracia republicana.

Como pregunta generadora del estudio se formuló la siguiente: ¿Qué ocurre cuando el Derecho Constitucional ecuatoriano contemporáneo conforma un orden estatal con poderes máximos para la autoridad presidencial que rebasan los límites y superan los controles para la convergencia de un poder hegemónico? A partir de esa pregunta utilizada como hipótesis de análisis, este trabajo se propone indagar como ámbito de reflexión y escritura al Estado ecuatoriano y dentro del marco de ordenación prescrito por el sistema de su Constitución, pero con una delimitación temporal del período 2008-2016 para desarrollar, genuinamente, inferencias susceptibles de tipificar los problemas del derecho constitucional para la vigencia del Estado constitucional de derechos y justicia.

La hipótesis empleada radica en señalar que los controles al poder giran en torno a su propia confiscación: el modus operandi del Ejecutivo desafía la infraestructura institucional del Estado para hacerla frágil mediante difusos artificios de poder influyentes que catapultan el ejercicio gubernativo arbitrario como el principal orden estatal. El carácter tortuoso, conflictivo e intermitente del constitucionalismo ecuatoriano se explica por la escasa institucionalización de la separación de funciones y la volátil división de funciones de los poderes del Estado. Desde allí se regula y contiene a las inercias institucionales de un presidencialismo que prefigura un poder hegemónico que constituye un campo político colonizado por pragmáticas del poder abusivo. El constitucionalismo² ecuatoriano subyace sometido a la dominación estructural del Ejecutivo que no permite prorrumper las dimensiones emancipatorias de la democracia de derechos y la gramática republicana en que aquella podría sostenerse.

El plan de labor se extiende de distintos componentes. Este trabajo computa brevemente el relato constitucional de varios autores sobre el programa presidencialista y sus consecuencias en el Estado constitucional. También aborda el agotamiento del Legislativo en sus capacidades sustanciales para la vigencia de una república democrática y ensaya la dimensión del poder del presidente y el Ejecutivo en distintos ámbitos de la vida político-constitucional para identificar las regularidades y rupturas tanto

² Para el presente estudio, entiendo por constitucionalismo al conjunto de elementos normativos, históricos, institucionales y culturales que permiten a la Constitución alcanzar su fuerza normativa y contribuyen al establecimiento de un sistema republicano de pesos y contrapesos institucionales para la separación de funciones, los controles y límites al poder.

del propio sistema constitucional como las causadas por este en perjuicio de las perspectivas del Estado constitucional y la democracia de los derechos, *lato sensu*.

El diseño orgánico del Estado ecuatoriano presenta elementos que afectan la independencia de los poderes del Estado y no permite el desarrollo democrático de los contrapesos institucionales. Las condiciones de ese modelo institucional dificultan la vigencia de garantías para los derechos y libertades y promueve los abusos de poder. El esquema estatal corresponde a un presidencialismo híper-poderoso que debilita la institucionalidad democrática, promueve un ejercicio gubernativo con límites y controles que no funcionan para contener el poder descomunal de la máxima autoridad y reafirma una vocación institucional del Ejecutivo por interferir en las competencias de los órganos del poder público y predominar sobre la institucionalidad estatal.

Esta contribución concentra su objeto en el señalamiento de que el poder es un elemento constituyente no natural del Estado. Al mismo tiempo, problematiza la concepción del poder como fundamento del Estado: fundamento (raíz) porque genera la expresión de los individuos que cumplen el desempeño de autoridades y sus competencias; y, fundamento (razón) porque se debe a motivaciones regladas y reguladas por la norma máxima. Al ser el poder uno de los factores determinantes de la vida estatal, en sus distintos despliegues puede imperar una prevalencia del poder no controlado y no limitado que afectaría negativamente la realización progresiva de las reglas que ordenan la vida en comunidad jurídica. Para ello, el sistema constitucional debería prever mecanismos de control que subordinen el poder a los principios y valores constitucionales.

El presente estudio examina el discurso que ofrece el Derecho de la Constitución y las variaciones que pueden detectarse entre su discurso teórico y su consecuente concreción empírica. Sostengo que el Derecho de la Constitución en una democracia constitucional está encausado por dos axiomas centrales: i) resguardar la estructura del texto como derecho supremo y ii) consagrar la subordinación del Estado a la estructura normativa de la Constitución. La realización de la carta suprema es dotar de una realidad organizada y organizadora a toda actividad estatal. Por ello, la determinación y producción jurídica del Estado se fundamenta sobre la primacía de la norma máxima. Supremacía y garantía están unidas indisolublemente porque el ordenamiento jurídico requiere que la Constitución acumule para sí misma la exclusividad y predominio en el sistema de fuentes.

En la regulación de los poderes públicos, la democracia constitucional constituye también un elemento propiciador de su garantía por cuanto al disponer de mecanismos de control al poder para que su primacía no pueda ser afectada por las intervenciones de los actores político-institucionales o la aprobación de normas infraconstitucionales o subconstitucionales. Cuando el poder Ejecutivo se somete a un proceso de ordenación para la realización de atribuciones constitucionales y legales, también prescribe que los demás poderes constituidos guarden la preeminencia normativa de la supremacía constitucional.

La regla suprema de ordenación institucional prefigura el contenido fundamental de los actos del poder para resguardar la regulación y la realización de la fuerza del Estado, todo lo cual debe permanecer en la aplicación de los enunciados constitucionales. Aquella fuerza se exterioriza por intermedio de los procedimientos reglados del poder público.

El aseguramiento de la Constitución, como representación de la racionalización de la fuerza y el poder del Estado, consiste en permanecer y perdurar allende las dinámicas políticas para la supervivencia del sistema constitucional. Y allí la regla suprema se presenta como garantía para señalar las previsiones de los poderes públicos y los agentes estatales que intervienen y la cantidad de cautelas que la posibilitan. Dada la complejidad e inestabilidad que puede provocar los actos de los poderes políticos, la estructura de normatividad positiva controla que las acciones u omisiones de algún poder, órgano estatal o de un particular puedan incurrir en repertorios no regulados. Prestando atención a lo dicho, las atribuciones del control al poder son también una garantía de su preeminencia normativa. Por lo expuesto, la democracia constitucional y la defensa de la división de poderes deben ser consideradas como garantías constitucionales.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El Derecho Constitucional latinoamericano ha brindado múltiples estudios y aportes sobre la vigencia del presidencialismo en la región y sus efectos nocivos para la democracia constitucional. En el presente artículo, utilizo la categoría presidencialismo para referirme a un sistema de gobierno caracterizado, según ALEGRE, por la personalización del poder y su concentración, que fomenta una cultura autoritaria, “debilita a las democracias para enfrentar la corrupción, condena a la hipocresía de mandatos vulnerados y al monólogo de presidentes imperiales” (ALEGRE, 2008, “Democracia sin presidentes”, 71).

Este sistema se ha presentado como un obstáculo para las democracias de la región por sus problemas en los diseños

institucionales y orgánicos de concentración del poder.³ ZAFFARONI lo resume en una pregunta: “¿Hasta dónde es racional un sistema que concentra las funciones del jefe de gobierno y del jefe de estado en una persona?” (ZAFFARONI, 2008, “Elogio al parlamentarismo”, 74).

Algunos autores prefieren hablar de hiperpresidencialismo como forma de gobierno exacerbada del presidencialismo, pero coinciden en dos aspectos: por un lado, si los presidencialismos son defectuosos, los hiperpresidencialismos son hiperdefectuosos; y, por otro lado, ambos concentran buena parte de las expectativas políticas del electorado en una sola figura –el presidente– (GARGARELLA, 2008, “Piedras de papel” y silencio: la crisis política argentina leída desde su sistema institucional”, 80)

Las advertencias también han sido esbozadas por autores como Hernán SALGADO PESANTES que ha manifestado lo siguiente:

En general, en la práctica político constitucional de muchos países de nuestra región no se aplicó

³ Este tipo de diseño es definido por Lucas Arrimada de la siguiente manera:

Un sistema institucional y una idea de división de poderes claramente elitistas, con gran desconfianza en el debate público, la participación ciudadana y las decisiones mayoritarias, limitando a sus representantes en el Poder Legislativo (...)y, por último (frecuentemente), con un Poder Ejecutivo que (si bien “reducido” en comparación a su antecesor monarca absoluto) cuenta con facultades que lo hacen temible y pasible de ser considerado un monarca constitucional (cuando no un tirano o dictador constitucional) (ARRIMADA, 2008, “Derecho, moral y política. Derecho constitucional, moral institucional y política democrática: sobre frenos, puentes y motores en la democracia deliberativa”, 91).

la división de poderes a causa de la hegemonía presidencial, ahora será menos, ésta tiene como efecto borrar los límites entre los tres clásicos poderes y de los demás organismos; en este contexto, que presupone la existencia de autoritarismo, ya no es posible que cada institución ejerza sus funciones en el ámbito de sus competencias, sin interferencia del otro. (...) Como se dijo al analizar el modelo presidencial norteamericano, la separación o división de poderes debía enmarcarse en un ámbito de equilibrio, no se consideró conveniente que un poder predomine sobre otro. Además, la división de poderes no significaba un aislamiento de los poderes, por el contrario debía existir una eficaz colaboración entre ellos. Poderes independientes pero estrechamente vinculados para alcanzar los fines del gobierno político (2010, “Autoritarismo e hiperpresidencialismo en el Ecuador. La democracia plebiscitaria como forma de gobierno”, 102).

La diversa literatura constitucional ha evidenciado las dificultades que forma el presidencialismo para las expresiones del constitucionalismo contemporáneo y el Estado constitucional, precisamente, para también insinuar los conflictos democráticos que se suscitan frente a los controles y límites que no coadyuvan a la división de funciones y a la separación de los poderes.

LA FRACTURA INSTITUCIONAL DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA Y SU DEBILITAMIENTO CONTROLADO

El presidencialismo extremo que ha adoptado el constitucionalismo ecuatoriano se perfila por reducir las capacidades de legislación y fiscalización del Parlamento Nacional –llamado en la actualidad como Asamblea Nacional-, así como en disminuir sus atribuciones constitucionales en aspectos de relevancia estatal como la designación de autoridades nacionales, y en acortar al máximo sus intervenciones en la definición y control a la implementación de las políticas públicas.

La elaboración y aprobación de leyes tienen escasos mecanismos de deliberación pública entre el Ejecutivo, el Legislativo y las organizaciones sociales, tampoco se aprecia que existan procesos institucionales que permitan procesar las diferencias entre las bancadas políticas que no forman parte del gobierno y aquéllas que son parte del sector oficial.

Por otra parte, además de que el diseño institucional previsto en la Ley Fundamental de 2008 ha mermado las atribuciones de fiscalización y control político del Parlamento, sus acciones de legislación han incluido procedimientos que han afectado sus capacidades de debate y deliberación pública de los grandes temas nacionales y de las principales leyes que contribuirían a la implementación de la Norma Máxima actual. En esta misma perspectiva coincide Enrique AYALA MORA cuando sostiene que las leyes han sido aprobadas con escasos debates, procedimientos sumarios y exiguos esfuerzos de la tendencia mayoritaria representada en la Asamblea para escuchar las posiciones contrarias y distintas (AYALA MORA, 2015, *¿Por qué la Asamblea Constituyente?*, 39).

Las tareas de producción y reforma legal han perdido la calidad deliberante de la Legislatura, que generalmente en la tradición política del Parlamento tuvo el siguiente desempeño institucional:

(...) siempre ha discutido y votado las leyes artículo por artículo y con la participación de todos los legisladores. (...) El procedimiento de deliberación artículo por artículo se mantuvo invariable durante toda la vida republicana. Permitía un conocimiento de lo que se debatía; sobre todo, dejaba en claro la postura y la responsabilidad de cada legislador. (...) La capacidad deliberante de la Legislatura, es decir la discusión y votación artículo por artículo, era una garantía fundamental no solo de los legisladores, que podían ejercer ampliamente su función de mandatarios de la voluntad popular, sino de la ciudadanía toda, que tenía el derecho de conocer cómo se legislaba (AYALA MORA 39-42).

Lo que sí es posible identificar en el funcionamiento del Parlamento es que a pesar de que los proyectos de ley pueden aprobarse en distintos debates en las comisiones especiales y ocasionales, y a continuación en debate realizados en el Pleno de la Asamblea, el procedimiento empleado para la votación por el informe del cuerpo legal y el conjunto de su articulado lo que hace es restar las posibilidades democráticas de debatir, discrepar y deliberar de los legisladores para incorporar cambios puntuales y aportes específicos a lo que podría ser una revisión y votación de artículo por artículo de un proyecto legal que podría mejorar su contenido, en lugar de una votación en bloque de una ley y su informe. Además que el procedimiento empleado lo que haría

es restar las opciones de la ciudadanía de informarse y proponer modificaciones sustanciales a ciertas partes o elementos de un artículo para mejorar su estructura.

No se trata de decir que está prohibida la presentación de observaciones de legisladores, organizaciones sociales o la ciudadanía en general para la preparación de un proyecto de ley, su debate o su aprobación; ergo, el problema reside en que la discusión y votación de cada artículo en un cuerpo legal permite una legislación con mayor calidad en el debate y en la producción jurídica hacia la perspectiva de profundizar su argumentación constitucional, lo cual no ha sido garantizado en el funcionamiento del ente parlamentario.

Otro elemento que influye en la reducción de las capacidades deliberativas y de discusión de la Asamblea Nacional en el quehacer legislativo es el excesivo protagonismo del ponente o presidente de la comisión que se encargó de tramitar el proyecto de ley, lo cual supone también disminuir las tareas de discusión y participación de los integrantes de una comisión para aprobar o negar los cambios que se propongan en el debate de un proyecto de ley. Las posibilidades de discutir la fundamentación, motivación y argumentación en la construcción de una ley se acortan porque no están plenamente garantizadas cuando en su preparación se las reduce a la presentación y simple revisión de observaciones sin mayores profundizaciones de su discusión y pertinencia.

Ahora bien, el modelo de restricción de los debates políticos y públicos en la aprobación de los proyectos de ley y la contracción de las capacidades deliberativas de la Asamblea con la sociedad están expresados en los contenidos de la Ley Fundamental, en su Art. 137, cuando define las pautas para el procedimiento

de aprobación parlamentario de las leyes sin prever de garantías participativas amplias e incluyentes para asegurar la argumentación constitucional en la producción legislativa mediante el intercambio razonado de razones públicas hacia la protección de derechos.

Coincido también con AYALA MORA, cuando sostiene que “la Constitución centra el peso del debate legal en la comisión más que en el pleno de la Asamblea Nacional. Y así, en efecto, se estableció en la Ley Orgánica de la Función Legislativa” (43-44). Las dificultades que encuentro de esta constatación son básicamente dos para el fortalecimiento de la democracia constitucional y las atribuciones que le corresponden al Parlamento en aquella: i) cuidar la garantía de la reserva legal en el quehacer legislativo para permitir la participación plural y diversa de las fuerzas políticas presentes en la Legislatura en la aprobación de nuevos proyectos y en la reforma de leyes; ii) velar por la defensa constitucional al momento de legislar para hacerlo en total armonía con sus principios, valores y reglas porque de los proyectos de ley nuevos y reformatorios depende el desarrollo de los mandatos constitucionales con la finalidad de contribuir a la estabilidad constitucional que puede ser disminuida en los contenidos reglamentarios y los procedimientos establecidos por actos normativos y administrativos infraconstitucionales.

Más allá de que se reconozcan disposiciones constitucionales y legales para que los proyectos de ley puedan ser aprobados en varios debates, comisiones generales para recibir a organizaciones sociales, esfuerzos mínimos de socialización, presentación de observaciones y otras previsiones normativas, lo cierto es que el modelo constitucional contemplado para el andamiaje de la Asamblea Nacional en su quehacer legislativo no promueve ni

garantiza la deliberación pública sustantiva, tampoco posibilita la promoción de un diálogo incluyente, diverso y plural con los sectores distintos-contrarios para el debate de las leyes, y los elementos analizados *ut supra* configuran formalidades de trámite que no constituyen garantías políticas de participación para el desarrollo de la democracia constitucional en las responsabilidades legislativas.

Por otra parte, la Norma Suprema de Ecuador define como atribución de la Asamblea Nacional la siguiente: fiscalizar los actos de las Funciones del Estado y otros órganos del poder público, así como requerir información de los servidores públicos que considere necesarios⁴; es decir, la atribución fiscalizadora y de control político debe ser una atribución implementada por el conjunto del órgano parlamentario y no como una atribución específica de cada legislador que le permitiría ejercerla directamente y sin depender del ente al que forma parte o de su máxima autoridad.

En esta misma perspectiva de debilitar su rol fiscalizador, la norma orgánica de la Asamblea establece que la Comisión de Fiscalización sea la encargada de procesar las acciones de fiscalización y control político, concentrando estas tareas en esta instancia parlamentaria, dejando la intervención del Pleno del organismo solamente para aquellos casos que sean autorizados por la Comisión. Finalmente, todos los pedidos de información de los legisladores deben ser conocidos y aprobados por la máxima autoridad del parlamento para que puedan ser ejecutados, caso

⁴ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. IV, “Participación y organización del poder”, cap. II, arts. 120, numeral 9, Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008.

contrario, sin la intervención de la máxima autoridad, no son procedentes los pedidos de información de los legisladores para su ejercicio fiscalizador y de control político.

Pese a estas disposiciones constitucionales que limitan las atribuciones de la Función Legislativa para el desarrollo del control político hacia la Función Ejecutiva, tampoco se aprecian atribuciones contundentes en materia de fiscalización y corresponsabilidad para el seguimiento de la política pública en normas infraconstitucionales.

Una de las tesis centrales en la obra de Diego VALADÉS consiste en la existencia de una garantía política como principio constitucional que asegure las condiciones republicanas para que los poderes se controlen. Este autor define “como principio de garantía política el conjunto de procedimientos parlamentarios (o congresuales), basados en reglas específicas o en principios generales, que tiene por objeto el ejercicio de controles políticos entre los órganos del poder conforme a las facultades de las que están investidos en un sistema democrático y representativo” (VALADÉS, 2011, “La garantía política como principio constitucional”, 1263).

Lo relevante en el pensamiento de este autor es destacar que en una democracia constitucional, sin excepción, el poder está sujeto a controles de los que puedan derivarse responsabilidades políticas. En consecuencia, cuando los agentes del poder no están sujetos a controles no pueden responder por sus responsabilidades políticas. Más concretamente, puedo señalar que no basta con la existencia de controles exiguos y límites insuficientes porque esto también puede significar que la contención al poder no es real ni puede asegurar la vigencia del Estado constitucional.

Para sustentar esta afirmación, es pertinente el siguiente aporte de VALADÉS:

(...) Considero que la vertiente complementaria de esa expresión del constitucionalismo contemporáneo es el *constitucionalismo de la responsabilidad*, o sea el que tiene que ver con las obligaciones de quienes ocupan la titularidad de los altos cargos de Gobierno y de quienes desempeñan funciones de representación política.

(...) En un Estado constitucional, el poder es regulado de diferente manera según se trate de mecanismos relacionados con la lucha por el poder (sistema electoral), la lucha contra el poder (sistema judicial) o la lucha en el poder (sistema de gobierno). (1262).

El control del poder se profundiza mediante una férrea separación de poderes y funciones que permita la fiscalización y control político hacia la autoridad más fortalecida en sus atribuciones y competencias: el presidente de la república. Sin embargo, la estructura constitucional no asegura una organización institucional con división de poderes propicia para su control y límites.

El perfil orgánico de la fiscalización en la Constitución y normas infraconstitucionales mantiene en estado de desvalorización el rol de la Asamblea Nacional porque en la práctica sus mecanismos configuran la prevalencia del Ejecutivo y un desequilibrio político de este con respecto al Legislativo.

Según la descripción de AYALA MORA, las comisiones de la Asamblea pueden convocar a ministros y distintos funcionarios

para que informen de su gestión, pero eso no necesariamente eso trasciende a acciones de control político por parte del Pleno de la Asamblea. También manifiesta que la Comisión de Fiscalización del ente legislativo no puede investigar denuncias y lo que hace es tramitar solicitudes de juicio político, para lo cual operan las decisiones de la mayoría al interior de esa Comisión (49).

En otras palabras, el derecho y deber constitucional de los legisladores se reduce a las dinámicas de una comisión legislativa que no representa la máxima instancia de decisión de la Asamblea y tampoco debería limitar los efectos amplios de la fiscalización y el control político. Otra limitación estructural consiste en que las normas constitucionales y legales sobre esta materia describen a ciertos servidores públicos como sujetos a fiscalización y control político y, de esta manera, terminan por exceptuar a otros que deben estar expuestos a estos procedimientos como una forma de garantizar los derechos de la ciudadanía a ser informada y hacia el cumplimiento del rol político de la Asamblea para ejercer un contrapeso a los órganos del poder público.

Para concluir esta sección, la visión reductora en este tema que se encuentra en la Ley Fundamental y en la normativa de la legislatura es que la atribución fiscalizadora le es conferida a la institucionalidad en lugar de ser reconocida al desempeño directo de cada legislador, lo cual ha condicionado hasta las solicitudes de información pública que pueda presentar cada asambleísta en el ejercicio de sus funciones. De ahí que se consagra el desprecio a los dispositivos fiscalizadores y de control político hacia las autoridades y entidades del servicio público.

LA OMNIPRESENCIA DOMINANTE DEL EJECUTIVO EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

En el caso de la Constitución ecuatoriana, se establece que el Ejecutivo ejercerá las atribuciones de rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales y planes que se creen para ejecutarlas⁵. Este rol central del Ejecutivo carece de mecanismos de corresponsabilidad para el seguimiento y fiscalización política por parte de la Asamblea Nacional por los aspectos señalados en sus debilidades institucionales de control político; a eso se debe añadir que la Asamblea Nacional no tiene ninguna atribución constitucional en la aprobación del plan nacional de desarrollo, en su discusión para formularlo ni tampoco puede vigilar su correcta ejecución, todo lo cual se agudiza más por la determinación constitucional de su Art. 147, numeral 3, que le confiere al Presidente el deber de “definir y dirigir las políticas públicas de la Función Ejecutiva”.

Si bien el parlamento ecuatoriano tiene la atribución constitucional de aprobar el presupuesto general del Estado y vigilar su ejecución⁶, no tiene una atribución constitucional o legal para su participación en el diseño o responsabilidad de seguimiento en la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo; y la importancia de este radica en que es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos, la programación y ejecución del presupuesto del Estado; la inversión y asignación de los recursos públicos; y la coordinación de las competencias

⁵ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], Art. 141, último inciso.

⁶ *Ibid.*, Art. 120, numeral 12.

exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados.⁷

La discusión no está en la importancia y necesidad de que el Estado tenga capacidades de planificación hacia las políticas, el problema reside en las omnipresentes competencias del Ejecutivo en el plan que formula y define las políticas públicas nacionales y las nulas capacidades de participación de otras Funciones como el Legislativo; pero, además, señalar las escasas condiciones de intervención de los gobiernos subnacionales en la preparación de las políticas públicas frente a la extrema intervención del Ejecutivo en la definición y ejecución de las políticas que forman parte de los distintos niveles subnacionales de gobierno, todo lo cual puede identificarse en el deber constitucional del Presidente previsto en el Art. 147, numeral 4, de “presentar al Consejo Nacional de Planificación la propuesta de Plan Nacional de Desarrollo para su aprobación”.

Incluso, si bien el Ejecutivo tiene la atribución de presentar anualmente a la Asamblea Nacional el informe sobre el cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo y los objetivos que el gobierno se propone alcanzar durante el año siguiente⁸, no existe atribución constitucional expresa para que la Asamblea pueda evaluar y fiscalizar la implementación del Plan ni tampoco señalar observaciones sobre su seguimiento e incumplimiento. Los deberes constitucionales del ente parlamentario que más podrían tener relación con el tema en análisis son los previstos

⁷ *Ibíd.*, Art. 280. El Plan Nacional de Desarrollo es de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores.

⁸ *Ibíd.*, Art. 147, numeral 7.

en el Art. 120, numerales 4 y 12 CRE; empero, no dejan de ser disposiciones muy débiles que no significan una presencia institucional potente de la Asamblea Nacional para contar con niveles oportunos y efectivos de corresponsabilidad en la definición y seguimiento de las políticas públicas.

El modelo presidencialista ecuatoriano proyecta dos factores de desequilibrio institucional: i) la rectoría del Ejecutivo en las políticas públicas, como instrumento *per se* de la gestión estatal que afecta la división del poder en los diferentes ámbitos de acción de los diferentes niveles de gobierno (provincial, cantonal, parroquial) y ii) la edificación de un modelo que excluye a otras funciones del Estado y otros niveles de gobierno en las políticas públicas por la concreción absoluta para su diseño, formulación y ejecución por parte del Ejecutivo. A pesar de esa constatación, el modelo constitucional de 2008 confiere y concentra en la persona del Presidente⁹ muchas atribuciones y decisiones que pertenecen al conjunto de la Función Ejecutiva (integrada por diferentes entidades de la administración pública central e institucional), cuando el propio texto iusfundamental dispone la responsabilidad de las políticas públicas en la institucionalidad de la Función Ejecutiva y no únicamente en el Presidente.¹⁰

⁹ Ver el Art. 147 CRE.

¹⁰ Ver el Art. 141, segundo inciso, de la Constitución de la República, que determina lo siguiente: “La Función Ejecutiva está integrada por la Presidencia y Vicepresidencia de la República, los Ministerios de Estado y los demás organismos e instituciones necesarios para cumplir, en el ámbito de su competencia, las atribuciones de rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales y planes que se creen para ejecutarlas”.

El esquema constitucional actual consolida la concentración de poder en una sola persona: el presidente y en una sola función del Estado: el Ejecutivo; y, al mismo tiempo, complejiza su excesiva intervención y control en todos los ámbitos de la vida pública y privada cuando consagra que los ministros de Estado tendrán, además de las atribuciones legales, la atribución constitucional de “ejercer la rectoría de las políticas públicas del área a su cargo y expedir los acuerdos y resoluciones administrativas que requiera su gestión”¹¹.

El peligro que significa la inclusión del término políticas públicas en el conjunto del ordenamiento constitucional, sin una determinación clara y específica de los niveles de participación estatal en los ámbitos públicos y privados sino más, por el contrario, fortaleciendo y apuntalando todas las posibles presencias estatales en aquellos ámbitos con la justificación de “la implementación de políticas públicas” genera una estructura constitucional de hegemonía del Estado y su Función Ejecutiva para interferir, controlar, vigilar y sancionar todo aspecto que sea motivo de una política pública específica, lo cual genera un contexto hostil para el ejercicio de libertades, derechos y garantías frente a la supremacía del Estado y su máxima autoridad para la ejecución de políticas públicas en cualquier ámbito social, individual, autónomo o privado.

La indeterminación y ambigüedad conceptual de las políticas públicas en la Norma Máxima ocasionan amplios niveles de discrecionalidad para servidores e instituciones en su relación con la sociedad. Por ello, existen instituciones con vínculos directos a la Función Ejecutiva que desarrollan políticas públicas

¹¹ Art. 154, numeral 1, CRE.

que tensionan la vigencia plena de libertades públicas como la expresión, pensamiento, comunicación, organización social, entre otras, y debilitan la autonomía de la sociedad y el contenido esencial de los derechos de libertad para los individuos.

LA FALTA DE LÍMITES EN LAS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES DEL PRESIDENTE Y DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA

En la Carta Máxima del Ecuador, se establecen como atribuciones del Ejecutivo: **i)** expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan para la buena marcha de la administración¹²; sin embargo, no existe un control parlamentario sobre ese quehacer reglamentario que puede afectar o modificar las leyes orgánicas y ordinarias mediante los contenidos normativos de cualquier reglamento aprobado por el Presidente de la República.

En cuanto a la atribución de participar en la producción legislativa, existen condiciones de superioridad presidencial con relación al órgano parlamentario cuando presenta la objeción parcial a un proyecto de ley por las siguientes razones: **i)** el ente legislativo solamente cuenta con el plazo de treinta días para discutir la objeción; **ii)** para ratificarse en el proyecto inicial necesita el apoyo de las dos terceras partes de sus miembros; y, **iii)** la Asamblea no cuenta con un mecanismo para establecer que en el texto enviado de la objeción parcial se incluyeron materias no contempladas en el proyecto de ley ni abordadas en el debate legislativo, todo lo cual no puede ser sujeto de control parlamentario.¹³

¹² *Constitución de la República del Ecuador* [2008], Art. 147, numeral 13.

¹³ *Ibid.*, Art. 138.

Finalmente, las potestades del Ejecutivo para presentar iniciativas legislativas en materias exclusivas y la falta de regulaciones a la iniciativa legislativa en materia económica urgente configuran una supremacía del Ejecutivo sobre el Legislativo en el desarrollo de normas infraconstitucionales.¹⁴ La falta de límites en las atribuciones constitucionales del Presidente como colegislador, en la iniciativa legislativa y en la aprobación de reglamentos para la aplicación de leyes son expresiones estructurales del modelo constitucional que menoscaban y deterioran el rol institucional del Legislativo en la procura de velar por una república democrática.

LA ACUMULACIÓN DE PODERES EN EL PRESIDENTE Y LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO DE PODERES Y CONTROLES RECÍPROCOS

La Constitución es la regla suprema del ordenamiento jurídico que regula el poder y crea las condiciones para su funcionamiento en el Estado. Germán BIDART CAMPOS describe de la siguiente forma la relación entre poder, Constitución y gobierno:

La parte orgánica de la constitución, a la que asignamos el nombre de ‘derecho constitucional del poder’, es la que ordena al poder del estado. Hay que estructurar y componer los órganos y funciones, y hay que organizar todo el aparato orgánico-funcional que, en sentido lato, llamamos *gobierno*. El poder del estado es un poder sobre hombres, un *mando* de uno o pocos individuos sobre muchos individuos, que distingue al *grupo*

¹⁴ *Ibíd.*, Arts. 135 y 140.

gobernante de la comunidad gobernada, en la irreductible realidad dicotómica del mando y la obediencia (BIDART CAMPOS, 1998, *Manual de la Constitución reformada*, s/n).

Lo interesante en la visión de BIDART CAMPOS es que permite ver que las relaciones de poder que están presentes en una estructura institucional y en el modelo de gobierno se proyectan a la sociedad y de esa manera configuran la validez material de la Constitución cuando sostiene lo siguiente:

El poder es dinámico y, a través del gobierno que lo ejerce, imprime dinamismo al estado que, por eso mismo, equivale a *régimen político*: el estado o régimen transcurre en un *proceso* –el proceso político– y todo ello es una realidad política *juridizada*. El ‘modo’ de ‘estar construido’ el estado en su funcionamiento empírico coincide con la constitución material. Decir que es el poder el que, a través del gobierno que lo ejerce, imprime dinamismo al estado permite aclarar que todo el régimen político pende del poder, y no porque la sociedad y las personas que son parte de ésta resulten espectadores pasivos sin protagonismo político, sino porque en la interconexión entre poder y sociedad el accionar del poder es el que confiere al estado su estructura real y su modo efectivo de vigencia sociológica en la constitución material (BIDART CAMPOS, s/n).

La existencia de poderes controlados y equilibrados que establezcan la vigencia de la democracia y el Estado constitucional

corresponden a una garantía política como principio constitucional que permite que ese modelo estatal pueda prevalecer a pesar de las contingencias políticas y las dinámicas del poder. Como asegura Diego VALADÉS:

El Estado constitucional se caracteriza por ser un orden de garantías. La racionalidad del ejercicio del poder corresponde a una serie de instrumentos que tienen como punto de partida el control del poder. El enunciado de los derechos fundamentales precede a sus garantías, pero esos derechos a vez sólo fueron formulados cuando ya se contaba con instrumentos para controlar el poder. Sin un poder sujeto a controles habría sido imposible acceder a la construcción de esos derechos fundamentales, y sin la garantía de esos derechos la concentración del poder habría conducido a la reaparición del absolutismo (1259).

Uno de las reflexiones más recurrentes en la obra de Diego VALADÉS consiste en la afirmación de que “en todo Estado constitucional, el poder se ejerce de manera limitada, controlada y responsable. Donde el ejercicio del poder carece de límites, o no está sujeto a control ni da lugar a responsabilidades, tampoco se puede hablar de Estado constitucional” (1262).

Lo relevante en un Estado constitucional es que no puede existir un poder sin controles o límites, ni tampoco un poder excesivo y desbordado frente a los demás órganos y Funciones del Estado, porque aquello conllevaría formas institucionales de reducción y fragmentación del Estado constitucional.

La democracia constitucional exige modelos institucionales con poderes limitados y controlados que permitan el equilibrio estatal entre los órganos políticos y el conjunto de la institucionalidad. Cuando el Presidente y la Función Ejecutiva se ubican en la Ley Fundamental con poderes desbordados y desmedidos se hace presente una alteración del constitucionalismo que genera permanentes conflictos con las formas democráticas del ejercicio de los derechos. Autores como Hernán SALGADO PESANTES definen este fenómeno como hegemonía y autoritarismo presidencial y lo explica de la siguiente manera:

(...) la hegemonía supone *lato sensu* la supremacía de un órgano político sobre los demás. Y supremacía implica una preeminencia, una superioridad jerárquica. En suma, en la hegemonía existe un poder dominante cuyas particulares atribuciones rompen el esquema de equilibrio que supone debe existir dentro de un Estado; ese equilibrio propugnado por la teoría de la división de poderes (95).

Para este autor, la hegemonía del titular del órgano ejecutivo no es una característica del presidencialismo, sino que se trata de un elemento propio de los regímenes autoritarios o dictatoriales pese a su fachada con rasgos constitucionales y cuestiona que se trate de una real democracia como sugiere a continuación:

En nuestra época, el ejecutivo presidencial de naturaleza fuerte es auspiciado incluso desde la propia Constitución y es revestido de mayores atribuciones, lo cual contribuye a un

fortalecimiento que debilita particularmente al poder legislativo como a los órganos jurisdiccionales (Justicia ordinaria y Justicia Constitucional). Este fenómeno jurídico-político se llama “hiperpresidencialismo”. El marco donde se desenvuelve esta nueva forma de autoritarismo es un contexto populista, propio de Latinoamérica y de épocas que se pensaron superadas, gracias a la cultura política (95).

Uno de los señalamientos medulares de Rubén FLORES-DAPKEVICIUS en su trabajo sobre Teoría General del Control en Uruguay es el siguiente:

El control, que es un fenómeno que limita el poder, permitirá observar la eficacia y la eficiencia en el cumplimiento del cometido, así como su regularidad jurídica, evitando el abuso del poder. Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta dónde encuentra límites. Para que no se pueda abusar del poder es preciso que el poder frene al poder (FLORES-DAPKEVICIUS, 2010, “Teoría General del Control en Uruguay”, 134).

Es propicio subrayar la literatura constitucional sobre los acentos y necesidades que expresan al control del poder y los controles a los poderes porque una de las características del presidencialismo ecuatoriano es la presencia de relaciones asimétricas entre Ejecutivo y Legislativo. Las atribuciones constitucionales y legales para el Ejecutivo en la iniciativa legal sobre materias exclusivas, las capacidades amplias y no controladas del veto

presidencial en la aprobación de leyes y las amplias facultades reglamentarias –analizadas *in comento*- inciden de manera decisiva y preponderante sobre la falta de rendimiento del parlamento en esas atribuciones y en la aprobación de la legislación nacional que permite la perdurabilidad y certezas de las disposiciones constitucionales.

El sistema de gobierno presidencialista ecuatoriano funciona a partir de un diseño institucional que afecta al óptimo desarrollo del sistema democrático republicano mediante un desequilibrio de poderes y una arquitectura estatal que afecta los derechos como los de participación, comunicación e información y los de libertad porque deviene en un libreto constitucional con poderes superiores y predominantes para el presidente ejecutivo.

Ese diseño se caracteriza por los siguientes aspectos:

- 1) Concentración de poder en una persona que asume dos funciones protagónicas para el ejercicio del poder político: Jefe de Estado y Jefe de Gobierno;
- 2) Generación de la dependencia política de instituciones estatales a la Función Ejecutiva porque es la instancia de mayor responsabilidad y múltiples competencias en todos los ámbitos del poder público;
- 3) Configuración de una débil institucionalidad para garantizar la división de poderes y los controles recíprocos;
- 4) Inexistencia de mecanismos institucionales para la cooperación y diálogo político entre las Funciones del Estado;
- 5) Falta de incentivos institucionales para la formación de acuerdos políticos y sociales;
- 6) Baja intervención de organizaciones políticas (movimientos y partidos) que no forman parte del gobierno y ausencia de

estímulos para su participación en la política pública¹⁵;

7) Escasos mecanismos institucionales en la toma de decisiones de políticas públicas para las organizaciones sociales;

8) Acumulación de poder en la figura del Jefe de Estado y Jefe de Gobierno en perjuicio de las demás instituciones democráticas.

Estos elementos influyen para generar dos efectos directos: a) limitar el desarrollo de la democracia deliberativa y participativa; y, b) restringir los estímulos para el ejercicio de los derechos y garantías. En ese contexto, las relaciones de la Función Ejecutiva con la Función Legislativa debilitan la representación política de esta última, por cuanto el predominio de atribuciones del Ejecutivo en las acciones más relevantes para la producción de políticas públicas, conjuntamente con una supremacía en las tareas de legislación y una tutelada fiscalización política del Legislativo, crean las condiciones para afectar los pesos y contrapesos para la vigencia de la democracia constitucional. El modelo previsto en la Constitución arruina la división de funciones o poderes por dos razones elementales: i) la descomunal personalización del poder, entendido como el conjunto de atribuciones constitucionales y legales a favor del Presidente de la República, quien acumula los más grandes procesos decisionales para el funcionamiento de la democracia y la convierte en dependiente de la voluntad directa del Jefe de Estado y de Gobierno; y, ii) la limitador de la democracia participativa, que funciona a partir de las relaciones y equilibrios institucionales definidos por el Ejecutivo debilitan

¹⁵ Por citar un ejemplo de esta afirmación, la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, que contiene diferentes mecanismos y dispositivos de participación ciudadana para los diferentes niveles de gobierno, contiene escasos ámbitos para estos propósitos con relación a la Función Ejecutiva, mientras que la gran mayoría de aquellos corresponden a los niveles subnacionales de gobierno.

otras Funciones e instituciones del Estado porque reducen la representación y participación política de otros actores institucionales y sociales.

El predominio de la figura del Jefe de Estado y de Gobierno en el funcionamiento de la democracia, el andamiaje de las instituciones y su relación con la ciudadanía crea condiciones no favorables para el impulso de los derechos políticos por la falta de estímulos institucionales a favor de la deliberación pública y la participación.

Otra atribución que expresa el excesivo poder del Presidente de la República y repercute, de manera poco democrática, en el equilibrio de poderes es su deber constitucional para la designación de diferentes autoridades que, en algunos casos, representan a órganos de control y que se detallan a continuación:

- a) Designación de la máxima autoridad de las Superintendencias (de Bancos, Compañías, Comunicación e Información, Economía Popular y Solidaria, Control de Poder del Mercado y otras que puedan crearse por ley) mediante presentación de una terna.¹⁶
- b) Designación del Procurador General del Estado mediante presentación de una terna.

¹⁶ Es menester indicar que la designación de otras autoridades de control como Defensor del Pueblo, Contraloría General del Estado y otras no corresponde a la Asamblea Nacional, lo cual contribuye a la proyección de un Ejecutivo presidencial fuerte que posee mayores atribuciones políticas con relación a la Función Legislativa y que, en función de ese poder, puede ejercer presión pública sobre el funcionamiento de los concursos de oposición y méritos para la designación de autoridades, cuando el control político y la fiscalización de esos procesos debería ser motivo de un seguimiento contundente por parte de la Asamblea Nacional por ser el órgano que posesiona a las autoridades designadas por esta modalidad.

- e) Intervención en la Comisión de Designación de los jueces de la Corte Constitucional con delegados directos que organizan ese proceso.
- d) Designación de un delegado para la integración del Consejo de la Judicatura mediante la presentación de una terna.¹⁷
- e) La designación del representante del Ejecutivo para los Consejos de Igualdad, quien también se encargará de presidirlos.
- f) La designación de un delegado de la Función Ejecutiva a las Comisiones Ciudadanas de Selección para la designación de los organismos de control.
- g) Dirige la administración pública (Art. 147, numeral 5 CRE) en el territorio nacional que está compuesta por miles de entidades y dependencias públicas, cuyas autoridades también son nombradas y designadas –de manera directa o indirecta- por el primer mandatario o sus cercanos colaboradores. No obstante aquello, también interviene y participa en la designación de otros servidores públicos que han sido reseñados en esta sección.

La permanencia de un constitucionalismo democrático supondría una rígida gramática pública que asegure la separación e independencia de los poderes públicos, pues, como sostiene Allan R. BREWER-CARÍAS ese elemento configura el sistema de control del poder por la siguiente argumentación:

(...) sólo controlando al Poder es que puede haber elecciones completamente libres y justas, así como efectiva representatividad; sólo controlando al poder es que puede haber pluralismo político; sólo controlando al Poder es que puede haber efectiva participación democrática; sólo

¹⁷ Ver Registro Oficial No. 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011, 3.

controlando al Poder es que puede haber transparencia en el ejercicio del gobierno, con exigencia de la rendición de cuentas por parte de los gobernantes; sólo controlando el Poder es que se puede asegurar un gobierno sometido a la Constitución y las leyes, es decir, un Estado de derecho; sólo controlando el Poder es que puede haber un efectivo acceso a la justicia de manera que esta pueda funcionar con efectiva autonomía e independencia; y sólo controlando al Poder es que puede haber real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos (181-82).

LAS ATRIBUCIONES EXORBITANTES DEL EJECUTIVO

De acuerdo al criterio de Luis FERNANDO TORRES, el Presidente tiene todos los dispositivos para administrar y gobernar sin interferencias por las siguientes razones:

Elabora, define y ejecuta las políticas públicas. Ejerce la jefatura del Consejo Nacional de Planificación. No está obligado a deliberar, salvo en los múltiples cuerpos colegiados que preside, entre ellos el curioso Consejo de la Igualdad y el Consejo de Gobierno de Galápagos. Decreta estados de excepción y suspende algunas libertades. Convoca a consultas populares. Maneja la política exterior. Dirige la fuerza pública y la defensa nacional. Está a la cabeza de la rehabilitación social y de los consejos de la igualdad. Controla los sectores estratégicos de la economía. Crea aranceles y fija sus

niveles tanto en las exportaciones como en las importaciones. Formula las políticas monetaria, cambiaria, crediticia y financiera y le encarga al Banco Central su ejecución. Cuenta con amplias competencias para gastar y gestionar los recursos públicos. No está sometido a rigurosas reglas macrofiscales ni obligado a mantener equilibrios macroeconómicos (TORRES, 2009, *Presidencialismo constituyente. La ruta del autoritarismo en el Ecuador*, 417).

La descripción utilizada reafirma que el funcionamiento del aparato estatal y de los recursos públicos dependen, casi exclusivamente, del Presidente y la Función Ejecutiva; harían pensar incluso que el Estado ecuatoriano fue confeccionado para del primer mandatario y así prescindir de varios deberes constitucionales de la Legislatura cuando el poder de esa máxima autoridad se expande a otros niveles de la estructura estatal como los siguientes:

(...)De su decisión depende que se puedan introducir al territorio nacional semillas y cultivos genéticamente modificados o transgénicos y se puedan explotar recursos naturales no renovables en zonas protegidas. No existe espacio público que no sea ocupado por el Presidente de la República. Dado que el sector público representa cerca del 50% del PIB, el Presidente, como eje de ese sector, está autorizado para movilizar la mayor parte de sus recursos públicos (TORRES, 418).

La atribución constitucional del Ejecutivo para indultar, rebajar o conmutar las penas está prevista en la Constitución ecuatoriana en su Art. 147, numeral 18, son competencias sin las regulaciones y controles equilibrados del parlamento, todo lo cual pueden permitir al Ejecutivo tener un nivel alto de incidencia en el ámbito judicial.

Otra atribución excesiva del Presidente de la República por la falta de regulaciones y límites constitucionales se refiere a la presentación de proyectos de ley calificados de urgencia en materia económica según el Art. 140 CRE, los cuales deberían referirse a una sola materia conforme el Art. 136 CRE; sin embargo, en el ordenamiento constitucional y legal no existen disposiciones que puedan regular y limitar la atribución presidencial en la presentación de proyectos de ley de urgencia económica para que no hagan referencia a distintas materias, lo cual ha significado la presentación y posterior aprobación de nuevas leyes y reformas legales de distintos ámbitos y materias que fueron tramitados como proyecto de ley de urgencia en materia económica. Cabe señalar que los Arts. 136 y 140 que he citado corresponden a atribuciones del Presidente-Ejecutivo que están ubicadas en el texto iusfundamental en el capítulo segundo, sección primera, donde aparecen las proposiciones constitucionales correspondientes a la Función Legislativa y Asamblea Nacional, quien no tiene mecanismos claros de control político sobre las atribuciones mencionadas que le pertenecen a la máxima autoridad del Ejecutivo.

En cuanto a la iniciativa para presentar proyectos de ley, la Norma Máxima discrimina entre el Presidente y un legislador cuando exige que el segundo debe tener el apoyo de una bancada legislativa o de al menos el cinco por ciento de los miembros de

la Asamblea Nacional (Art. 134, numerales 1 y 2), además que en la misma disposición se reconoce esta iniciativa para otras funciones del Estado que no son autoridades de elección popular y no tienen la misma exigencia constitucional que le compete al legislador que, siendo una autoridad de elección popular al igual que el Presidente, a este no se le establecen exigencias como la citada. Además de lo señalado, esta disposición afecta a las minorías políticas representadas en la Asamblea y aquellos legisladores de provincias que tienen mayores niveles de exclusión y desigualdad frente a las demás.

En el ámbito económico, la Función Ejecutiva centraliza su intervención en la definición de las políticas fiscal, presupuestaria, monetaria, cambiaria, crediticia, financiera, régimen tributario y endeudamiento público; en definitiva, asume el control de las instancias formuladoras del sistema económico y sus políticas con escaso margen de intervención del ente parlamentario.

LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL SITIADA

El modelo constitucional ecuatoriano es un ropaje que estructura y modula dispositivos institucionales para la hegemonía de un poder político único que desmorona a los sistemas de control del poder con el propósito firme de eliminarlos progresivamente. El orden democrático sostiene la concentración del poder en el presidente y promueve el sometimiento de los poderes del Estado al Poder Ejecutivo. La ecuación básica que define las pragmáticas del poder que desconoce el constitucionalismo ecuatoriano es la siguiente: el principio de separación efectiva de poderes es el que permite que quienes ejercen el poder estatal no abusen de este en detrimento de los ciudadanos y sus derechos. A partir de la separación de poderes deviene la existencia de un sistema de

control del poder que asegure la democracia constitucional como régimen político.

El corpus político-institucional que condiciona el marco normativo de la Función Legislativa deviene en la formación de una Asamblea Nacional controlada, sometida, fragmentada, desahuciada y disciplinada por mandatos constitucionales que la hacen dependiente del Poder Ejecutivo. El esquema de Montecristi anula la identidad política del órgano parlamentario como lo que debería ser: un espacio generador de debate y defensa republicana al régimen constitucional. El espacio más político de la institucionalidad carece de política constitucional para su supervivencia democrática: es un Parlamento político sin política.

La Constitución de 2008 se anunció como la gestora de los cambios necesarios para la innovación democrática; pero, no logró modificar las estructuras dominantes del sistema presidencialista que se determinó con el Código Político de 1998 y las agudizó. La Ley Fundamental actual presenta en la parte dogmática múltiples derechos y garantías; sin embargo, sobresalen dos aspectos contradictorios como limitaciones institucionales políticas contra aquéllos derechos:

- i) Presenta un régimen presidencial cuyo diseño no es proclive a la corresponsabilidad política dialógica y deliberativa para la definición de políticas públicas con las demás funciones del Estado y la diversidad de organizaciones sociales y partidarias, sino que se inclina por la primacía del poder Ejecutivo.
- ii) Poseen instituciones muy relacionadas con la ejecución de actividades sobre participación y control social; sin embargo, no cuentan con suficientes mecanismos de representación social y de independencia de la Función Ejecutiva para suscitar

las condiciones necesarias que garanticen el ejercicio plural, diverso, libre, igualitario, sin condicionamientos ni procesos de imposición para los movimientos y colectivos sociales.

Al parecer, el fortalecimiento del Ejecutivo y su incidencia controladora en las condiciones institucionales de ejercicio de los derechos políticos configurarían un fenómeno de manipulación de estos y podrían ser instrumentos para el disciplinamiento y el control social de las organizaciones y sujetos políticos.

Los sistemas legales y la institucionalidad estatal legitiman y legalizan los instrumentos de participación y, de esa manera, las capacidades soberanas y de autodeterminación de la sociedad quedan relegadas y desplazadas a la decisión de las instituciones¹⁸ para inspeccionar, vigilar y someter¹⁹ al ciudadano: el control social para el control de la sociedad.

¹⁸ Es común encontrar los estudios que identifican una relación muy difícil entre presidencialismo y participación ciudadana. R. Ávila lo explica así:

No hay nada más contraproducente que afirmar que un sistema es democrático y participativo y al mismo tiempo confiar en que la decisión política la toma una persona. La opinión de una persona vale mucho más que un debate parlamentario, una consulta previa o una asamblea de un movimiento social. El dilema está en tomar las decisiones colectivamente o en confiar en que una persona lo haga. El presidencialismo resuelve el problema apostando por la segunda opción. Y esto no es lo más democrático ni lo más deseable (Ávila, 2012, "La alternativa al hiperpresidencialismo en un Estado plurinacional", 43).

¹⁹ Los constitucionalismos latinoamericanos proclaman estados participativos, y a su vez, han promulgado legislaciones penales que conservan tipos penales delictivos propensos a criminalizar las protestas sociales y las manifestaciones públicas con fuertes implicaciones punitivas para la acción colectiva de disidencias y resistencias de los pueblos y movimientos sociales.

El ejercicio de los derechos requiere incorporar cláusulas de protección que garanticen las condiciones más libres, autónomas e independientes para su vigencia con respecto a la excesiva interferencia estatal. ¿Qué cláusulas de protección concede el presidencialismo híper-poderoso en esas perspectivas por el excesivo poder que concentra? Los ciudadanos necesitan una irrestricta materialización de las garantías y libertades públicas para la plena realización de sus derechos.

Derechos como la igualdad ante la ley se convierten en vitales para que las organizaciones sociales, políticas e individuos en general puedan activar e impulsar sus derechos, sin encontrar maniobras institucionales de parte de la Función Ejecutiva que pretenden favorecer a las organizaciones partidarias que representan, en detrimento de las demás y sin garantizar la igualdad ante la ley del conjunto de la comunidad política.

Es necesario dispositivos institucionales específicos que incentiven los derechos políticos de las organizaciones partidarias que practican una política de oposición con relación al gobierno en funciones, por cuanto el rendimiento del andamiaje institucional puede ser utilizado en beneficio únicamente de organizaciones que se presenten como aliadas con un gobierno en funciones.²⁰

²⁰ GARGARELLA encuentra una esencia en el hiperpresidencialismo: “en un sistema político que ofrece una única y grandiosa joya –la “corona” del presidente-, la oposición no cuenta con ningún incentivo para cooperar con el presidente: cuanto más coopere con él, puede decir con razón, más va a tardar para acceder a la propia “coronación”, que tanto ansía. La estrategia “racional”, entonces, es destruir a quien está en el poder, o dejarlo que muera” (2008, 81).

Los derechos políticos (en adelante, DP) no son directamente empleados por las minorías políticas cuando sus derechos civiles han sido afectados, por esa razón hay una tendencia más recurrente para que los primeros puedan ser utilizados por las organizaciones que representan las mayorías políticas coyunturales gobernantes, mientras que las minorías puedan estar en una situación vulnerable para recurrir a sus DP.

CONSIDERACIONES FINALES

La democratización del modelo constitucional actual supone reconfigurar mecanismos abiertos para el sistema de control del poder y la definición de equilibrios y contrapesos públicos que promuevan mayores oportunidades de autonomía en la sociedad civil para activar los derechos y garantías sin la subordinación institucional de control del Estado.

El exacerbamiento del Ejecutivo por la forma de organización de sus competencias y poderes reforzados puede propiciar la *estatización controladora y sancionadora* de las libertades públicas como una amenaza para el conjunto de los derechos fundamentales, lo cual puede producir efectos de desmovilización y mayores conflictos sociales en la sociedad para recurrir a sus derechos.

Los derechos fundamentales encuentran conflictos con el diseño institucional ecuatoriano por los inconvenientes para potenciar sus ámbitos de acción con cauces institucionales de articulación, cooperación y coordinación para las políticas públicas por el poder dominante del Ejecutivo y su primer mandatario.

La arquitectura constitucional de 2008 debe innovar hacia procesos decisionales para los distintos tipos de democracia. La mayoría de decisiones son tomadas por los mandatarios y las vertientes institucionales representativas; de ahí que la principal pregunta es: ¿qué agendas, políticas y procesos dejamos para que decidan las formas comunitarias, directas y participativas de la ciudadanía?

No se trata de crear esquemas institucionales paralelos, ni tampoco deslegitimar a los actores partidarios y su intervención decisional. Sino de asegurar instancias deliberativas, modelos de gestión y de gobierno dialógicos entre actores institucionales y sociales.

Necesitamos un sistema político-constitucional que permita que el poder circule y se democratice entre procesos y organizaciones, y no solamente que se concentre en ciertas personas. Eso permitiría que la sociedad asegure sus libertades públicas con condiciones políticas espontáneas de participación y que puedan ser moldeables según cada realidad, no camisas de fuerza ni libretos tutelados de simulacros para los derechos iusfundamentales.

El desafío es volver a conectar las instituciones con el quehacer social: no hacer que la sociedad reemplace a los organismos estatales ni tampoco que el Estado persiga y reemplace a la sociedad. El constitucionalismo social moderno que se anhela no es poner a los sujetos sociales contra el Estado, ni a mandatarios que persigan a los líderes y activistas, sino ir hacia un modelo donde el sentir y la voz de las personas se convierta en fuente de Derecho y de derechos: un constitucionalismo popular pleno.

Para el desarrollo de un control social democrático conviene asumir la fiscalización popular de las políticas públicas para que los sujetos sociales contribuyan en sus falencias.

Los diseños constitucionales necesitan fortalecerse para articular mejor los procesos participativos con los ciclos de las políticas públicas y todo ello atravesado por múltiples formas de accountability horizontal impulsadas por los sujetos sociales y no solamente por agencias estatales. Estos énfasis permitirían un control social desde abajo hacia la acción de las autoridades para influir e incidir en sus contenidos y visiones.

Los órganos de control constitucional y de administración de justicia deben contar con niveles más amplios de representación y participación social, deben adoptar procedimientos que no restrinjan ni limiten los derechos constitucionales.

El texto constitucional no puede definir esquemas de control al poder que están pensados en un solo modelo de actor social y político porque somos sociedades con una multiplicidad de actores que no puedan cerrarse en esquemas unidireccionales para controlar al poder y usar sus derechos.

Una tensión que genera la carta constitucional es poner unas reglas de juego para la participación de sujetos sociales que se adhieren y apoyan las políticas de un gobierno en funciones. Debe crear reglas para aquellos actores que no se identifiquen ni se sientan parte de los procesos gubernativos, pero que sí les interesa intervenir en las políticas para mejorarlas y encontrar sus mejores alternativas.

Existen movimientos y colectivos que tienen sus propias propuestas de políticas que no pueden ser invisibilizadas ni excluidas y, peor aún, desde el mismo sistema constitucional; falta respetar sus particularidades e identidades propias en el sistema político.

La ampliación de los derechos hacía ámbitos poco utilizados como las políticas económicas en materia de finanzas públicas, contribuirá al desarrollo de un Derecho de responsabilidad, calidad y fiscalización social al gasto público del Estado.

Es relevante reforzar los ámbitos de las políticas y la participación de los sujetos sociales, sin perjuicio del tipo de actor y sus posiciones de coincidencias o divergencias con respecto a la autoridad gubernativa. El constitucionalismo ecuatoriano debe cambiar promover y facilitar condiciones sustantivas democráticas para los derechos en las políticas públicas.

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE, Marcelo. “Democracia sin presidentes”. En Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Tomo I, 43-71, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. Impreso.

ARRIMADA, Lucas. “Derecho, moral y política. Derecho constitucional, moral institucional y política democrática: sobre frenos, puentes y motores en la democracia deliberativa”. En Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Tomo I, 87-119, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. Impreso.

ÁVILA Santamaría, Ramiro. “La alternativa al hiper presidencialismo en un Estado plurinacional”. En Ramiro Ávila Santamaría y Enrique Ayala Mora, comps., *El silencio ante un atropello es imposible. Estudios sobre el pensamiento de Julio César Trujillo*, 35-49, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2012. Impreso.

AYALA Mora, Enrique. *¿Por qué la Asamblea Constituyente?* Quito: La Tierra, 2015. Impreso.

BIDART Campos, Manual de la Constitución Reformada. Buenos Aires: Ediar, 1998, tomo III. Impreso.

BREWER Carías, Alan. “Los problemas del control al poder y el autoritarismo en Venezuela”. En Peter HABERLE y Diego GARCÍA BELAUNDE (coordinadores), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*. México: Universidad Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, tomo I, 159-188. Impreso.

CÓRDOVA Vinuesa, Paúl. *Derechos sin poder popular*, Quito: Centro Andino de Estudios Estratégicos/Centro de Estudios Construyendo Ciudadanía y Democracia de la Universidad Central del Ecuador, 2013. Impreso.

_____, *Derecho procesal constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016. Impreso.

FERREYRA, Raúl Gustavo. *Notas sobre Derecho Constitucional y garantías* Buenos Aires: Ediar, 2008, impreso.

_____. *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires: Ediar, 2013, impreso.

_____. “Manifiesto sobre el Estado Constitucional” en *Revista Derecho Público*. Año III, N° 10. Ediciones Infojus, julio de 2015, Id SAIJ: DACF150418, versión electrónica.

FLORES-DAPKEVICIUS, Rubén. “Teoría General del Control en Uruguay”. *Cuestiones constitucionales* No. 22 (enero-junio 2010): 133-155.

GARGARELLA, Roberto. “Piedras de papel” y silencio: la crisis política argentina leída desde su sistema institucional”. En

Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Tomo I, 73-86, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. Impreso.

SALGADO PESANTES, Hernán. “Autoritarismo e hiper presidencialismo en el Ecuador. La democracia plebiscitaria como forma de gobierno”. *Ruptura* No. 54 (2010): 85-106.

VALADÉS, Diego. “La garantía política como principio constitucional”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* No. 132 (año XLIV, septiembre-diciembre 2011): 1259-1291.

TORRES, Luis Fernando. *Presidencialismo constituyente. La ruta del autoritarismo en el Ecuador*. Quito: Cevallos / Fundación Hans Seidel, 2009. Impreso.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. “Elogio al parlamentarismo”. *Políticas públicas 2 (1): 71-76 2008*, disponible en portal web: <<http://www.opcionparlamentaria.org/descargas/elogia-del-parlamentarismo.pdf>>. Consultado: 28 de julio de 2016.

REFERENCIAS NORMATIVAS

Constitución de la República del Ecuador [2008], Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008.

LAS MARCAS DE DISTRIBUIDOR Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL ECUADOR

LENÍN HURTADO ANGULO¹

RESUMEN

Las marcas representan una herramienta fundamental en el ejercicio del comercio y, consecuentemente en la competencia económica, muy recientemente en el Ecuador las marcas dejaron de ser una forma de establecer el origen empresarial y se constituyeron sólo en una forma de identificación de productos y servicios en el mercado, todo llevado por el auge de los autoservicios como forma de expendio de productos de una gran variedad. Tales canales de distribución lograron un enorme nivel de penetración en el mercado de expendio de alimentos, razón por la cual hoy es el principal mecanismo de ofrecer y adquirir tales productos. Es en ese escenario que adquieren una posición de dominio y, de acuerdo a nuestro criterio, han abusado y abusan de tal posición, en contraposición de las normas de defensa de la competencia, configurando incluso una tolerada competencia desleal.

PALABRAS CLAVE: Marca, competencia desleal, signo, daño concurrencial.

¹ Abogado en libre ejercicio profesional especialista en propiedad intelectual

ABSTRACT

Brands represent a fundamental tool in the course of trade and, as a result in economic competition, very recently in the Ecuador brands ceased to be a form to establish the business origin and constituted only in a form of identifying products and services on the market, all led by the rise of the supermarkets as a way of dispensing products. Such channels of distribution managed a huge level of penetration in the market of retail sale of food, reason by which today is the main mechanism of offer and purchasing such products. Is in this scenery that they acquire a dominant position and, according to our criteria, they have abused of such position, in contrast to rules in defense of the competition, setting up even a tolerated competition unfair.

KEY WORDS:

Brand, unfair competition, sign, competitive damage.

INTRODUCCIÓN

En la dinámica comercial actual, los autoservicio² han adoptado como mecanismo de comercialización de los productos que expenden, hacerlo con la marca que los identifica como tales, esto es, lo que inicialmente fue un nombre comercial, se ha tornado en una marca de productos, en diferentes clases internacionales. Ésta, que bien podríamos llamar novedosa estrategia de mercadeo, plantea varias interrogantes al Derecho, muy particularmente al Derecho de la Competencia, pues es innegable que los autoservicios utilizan su posición en el mercado, para ofrecer al público consumidor, productos con su identificación de marca, en condiciones de evidente ventaja frente a aquellos comercializados a través de diversos canales de distribución con un importante componente en sus costos derivados en los necesarios esfuerzos publicitarios.

Pretendemos establecer si el daño concurrencial sufrido por los competidores de los autoservicios, los que son a su vez sus proveedores, en la provisión de bienes al público consumidor es o no lícito, es una de las conclusiones a las que esperamos arribar analizando la naturaleza jurídica de tales marcas frente a los preceptos del Derecho de la Competencia y las normas pertinentes vigentes en el Ecuador.

² El autoservicio es conocido como una forma de establecimiento en el que los productos están al alcance de las personas para que ellas mismas puedan realizar sus compras sin necesidad de asistencia. <https://catmanservices.wordpress.com/2010/11/02/historia-del-autoservicio-en-el-mundo/> Consultado el 1 de mayo del 2016, a las 21H24

LA MARCA

Es cualquier signo que permite distinguir los productos y servicios de otros iguales o similares cuya finalidad es ser colector de clientela³.

La definición doctrinal propuesta, define la marca a partir de la función que cumple, esto es, la distinción de un producto o de un servicio, de otros iguales o similares en un mercado determinado, indicando además la vital función que desempeña en la lucha concurrencial propia de la competencia económica; de ello podemos extraer algunos elementos que son vitales en la idea que debemos hacernos sobre estos signos:

a. Aptitud del signo.- De acuerdo a definición en análisis, no todo signo puede constituirse en marca, debe cumplir con determinados requisitos para tal efecto, el Anexo 1C del Tratado de creación de la Organización Mundial del Comercio (ADPIC), señala: "... Los miembros podrán exigir como condición para el registro que los signos sean perceptibles visualmente...". En otras palabras, cualquier signo que permita su representación gráfica y con capacidad distintiva es apto para constituirse en marca y, por lo tanto, para obtener la protección legal. Será la autoridad nacional competente la encargada de establecer la idoneidad del signo para ser considerada marca, esto se hará mediante el examen de "registrabilidad", en función de las exclusiones señaladas en las disposiciones legales pertinentes. En primer lugar, se señala que el signo debe poder representarse gráficamente; "Este requisito viene impuesto por la necesidad de acomodar los nuevos tipos

³ NAVA NEGRETE, Justo. *Tratado sobre Derecho de Marcas*, 2ª edición, Editorial Porrúa, México - 2012, p. 239

de marcas surgidos en el tráfico económico a los mecanismos y las funciones de un sistema de marcas registradas”⁴, lo anterior se explica en el hecho de que la Autoridad Nacional competente, en el proceso de registro, cuando éste se requiera como forma de constituir derechos sobre los signos, necesita dejar constancia de la existencia del signo, realizando publicaciones para que aquellos terceros que se puedan sentir afectados por la existencia del signo, puedan ejercer su derecho a oponerse motivadamente a que se admita tal registro o que se lo cancele cuando se lo ha concedido en violación de derechos que reclame como propios el opositor.

b) La Función Distintiva del signo.- El poder o carácter distintivo de un signo, es la capacidad intrínseca que tiene para poder ser marca⁵. En definitiva es la posibilidad del signo de distinguir un producto o un servicio, todo en defensa de un público consumidor que, luego de haber probado el producto o de haber disfrutado del servicio, ha decidido que ese es el que cubre sus particulares expectativas, de allí que se sostiene que un signo puede tener distintividad desde un principio o adquirirla con posterioridad a su registro, lo que sí debe tener como requisito previo a su registro es capacidad distintiva. En conclusión, como consecuencia de esa necesaria capacidad distintiva que se exige de los signos a registrar como marca, no es posible la coexistencia de dos signos iguales para identificar productos o servicios iguales o similares. Este requisito está

⁴ FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos; OTERO LASTRES, José Manuel; BOTANA AGRA, Manuel. *Manual de la Propiedad Industrial*. Segunda Edición. Editorial Marcial Pons. Madrid – 2013, p. 505

⁵ OTAMENDI, Jorge. *Derecho de Marcas*, 5ª edición actualizada y ampliada. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires – 2003, pag. 27

íntimamente ligado con la función básica de la marca; a saber: indicar el origen empresarial de los productos o servicios. En efecto, esta función tan sólo puede ser desempeñada por los signos que tienen aptitud (intrínseca o adquirida como consecuencia del uso) para diferenciar en el mercado los productos o servicios de una empresa frente a los productos o servicios de las restantes empresas. Debe señalarse que el carácter distintivo es un concepto jurídico indeterminado que tiene que concretarse caso por caso⁶

c. Límite territorial del derecho.- Pese a que la definición doctrinal inicialmente propuesta, no lo señala expresamente, la protección brindada por el registro marcario, tiene una limitación espacial (territorial), así lo reconocen la mayoría de las legislaciones en materia de marcas; el Art. 134 de la Decisión 486 de la CAN, señala que la distinción del producto o del servicio tendrá lugar en “un mercado determinado”, tal expresión tiene una connotación territorial, es decir, cuando se obtiene un registro de un signo como marca, la protección que se logra tiene limitaciones geográficas, esto es, tal registro tendrá validez únicamente en el país registrante. Lo previamente señalado, sin perjuicio del derecho consagrado en el Art. 142 *ibídem*, que señala: “Cuando el solicitante deseara prevalerse del derecho previsto en el Artículo 6 del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, deberá presentar el certificado de registro de la marca en el país de origen dentro del plazo de tres meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud”, la disposición del Convenio de París aludida en la norma comunitaria, señala: “Toda marca

⁶ FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos; OTERO LASTRES, José Manuel; BOTANA AGRA, Manuel; *Ob. Cit.* p. 506

de fábrica o de comercio regularmente registrada en el país de origen será admitida para su depósito y protegida tal cual es en los demás países de la Unión, salvo las condiciones indicadas en el presente artículo. Estos países podrán, antes de proceder al registro definitivo, exigir la presentación de un certificado de registro en el país de origen, expedido por la autoridad competente. No se exigirá legalización alguna para este certificado.

Visto lo expuesto, podríamos afirmar que sería posible que dos signos coexistieran, siendo idénticos o similares, si identificaran productos o servicios en clases internacionales⁷ diferentes, con lo cual la posibilidad de confusión en el público consumidor sería remota, es lo que se denomina principio de especialidad. Asimismo, podrían coexistir signos iguales o similares, identificando productos o servicios en la misma clase internacional, pero en mercados diferentes, es decir, en diferentes países, con la salvedad a señalar infra en relación con las marcas notorias y las renombradas. En los derechos de propiedad industrial, por último, existe una dificultad adicional para que puede atribuirse efectividad en un país a la exclusiva otorgada por un Estado extranjero; y es el carácter estrictamente territorial del acto concesional al que se vincula tal exclusiva, que nace como un acto administrativo de un Estado concreto que, por su propia naturaleza, sólo puede tener valor y ser actuado dentro de su propio territorio. De ahí que la protección no pueda exceder esos límites territoriales y que, por tanto, la concesión

⁷ Clasificación internacional de productos y servicios establecida en virtud del arreglo de Niza, suscrito en dicha ciudad, el 15 de junio de 1957, revisado en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y en Ginebra el 13 de mayo de 1977

administrativa otorgada por un Estado no pueda tener virtualidad en los demás países⁸

Todo el esquema descrito se podría afirmar que constituye la regla general, en consecuencia, existen excepciones a la misma, que están dadas, en primer término, por las llamadas marcas notorias, definidas en el Art. 224 de la Decisión 486 de la CAN como: “Se entiende por signo distintivo notoriamente conocido el que fuese reconocido como tal en cualquier País Miembro por el sector pertinente, independientemente de la manera o el medio por el cual se hubiese hecho conocido”; y, en segundo término, por las llamadas marcas de alto renombre, definidas en el segundo inciso de la letra e) del Art. 196 de la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana: “Se entenderá que un signo es de alto renombre cuando fuese conocido por el público en general en el país o internacionalmente”.

En los casos señalados, pese a que los signos identificaran productos o servicios diferentes o se encontraran en países distintos, se excluye su registro por considerarse que, entre otras razones, se estaría aprovechando del prestigio ganado por el producto o servicios que identifica el signo notorio o de alto renombre.

Tratándose de marcas notorias, este carácter les otorga una protección incrementada que constituye excepción a la regla de la especialidad de la marca; al margen de ello, y en lo que se refiere al análisis objetivo del signo, se impone

⁸ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. *Tratado de Derecho Industrial*, 3ª edición. Editorial Aranzadi, Pamplona - 2009, p. 660

la aplicación de un criterio riguroso para admitir la inscripción o el uso de marcas que se le aproximen; de lo contrario, se aceptaría no sólo un indebido aprovechamiento del prestigio ajeno, sino que se induciría a fácil confusión, al menos en cuanto al origen de los productos, al público consumidor⁹

Sobre este tipo de signos, el Tribunal Andino de Justicia ha señalado:

Este Tribunal caracteriza a la marca notoria como aquella que reúne la calidad de ser conocida por una colectividad de individuos pertenecientes a un determinado grupo de consumidores o usuarios del tipo de bienes o de servicios a los que les es aplicable, porque se encuentra ampliamente difundida entre dicho grupo. Asimismo el Tribunal ha manifestado “(...) la protección especial que se otorga a la marca notoriamente conocida se extiende –caso de haber riesgo de confusión por similitud con un signo pendiente de registro- con independencia de la clase a que pertenezca el producto de que se trate y del territorio en que haya sido registrada, pues se busca prevenir el aprovechamiento indebido de la reputación de la marca notoria, así como impedir el perjuicio que el registro del signo similar pudiera causar a

⁹ BERTONE, Luis Eduardo - CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho de Marcas / 2 Marcas, Designaciones y Nombres Comerciales* 2ª edición. Editorial Heliasta, Buenos Aires - 2003, p. 84

la fuerza distintiva o a la reputación de aquélla.
(Proceso 143-IP-2004, publicado en la G.O.A.C.
N° 1147, de 3 de diciembre de 2004, marca:
BONITO+GRÁFICA).

La notoriedad de la marca no se presume, debe ser probada, por quien alega ese estatus. Al respecto el Tribunal recogiendo criterios doctrinarios, ha sentado la siguiente jurisprudencia: “En la concepción proteccionista de la marca notoria, ésta tiene esa clasificación para efectos de otorgarle otros derechos que no los tienen las marcas comunes, pero eso no significa que la notoriedad surja de la marca por sí sola, o que para su reconocimiento legal no tengan que probarse las circunstancias que precisamente han dado a la marca ese status”. (Proceso 08-IP-95, publicado en la G.O.A.C. N° 231, de 17 de octubre 1996, marca: LISTER).

Por su parte el literal h) del artículo 136 de la Decisión 486 prohíbe el registro como marca de un signo que reproduzca, imite, traduzca, translitere o transcriba un signo notoriamente conocido cuyo titular sea un tercero, cualesquiera que sean los productos o servicios a los que se aplique el signo, es decir, por fuera de la especialidad cuando su uso pueda causar un riesgo de confusión o de asociación, aprovechamiento injusto del prestigio del signo o la dilución de su fuerza distintiva o de su valor comercial¹⁰

¹⁰ -7-X-2008 (Proceso No. 086-IP-2008, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina)

Finalmente, es conveniente señalar que puede ocurrir que un signo no tenga inicialmente capacidad distintiva, pero lo adquiera con posterioridad con el uso intenso en el comercio, situación que la doctrina denomina: distintividad adquirida o “*secondary meaning*”.

Por otra parte, si bien la inscripción en el registro, visto su efecto constitutivo, configura el único modo de adquisición de la marca y del derecho a su uso exclusivo, el signo puede alcanzar aptitud distintiva, en relación con el producto o servicio a que se refiera, como consecuencia de su uso constante y, en tal caso, hacerse registrable. Así se desprende del tenor del artículo 135, último párrafo, según el cual un signo podrá ser registrado como marca si, a pesar de no ser distintivo ab initio, o de ser descriptivo, o genérico, o común o usual, o de consistir en un color no delimitado por una forma específica, quien solicita el registro, o su causante, lo hubiese estado usando constantemente en el País Miembro y, por efecto de tal uso, el signo hubiese adquirido aptitud distintiva respecto de los productos o servicios a los cuales se aplica. En la doctrina se explica que ‘un término originariamente genérico puede llegar a serlo y adquirir el carácter distintivo típico de una marca. Es el supuesto conocido en el Derecho norteamericano como de adquisición por el término genérico de un ‘secondary meaning’ (significado secundario) que confiere al signo el carácter distintivo propio de la marca’. (BERCOVITZ, Alberto; ob.cit., p. 471)’. (Proceso

92-IP-2004. Caso: denominación “UNIVERSIDAD VIRTUAL”, publicado en la Gaceta Oficial N° 1121, de 28 de setiembre de 2004). TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA PROCESO 150-IP-2013

MARCAS DE DISTRIBUIDOR

Durante los últimos años, los precios de los productos de consumo han sufrido un fuerte incremento, al reflejarse en ellos los efectos de la política tributaria implementada en el Ecuador. Como consecuencia de este hecho, los consumidores sufren cada vez más dificultades a la hora de realizar sus compras, razón por la que buscan diferentes alternativas con el fin de reducir gastos. Una de estas alternativas consiste en la adquisición de los productos identificados con las llamadas marcas blancas o de distribuidor.

Las marcas de distribuidor son las que han sido fabricadas por un determinado industrial y son ofrecidas al consumidor bajo el nombre o marca de la empresa distribuidora y no con el de la compañía que realmente los ha elaborado¹¹.

No cabe duda alguna que, lo que originalmente fue un nombre comercial, entendido éste como la designación de un establecimiento de negocios, se convirtió en otro tipo de signo, es decir, en una marca de producto y más aún, se convirtió en un signo notorio, pues los autoservicios que han adoptado tal alternativa de comercialización de bienes son aquéllos que

¹¹ http://www.unae.cat/es/inici/consum/22.php?idpagina=22&id_tribuna=12. Consultado el 1 de mayo del 2016, a las 21H07

han captado un muy importante segmento en el mercado de consumidores de productos de consumo masivo.

En el Ecuador, las mayores cadenas de autoservicios, tales como: Supermaxi, Mi Comisariato, Tía, entre otras; han adoptado este mecanismo de comercialización de productos diversos en el afán de captar un mercado de personas ávidas de adquirir productos con la mejor relación posible entre calidad y precio.

Podemos afirmar que las marcas de distribuidor o marcas blancas, no son un concepto jurídico, son más bien un concepto comercial derivado de una necesidad concreta del mercado, vale decir, de la necesidad de los consumidores de adquirir productos de menor precio sin desmejorar la calidad.

Las marcas propias no son un tipo distinto de marcas, constituyen tan sólo un uso novedoso de estos signos, una manera distinta de concurrir al mercado por parte de quienes lo hacían previamente con una estrategia distinta. Si tal estrategia constituye o no abuso de posición de dominio, deberá establecerse mediante la revisión de cada caso concreto, mediante parámetros que se propondrán infra.

FUNCIONES DE LA MARCA

Una vez que se ha verificado que un signo reúne las condiciones para ser utilizado como marca, es decir, se puede representar gráficamente y tiene capacidad distintiva; puede desempeñar las funciones propias de dichos signos. Tales funciones son: indicadora del origen empresarial, indicadora de la calidad, condensadora del *goodwill* o buena reputación y la función publicitaria.

De otro lado, “la ley persigue dos finalidades a la hora de regular las marcas. Una de estas finalidades está ligada a la competencia comercial que intenta promover cualquier Estado, esto es, una sana competencia comercial. La otra finalidad es la protección del consumidor, quien necesita de un sistema en el cual los competidores de bienes y servicios le permitan distinguir sin mayores inconvenientes, a través de las marcas, quiénes son los oferentes de esos bienes y servicios –para luego premiarlos o castigarlos mediante su decisión de compra o consumo”.¹²

La función indicadora del origen empresarial, en opinión generalizada en la doctrina marcaria, es la función primordial de la marca. Cuando una persona ve un producto o se le ofrece un servicio identificado con una determinada marca, inmediatamente lo asocia a una empresa y a todos los productos o servicios que ésta comercializa.

Esta función se apoya directamente en las reacciones del público de los consumidores y se basa de modo inmediato en la propia estructura del derecho de marca. En efecto, al contemplar una marca puesta en relación con un producto o un servicio, el consumidor piensa lógicamente que el producto o servicio procede de una determinada empresa; de aquella empresa de la que proceden todos los demás productos o servicios de la misma clase que están dotados de la misma marca. En este sentido la marca desempeña un papel informativo; atestigua ante el público de

¹² VIBES, Federico. *Derechos de Propiedad Intelectual*. 1ª edición, Ad-Doc, Buenos Aires – 2009, p. 96

los consumidores que todos los productos de una misma clase y portadores de una misma marca han sido fabricados o distribuidos por una misma empresa¹³

En lo relacionado a la función indicadora de la calidad, normalmente los consumidores por haber experimentado con un producto o servicio, por haber estado expuestos a la publicidad, que lo induce a pensar que un determinado producto o servicio es de calidad aún antes de haberlo adquirido y verificado por sí mismo o por referencias de personas que sí han consumido el producto o utilizado el servicio. Sea cual fuere el motivo por medio del cual se establezca la asociación en el consumidor del producto o servicio con un nivel de calidad, es innegable que ocurre tal proceso de relación. Algunos industrialistas, como Jorge OTAMENDI, sostienen que ésta es la verdadera función fundamental de las marcas, que la determinación del origen empresarial no es consustancial al signo¹⁴.

La buena reputación de un producto o servicio es algo que se construye con muchos elementos, tales como: la calidad de los mismos, la atención que se brinde a los potenciales clientes. Es algo que se construye con gran esfuerzo y se pierde con enorme facilidad. “La función condensadora del *goodwill* o buena reputación, desde la perspectiva del titular, la función más importante de la marca es la de constituir un mecanismo en el que va sedimentándose progresivamente la eventual buena reputación

¹³ FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos; OTERO LASTRES, José Manuel; BOTANA LASTRA, Manuel. Ob. Cit. p. 507

¹⁴ OTAMENDI, Jorge. *Derecho de Marcas*. 5º edición, actualizada y ampliada. Editorial Abeledo - Perrot. Buenos Aires - 2003, p. 9

(*goodwill*) de que gocen, entre el público de los consumidores, los productos o servicios diferenciados por la marca. *Goodwill* o buena fama que presupone la preferencia que el público de los consumidores otorga a los productos dotados con la marca; y entraña la expectativa razonable de que el producto será reiteradamente comprado porque cuenta con el favor del público. La función condensadora del *goodwill* es singularmente palpable en el supuesto de la marca renombrada que es aquel tipo de marca que se caracteriza por ser portadora de un acrecentado prestigio; prestigio que es el fruto de la alta calidad de los productos o servicios; de la intensa publicidad realizada en torno a la marca; y a veces de la fuerza sugestiva (*selling power*) del propio signo constitutivo de la marca”¹⁵

Finalmente, la función publicitaria es lo que permite que el producto o servicio identificado mediante la marca sea conocido por el público consumidor, no existe forma en que un producto o servicio sea conocido por sus eventuales consumidores, sino tiene un signo que permita su ofrecimiento a dicho público. De tal manera, que la función publicitaria de la marca, es la vía usada para hacer conocer las características del producto o servicio, para lograr el daño concurrencial lícito en el ejercicio del comercio, objetivo central de la competencia. Cuando un comerciante, piensa en un signo que luego registrará como marca, lo hace pensando en el potencial publicitario de tal signo, con frecuencia recurre a las marcas evocativas¹⁶ para lograr tal objetivo.

¹⁵ FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos; OTERO LASTRES, José Manuel; BOTANA LASTRA, Manuel. Ob. Cit. p. 509

¹⁶ Se designan así a aquellas marcas que proporcionan al consumidor una idea de las características – o por lo menos algunas de ellas – de los productos o servicios identificados por el signo

“La marca es el único nexo que existe entre el consumidor de producto o el servicio y su titular. Es a través de la misma que su titular recogerá los beneficios, o no, de su aceptación por parte del público consumidor. Esa marca es lo que el comprador ha de pedir y es lo que el titular de la misma tratará que pida”¹⁷

Con todo lo señalado a propósito de las funciones de las marcas, debemos indicar que las marcas de distribuidor, es decir aquellos signos incorporados a productos que no provienen de ordinario de los titulares del signo, en consecuencia, la función indicadora del origen empresarial no se cumpliría, sólo observamos el cumplimiento de las funciones de calidad y de buena reputación o *goowill*, dado que de ordinario los autoservicios que le dan a su denominación comercial, el uso de marcas de los bienes que expenden, han adquirido notoriedad en el mercado de consumidores de productos de primera necesidad.

NACIMIENTO DE LOS DERECHOS SOBRE EL SIGNO

Se han establecido mecanismos de obtener derechos sobre las marcas y demás signos distintivos. Las legislaciones marcarias han señalado que los derechos sobre los mismos, se adquirirán por el uso inicial y, una vez que el público consumidor haya relacionado el signo con los productos o servicios que identifica, puede procederse con su registro, a tal Principio se lo denomina Declarativo o de Prioridad por el uso. “Conforme a este principio, el derecho sobre la marca se adquiere originariamente a través de la utilización efectiva del correspondiente signo en el mercado; el derecho sobre la marca pertenece a quien la usa por primera vez para designar sus productos. Basándose en ciertos precedentes del

¹⁷ OTAMENDI, Jorge. Ob. Cit. p. 11

Derecho común medieval, la doctrina francesa clásica mantenía en este punto que la propiedad de la marca corresponde al primer ocupante de la misma”¹⁸

Por otro lado, existen legislaciones – como la ecuatoriana – que disponen que el derecho sólo se adquirirá con el registro y sólo a partir de tal acto, es el Principio Registral. “Con arreglo a este principio, el nacimiento del derecho sobre la marca tiene lugar mediante la inscripción del signo en el Registro de Marcas. A través de la inscripción el titular adquiere un derecho de exclusiva sobre la marca, el cual le legitima para prohibir a los terceros el uso de signos idénticos o similares. De esta suerte, el nacimiento del derecho sobre la marca se produce mediante una inscripción registral y con independencia de que el correspondiente signo se hubiese usado anteriormente en el mercado a fin de diferenciar los productos o servicios del titular”¹⁹

DURACIÓN DEL DERECHO SOBRE LA MARCA

El Art. 152 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones señala: “El registro de una marca tendrá una duración de diez años contados a partir de la fecha de su concesión y podrá renovarse por períodos sucesivos de diez años”. Del texto de la norma transcrita, se pueden inferir varios hechos:

- a. El periodo de vigencia de la marca es, en efecto de diez años²⁰,

¹⁸ FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos. *Tratado sobre Derecho de Marcas*. Segunda edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid – 2004, p. 79

¹⁹ Ídem

²⁰ Desde luego tal plazo podría reducirse si antes el registro caduca, se

pero contados a partir de la fecha de la concesión de tal registro, lo cual difiere de lo otras legislaciones señalan al respecto, el Art. 31 de la Ley de Marcas de España señala que el periodo de vigencia del registro que en ese país también es de diez años y se contará a partir de la presentación de la solicitud de registro del signo: “El registro de una marca se otorga por diez años contados desde la fecha de presentación de la solicitud y podrá renovarse por períodos sucesivos de diez años”;

b. El derecho de exclusividad en el uso del signo, puede extenderse de manera indefinida, si es que se ejerce el derecho de renovar el registro de manera consecutiva de la forma establecida en las disposiciones legales.

Sobre la renovación del registro del signo, la norma comunitaria señala al respecto en su Art. 153: “El titular del registro, o quien tuviere legítimo interés, deberá solicitar la renovación del registro ante la oficina nacional competente, dentro de los seis meses anteriores a la expiración del registro. No obstante, tanto el titular del registro como quien tuviere legítimo interés gozarán de un plazo de gracia de seis meses, contados a partir de la fecha de vencimiento del registro, para solicitar su renovación. A tal efecto acompañará los comprobantes de pago de las tasas establecidas, pagando conjuntamente el recargo correspondiente si así lo permiten las normas internas de los Países Miembros. Durante el plazo referido, el registro de marca mantendrá su plena vigencia. A efectos de la renovación no se exigirá prueba de uso de la marca y se renovará de manera automática, en los mismos términos del registro original. Sin embargo, el titular

declarase su nulidad y, desde luego, por renuncia realizada por su titular del signo registrado

podrá reducir o limitar los productos o servicios indicados en el registro original”. La norma en análisis establece las condiciones mediante las cuales se puede renovar el registro, podemos señalar las siguientes:

c. Puede presentar la solicitud de renovación del registro del signo, no sólo el titular del registro del signo o sus derechohabientes, sino también aquel tercero que demuestre legítimo interés en la vigencia del registro, éste podría ser el licenciatario interesado en preservar el derecho objeto del contrato de licencia;

d. Se puede presentar la solicitud de renovación del registro desde seis meses antes del cumplimiento de su periodo de vigencia, hasta seis meses después de expirado dicho periodo, en este último caso, pagando las tasas establecidas por la autoridad nacional competente en la materia;

e. A efectos de renovar el registro del signo, no se requiere justificar el uso que se esté haciendo del mismo, hecho que sí ocurría en algunas legislaciones como la Ley española de marcas de 1988, la que señala en su Art. 7.2: “La solicitud de renovación del registro de la marca deberá ir acompañada de una declaración en documento público de uso de la misma, indicando los productos o servicios en relación con los cuales la marca ha sido usada”;

f. Finalmente, cumplidos los requisitos de oportunidad y aquellos formales, como el pago de las tasas correspondientes; la renovación es automática en iguales condiciones que el registro original, pudiendo el titular del registro o su derechohabiente limitar los productos o servicios que el signo identifica, tal derecho a nuestro entender, no lo puede ejercer un tercero interesado que eventualmente solicite la renovación en cuestión.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

Los retos que la producción en serie propuso a las economías mundiales se derivan de la enorme oferta de bienes e incluso servicios que inundaron los mercados. Importante es aclarar que esta disciplina no hizo su aparición sólo en nuestros días, en realidad las actitudes colusorias de determinados comerciantes o alguno de ellos individualmente considerados, hicieron su aparición desde los mismos orígenes de la civilización. “Así ya Aristóteles denuncia los amaños entre comerciantes en la Antigua Grecia que tendían a la elevación abusiva de los precios mediante acuerdos más o menos evidentes”²¹

“El Derecho de la Competencia tiene la función de garantizar el libre mercado, como mecanismo económico mediante el cual los consumidores y las empresas fijan los precios como consecuencia del juego de la oferta y demanda de los bienes y de los servicios”²²

La libre competencia se expresa como la lucha por la captación de compradores de bienes y servicios, en un escenario donde éstos son excedidos cuantitativamente por la oferta, por lo tanto, tiene lugar una disputa de ellos por parte de los oferentes que concurren al mercado a disputárselos. “La elección de los consumidores puede desarrollarse dentro de márgenes más o menos amplios, puede estar más o menos coartada por una serie de circunstancias

²¹ LOMA OSORIO LERENA, Diego. “Marco normativo e institucional del Derecho de la Competencia”, en *Tratado de Derecho de la Competencia*, Coordinador LOMA-OSORIO, Diego, 1^o edición, Aranzadi, Pamplona - 2013, p. 40

²² ibídem, p. 34

diversas –el lugar de residencia, la urgencia de la necesidad a satisfacer, la influencia de la propaganda, y tantas otras más-; pero ha de existir para que podamos decir que se da el fenómeno de la competencia”²³

En aquella disputa concurrencial se ve reflejada el ejercicio del derecho de los oferentes de bienes y servicios a la libertad de competir; pero ésta debe encuadrarse en los parámetros propios de la competencia, esto es, la libre fijación de los precios con base en la oferta y la demanda; la libertad de elección de los compradores; y, que las empresas que concurren, no basen en su sola voluntad sus políticas industriales, comerciales y de ventas, que éstas se basen en la interdependencia de los diferentes actores económicos.

Es esencial para la existencia de la competencia que los precios sean invariablemente producto de la relación oferta – demanda, ningún competidor debe tener la posibilidad de evadir de manera absoluta tal principio en la fijación de los precios, de lo contrario habría adquirido un poder tal que haría inexistente la competencia misma.

En lo relacionado a la libre elección de los compradores, debemos señalar que esta condición de existencia de la competencia en un mercado determinado, se podría decir que es relativa, debido a que, en la lucha por distinguirse en el mercado, un oferente de un producto o un servicio adopta una determinada política

²³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel. “La Competencia como fenómeno económico y como situación de mercado”, en *Tratado de Derecho Industrial*, Baylos Corroza, Hermenegildo, 3ª edición, Coordinado por Baylos Morales, María, Aranzadi, Pamplona – 2009, p. 301

de publicidad o de mercadeo que produce en los compradores una identificación con él, que lo mueve a aceptar su oferta; si tal resultado, es producto de su creatividad y esfuerzo empresarial, el daño concurrencial que le produce a sus competidores, sería absolutamente lícito.

Finalmente, ningún competidor, puede abstraerse de la actuación de los demás en la fijación de sus políticas industriales o de ventas, éstas deben estar basadas en la situación del mercado y a las actuaciones de los demás actores, deben ser una respuesta a ellas.

Es importante destacar que el Derecho de la Competencia, tiene dos aspectos fundamentales, podríamos decir que el primero tiene por finalidad el establecer los mecanismos idóneos en los que se deberá proponer la lucha concurrencial, esto es, el Derecho de Defensa de la Competencia, al que se le atribuye, podríamos concluir, una labor promotora de la pulcritud en la lucha concurrencial en beneficio del mercado; mientras que en segundo lugar aparecen las normas de la Competencia Desleal, las que están llamadas a sancionar las conductas socialmente reprochables en el ejercicio de la competencia.

mientras que la defensa de la competencia lucha contra aquellos fenómenos que intentar limitar la competencia y poner en peligro el interés económico en general, a través de la protección contra la competencia desleal se pone el acento sobre el amparo de los intereses privados del competidor contra los actos de su propio competidor, reprochando aquellas prácticas desleales que logran que los consumidores se

vean atraídos no por el mejor empresario, sino por aquel que utilizó medios que escapan a los parámetros socialmente aceptados²⁴

LICITUD DEL DAÑO CONCURRENTIAL

Como se ha mencionado supra, quienes ejercen actos de comercio, vale decir, quienes en la provisión de bienes y servicios en un mercado determinado concurren a él, pugnan por lograr la preferencia de los consumidores hacia los que ofertan, cada ocasión en que tienen éxito, es un fracaso para sus competidores, es el denominado *daño concurrential*, lo que es perfectamente legítimo, si para lograrlo se ha empleado mecanismos empresarial y socialmente válidos, caso contrario se adecuaría a lo que en Derecho de la Competencia se denomina: Competencia Desleal.

“La actividad concurrential se manifiesta, pues, como un esfuerzo dirigido a conseguir ventas actuales y a asegurarse adhesiones para el futuro, de modo que en torno a cada empresa se forme un núcleo de compradores eventuales que se denomina clientela”²⁵

Es de destacar que la competencia tiene implícitos al mismo tiempo, valores individuales como sociales. Individuales, pues todo comerciante oferente de bienes o servicios, persigue el objetivo de aumentar su patrimonio mediante su actividad, pero sólo lo ha de lograr al cumplir el objetivo social de satisfacer a

²⁴ GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián Alfredo. *Competencia Desleal. Actos de desorganización del competidor*. 1ª edición, Lexis Nexis, Buenos Aires - 2004, p. 22

²⁵ ídem, p. 304

los compradores en la provisión de los bienes o servicios que requiere.

Es evidente que al empresario le moverá el objetivo de obtener la mayor ganancia posible, es decir, un estímulo egoísta. Pero para conseguirlo, ha de tener compradores, han de lograr captarse las preferencias del consumidor, a cuya elección quedará sometido. Quien logre ese favor, habrá conseguido su objetivo egoísta, pero ello querrá decir que ha acertado a satisfacer las exigencias de los consumidores, es decir, las necesidades sociales (...). De aquí se desprende que es consustancial con un régimen económico de esta clase la existencia del riesgo empresarial, de esa posibilidad de enriquecimiento o de ruina, dependiente de modo fundamental del juicio y de la elección de los consumidores. Si el éxito o el fracaso, en lugar de depender de haber sabido o no lograr tales preferencias, puede atribuirse a otros factores extraños, el sistema económico se resentirá en sus propios fundamentos y el sometimiento de la producción a un fin social propio habrá de ser encomendado a otros resortes²⁶

POSICIÓN DE DOMINIO

Es evidente que los factores de la competencia señalados se mueven entre lo que bien podríamos llamar un franja de tolerancia

²⁶ ídem, p. 311

en donde en un extremo se encuentra el ideal cumplimiento de todos ellos, lo que podríamos llamar Competencia perfecta y, en el otro, el Monopolio. Lo que ocurre de corriente, es que el mercado posibilita observar, por parte de los concurrentes, conductas intermedias, es decir, se cumplen en la medida de lo posible, permitiendo que logren, basados en su habilidad y creatividad empresariales, posiciones de dominio donde pueden consolidar en su beneficio un segmento del mercado, en una suerte de *monopolio condicionado*, es decir, se origina la Competencia Imperfecta, donde los precios no se fijan solamente en la interacción entre la oferta y la demanda, sino que bien pueden intervenir otros factores, tales como, la eficiencia en el uso de los recursos que permita una elevada productividad, uso de tecnologías que derivan en la disminución de los costos, etc.²⁷

Asimismo se admite canalizar, con técnicas publicitarias, la voluntad de los consumidores de manera que adquieran los productos o servicios de un oferente en lugar de los de otros; y, desde luego, puede ocurrir que ocasionalmente, los competidores puedan incidir en el mercado, de manera que, sus políticas industriales o de ventas, sí sean derivadas de su posición de dominio, sin que éstas prácticas puedan ser consideradas abusivas.

De todo lo anterior, se puede inferir que el problema no es disfrutar de una posición de dominio en el mercado, en tanto ésta sea producto de usar las reglas de juego empresarialmente aceptables y que tal posición no se ejerza abusivamente en el mercado en contra de la competencia.

²⁷ Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, Ob. Cit., pp. 315-324

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado (LORCPM)²⁸, en su Art. 7, define lo que se debe entender como Posición de Dominio: “Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado”

La norma antes referida, reitera que no es la existencia de la posición de dominio la que atenta contra a la competencia, señala expresamente que es su abuso lo que trasgrede sus preceptos: “La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley”

En el Ecuador, no cabe duda, por la extendida aceptación entre los consumidores del mecanismo de compra de bienes diversos que constituyen en la actualidad las compras en los autoservicios, éstos ejercen una posición de dominio en los términos definidos por la Ley. Lo que se debe determinar es si el uso de sus marcas, puede adecuarse a lo que también normativamente se tipifica como abuso de tal posición (Art. 9 LORCPM)

²⁸ Publicada en el Suplemento del Registro Oficial # 555 del 13 de octubre del 2011

Cuando los autoservicios utilizan marcas propias para la comercialización de productos de la más variada naturaleza, lo hacen prevalidos de una posición de privilegio que han alcanzado luego de que el mecanismo de expendio de tales productos, ha sido adoptado masivamente por la población. Son muy pocas las personas que no han experimentado el comprar en un autoservicio.

Desde el 2011 luego de la aprobación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, se creó la Superintendencia de Control del Poder del Mercado, este organismo se encontró con una situación que bien podría considerarse como una distorsión del mercado: los productores y proveedores de los autoservicios estaban perdiendo su participación en el mercado, como consecuencia de que el canal de distribución que habían considerado como el óptimo, estaban siendo usados en su contra, a tal extremo que el naciente organismo de control del poder del mercado, tuvo que emitir una resolución para enfrentar tal situación. El 29 de agosto del 2014, se dictó la Resolución # SCPM-DS-057-2014, que contiene el Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el Sector de los Supermercados y/o Similares y sus Proveedores; mediante la cual se pretende normar las relaciones entre los autoservicios y sus proveedores.

Los autoservicios en el normal desarrollo de su actividad comercial, acumulan una gran cantidad de información relacionada a la rotación de los productos que expenden. Tal información es usada comúnmente para establecer qué productos se identificarán con su marca (marca propia), aún más, posee información sobre qué presentación de tales productos tienen mayor rotación (venta).

De forma similar pueden establecer una especie de política de manejo de inventarios, pues conocen los productos que se venden en mayor volumen y las épocas en que los consumidores los buscan con más frecuencia. Podemos decir sin sombra de duda, que los autoservicios llegan a un mercado ya abierto por los productores de bienes que se han ganado la confianza de los consumidores y se aprovechan del novedoso servicio que brindaban y en el camino introducir, en tales condiciones, los productos adquiridos a los fabricantes y venderlos con su marca, con una inversión significativamente menor.

De lo anterior podemos afirmar que los autoservicios establecen sus políticas de venta sin que para ello incidan los demás actores económicos y, con ello, los precios de venta de los productos identificados con sus marcas, tienden a ser de menor precio que aquellos de la competencia.

CONCLUSIONES

Las marcas de distribuidor o blancas, cumplen con todos los requisitos exigidos a este tipo de signos pese a que inicialmente se limitaban a distinguir locales comerciales, es decir, eran nombres comerciales en el sentido jurídico del término que posteriormente se emplearon para distinguir productos.

Es incuestionable que los autoservicios acumulan una gran cantidad de información sobre el comportamiento del mercado, vale decir, sus principales hábitos en la adquisición de productos de toda naturaleza y esa información es usada en la fijación de sus políticas de ventas, lo cual trasgrede seriamente uno de los principales preceptos del Derecho de Defensa de la Competencia (*Vid supra* 3), es decir, que dicha política debe ser producto de la interrelación entre los agentes económicos.

También ha quedado claro que los autoservicios, de ordinario, gozan de una posición de dominio en el mercado, la cual es utilizada en detrimento de la competencia, esto es, sus propios proveedores o los fabricantes de los productos que expenden con sus marcas. Todo lo anterior pese a los intentos regulatorios contenidos en las normas del Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el Sector de los Supermercados y/o Similares y sus Proveedores, aprobado por la Superintendencia de Control del Poder del Mercado, así definido en el Art. 9.7 de la LORCPM

Dado lo difícil de la regulación de las prácticas identificadas como de abuso de posición de dominio por parte de los autoservicios, toda esta situación es tolerada por el mercado y desde luego por las autoridades llamadas a impedir que se materialicen, pues finalmente el consumidor, razón primigenia de las normas sobre el derecho de la competencia, es el beneficiado al adquirir productos de calidad a precios muchos menores que los de los productos identificados con las marcas de los productores.

La afirmación anterior no puede ser óbice para enfrentar el problema en ciernes, puesto que puede, sin problema alguno, derivar en la formación de un oligopolio de autoservicios, lo que derivaría en la total destrucción de la competencia, escenario que sí implicaría una afectación al consumidor al eliminar su derecho a escoger con libertad los productos que desea consumir.

BIBLIOGRAFÍA

- BAYLOS** Corroza, Hermenegildo. *Tratado de Derecho Industrial*, 3ª edición. Editorial Aranzadi, Pamplona – 2009
- BERTONE**, Luis Eduardo – Cabanellas de Las Cuevas, Guillermo. *Derecho de Marcas / 2 Marcas, Designaciones y Nombres Comerciales* 2ª edición. Editorial Heliasta, Buenos Aires – 2003
- FERNÁNDEZ LÓPEZ**, Juan Manuel. “La Competencia como fenómeno económico y como situación de mercado”, en *Tratado de Derecho Industrial*, Baylos Corroza, Hermenegildo, 3ª edición, Coordinado por Baylos Morales, María; Aranzadi, Pamplona – 2009
- FERNÁNDEZ-NOVOA**, Carlos; Otero Lastres, José Manuel; Botana Agra, Manuel. *Manual de la Propiedad Industrial*. Segunda Edición. Editorial Marcial Pons. Madrid – 2013
- _____, *Tratado sobre Derecho de Marcas*. Segunda edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid – 2004
- GARCÍA MENÉNDEZ**, Sebastián Alfredo. *Competencia Desleal. Actos de desorganización del competidor*. 1ª edición, Lexis Nexis, Buenos Aires – 2004

LOMA-OSORIO LERENA, Diego. “Marco normativo e institucional del Derecho de la Competencia”, en *Tratado de Derecho de la Competencia*, Coordinador Loma-Osorio, Diego, 1º edición, Aranzadi, Pamplona – 2013

NAVA NEGRETE, Justo. *Tratado sobre Derecho de Marcas*, 2ª edición, Editorial Porrúa, México – 2012

OTAMENDI, Jorge. *Derecho de Marcas*, 5ª edición actualizada y ampliada. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires – 2003

VIBES, Federico. *Derechos de Propiedad Intelectual*. 1ª edición, Ad-Doc, Buenos Aires – 2009

http://www.unae.cat/es/inici/consum/22.php?id_pagina=22&id_tribuna=12.

**CONSENTIMIENTO INFORMADO EN ADOLESCENTES
PARA TOMAR DECISIONES EN TEMAS
RELACIONADOS CON SU SALUD,
SALUD SEXUAL Y SALUD REPRODUCTIVA**

ANA CRISTINA VERA SÁNCHEZ¹

RESUMEN

Este artículo pretende generar una reflexión legal, desde el marco de los Derechos Humanos y el paradigma de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes sobre el tema del consentimiento informado en adolescentes, y su relación con la patria potestad y con los deberes y obligaciones de los Estados, en base al análisis y aplicación de los principios de bienestar superior y autonomía progresiva.

PALABRAS CLAVE:

Consentimiento informado, adolescentes, salud sexual, salud reproductiva, bienestar superior y autonomía Progresiva

¹ Funcionaria del centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos SURKUNA

ABSTRACT

This article aims to create a legal reflection, from the framework of Human Rights and the paradigm of comprehensive protection of the rights of children and adolescents on the issue of informed consent in adolescents, and their relationship to parental authority and the duties and obligations of States, based on the analysis and application of the principles of higher welfare and progressive autonomy.

KEY WORDS:

Informed consent, adolescents, sexual health, reproductive health, superior wellness and progressive autonomy

INTRODUCCIÓN

En la actualidad en Ecuador, uno de los debates más importantes en materia de Derechos Humanos de los y las adolescentes es su capacidad para tomar decisiones voluntarias, autónomas, informadas sobre sus derechos relacionados con su salud, vida sexual y vida reproductiva, frente a su derecho a la protección por parte de sus padres y del Estado, que se cristalizan en la patria potestad y en las políticas públicas dirigidas a este sector poblacional.

Este es un debate, que en nuestro país, toma mayor importancia, en el contexto actual, en que las políticas públicas sobre salud sexual y salud reproductiva para adolescentes parten de un paradigma que desconoce a los y las adolescentes como sujetos de derecho y los plantea como sujetos de control²; en que las propuestas

² En diciembre del 2014, el Presidente Correa mediante Decreto Ejecutivo 491 del 12 de diciembre del 2014, transfiere a la Presidencia las funciones de la Estrategia de Planificación Familiar y Prevención del Embarazo en Adolescentes ENIPLA, y la pone bajo control de Mónica Hernández, asesora presidencial con fuertes nexos con grupos religiosos católicos altamente conservadores. Bajo el control de Hernández ENIPLA es transformado en “Plan Nacional de Fortalecimiento de la Familia” más conocido como Plan Familia, una estrategia centrada en la promoción de valores en detrimento de los derechos, el fortalecimiento de la familia, y la educación en abstinencia, que de acuerdo a el borrador de la misma pretende: “lograr un giro significativo en el patrón de comportamiento en adolescentes y jóvenes respecto a la vivencia de la afectividad y la sexualidad, a través del complemento de las políticas públicas en la temática y el fortalecimiento del rol protagónico de la familia” centrandolo su accionar en la educación sexual en “valores, de responsabilidad y familia” (HERNÁNDEZ, Mónica, *Versión Borrador Plan Nacional de Fortalecimiento de la Familia.*, 2014)

legales de códigos intergeneracionales como el llamado “código por ciclo de vida”³ resultan fuertemente regresivas en materia de autonomía progresiva y bienestar superior de niños niñas y adolescentes⁴ y en los que cada día existen más barreras para que jóvenes y adolescentes puedan ejercer sus derechos y acceder a servicios de salud sexual y salud reproductiva⁵.

Es entonces que se vuelve de trascendental importancia generar una reflexión legal, desde el marco de los Derechos Humanos y el paradigma de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes sobre el tema del consentimiento informado en adolescentes, y su relación con la patria potestad y con los deberes y obligaciones de los Estados.

Este artículo pretende aportar para esta reflexión crítica, partiendo del análisis del marco jurídico nacional e internacional

<http://www.planfamilia.gob.ec/>

³ <https://www.dropbox.com/s/4nbf76sp9h7yika/Proyecto%20de%20Ley%20del%20C%C3%B3digo%20de%20Ciclo%20de%20Vida%20T.pdf?dl=0>

⁴ El 21 de marzo del 2016, la asambleísta de Alianza País, Zobeida Gudiño, presentó la propuesta de Código por ciclo de vida, la misma que fue fuertemente criticada por varios sectores y archivada al ser catalogada como la forma de transformar códigos y comportamientos morales altamente conservadores en ley. <http://www.planv.com.ec/historias/sociedad/codigo-ciclo-vida-manual-correista-regular-la-vida>

⁵ Actualmente las barreras y brechas que adolescentes y jóvenes enfrentan para acceder a servicios de salud, salud sexual y salud reproductiva generan que los mismos no puedan ejercer sus derechos. Para profundizar al respecto de esto puede leer la investigación: *Nuestros Derechos, Nuestras Voces*, realizada en el año 2016 por el Centro de Apoyo y Protección de Derechos Humanos SURKUNA.

sobre derechos de los y las adolescentes, de recomendaciones de comités internacionales y relatores, y de sentencias de cortes internacionales y de otros países sobre esta problemática.

Es fundamental aclarar que para el presente artículo distinguiremos entre niños, niñas y adolescentes, como dos situaciones jurídicas diferenciadas. Abordando para el presente análisis únicamente la situación de adolescentes.

Entenderemos a la adolescencia como una edad comprendida entre 10 y 19 años, dónde se evidencian cambios biológicos, psicológicos y sociales en la persona, que marcan la transición de los patrones de la niñez a la adultez y consolidación de su independencia (UNICEF, 2011, Estado Mundial de la Infancia 2011, 8-10)⁶. Y que por fines prácticos, las reflexiones que se generan en el presente artículo son válidas únicamente para las y los adolescentes considerados como menores de edad, es decir menores de 18 años⁷.

⁶ Existe una discusión sobre cuáles son las edades en las que se encuentra comprendida esta etapa denominada como adolescencia, de acuerdo a UNICEF las edades que comprende van de 10 a 19 años, definición que es concordante con la establecida por parte de nuestro MSP cuando aborda el tema de la adolescencia como un ciclo de vida. No obstante nuestro código de la niñez y la adolescencia en su artículo 4, establece que se entiende como adolescente a toda persona comprendida entre los 12 y 18 años, y la Convención por los Derechos de los Niños, dentro de la cual se encuentran comprendidos los derechos de las y los adolescentes, establece como estándar para efectos de la protección que brinda a los 18 años.

⁷ La Convención sobre los Derechos de los Niños, constituye el marco normativo más relevante en cuanto al estándar de la minoría de edad. La misma establece en su artículo 1, que para efectos de la protección la minoría de edad va hasta los 18 años. Estándar que es

Esto por cuanto es alrededor de los derechos de los y las adolescentes menores de edad donde se generan los dilemas sobre su capacidad legal de tomar decisiones, debido a que la definición internacional de minoría de edad, tiene un doble propósito, establecer una protección especial para los menores de modo que sus derechos primen sobre los de otros y sean especialmente protegidos por el Estado, la sociedad y la familia, e imponer restricciones al ejercicio de los derechos y de las obligaciones por parte de los menores hasta que se presuma que tienen suficiente madurez para comprender sus decisiones y asumir las consecuencias de sus actos.

Este trabajo está dividido en varios acápites, en el primero se abordara brevemente el tema de derechos de los niños, niñas y adolescentes, la titularidad de los mismos y principios para su ejercicio; en el segundo se analizara a partir de estos conceptos el consentimiento informado en adolescentes en temas relativos a su salud sexual y su salud reproductiva.

DERECHOS DE LOS Y LAS ADOLESCENTES, TITULARIDAD Y PRINCIPIOS PARA SU EJERCICIO

Existen varios paradigmas sobre derechos de niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, en la actualidad la más aceptada es la doctrina de protección integral (SIMON, Farith, 2008, Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los del Niño a las Legislaciones Integrales, 63) de acuerdo a la cual los mismos son titulares de derechos en varias dimensiones: política, económica, social, cultural, sexual, reproductiva, y de derechos

coherente con la mayoría de legislaciones de Latinoamérica y con la legislación del Ecuador.

colectivos (AGUILAR CARVALLO, Gonzalo, 2008, “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 229), que ejercen de acuerdo a su madurez y desarrollo progresivo.

La existencia de Derechos Humanos específicos de niños, niñas y adolescentes, desde esta perspectiva, no genera regímenes excepcionales sino que interpreta y adapta el régimen general de los Derechos Humanos a las particularidades de estos rangos etarios, generando un sistema jurídico de protección de niños, niñas y adolescentes en tanto titulares de derechos tanto en el ámbito internacional como en el local (AGUILAR CARVALLO, Gonzalo, 228-230).

El principal instrumento internacional en materia de Derechos de los niños, niñas y adolescentes, es la Convención sobre los Derechos del niño del 20 de noviembre de 1989, la misma que ha sido firmada y ratificada por 192 Estados (incluido Ecuador), lo cual demuestra su amplio grado de reconocimiento y aceptación a nivel mundial. Esta convención es de obligatorio cumplimiento para el país y forma parte del bloque de constitucionalidad (GARCÍA FALCONÍ, José, “Tratados Internacionales de Derechos Humanos: Diferenciación con otros tratados” 2014).

En cuanto a legislación interna, la constitución de la República constituye un instrumento fundamental en materia de derechos Humanos de niños, niñas y adolescentes, al igual que el Código de la Niñez y la adolescencia vigente en la actualidad. Los mismos que reiteran lo establecido en la Convención de Derechos del Niño, reconociendo la titularidad de derechos de niños, niñas y adolescentes; la obligación de protección especial a los mismos por parte del Estado, la sociedad y la familia; y el

ejercicio progresivo de estos derechos de acuerdo a su madurez y desarrollo (SIMON, Farith, 63)

De acuerdo a todos estos instrumentos legales los y las adolescentes menores de edad son titulares de derechos, cuyo ejercicio debe regirse por dos principios fundamentales, el principio de interés superior y el de autonomía progresiva.

El principio de interés superior, es cardinal en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes, el mismo ha sido reconocido a nivel internacional y nacional como un principio general de derechos⁸ y como un principio integrante del sistema jurídico de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes (AGUILAR CARVALLO, Gonzalo, 226-227). El mismo se encuentra establecido en el artículo 3 de la Convención por los Derechos del niño de forma general y en los artículos 9.1, 9.3, art. 18.1 y art. 20.1. de la misma Convención en forma específica, y tiene su correlato en nuestra legislación en el artículo 44 de la Constitución de la República y el artículo 11 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

Este principio hace referencia a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos (SIMON, Farith, 319) y establece que sus derechos prevalecen sobre los de cualquier persona; que los mismos requieren de una protección reforzada del Estado, la sociedad y la familia, por la vulnerabilidad fáctica que implica la minoría de edad (GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana Cristina y DURÁN, Juanita, 2010, Derechos sexuales y reproductivos de la gente joven, 12) y que las limitaciones que se impongan al ejercicio de derechos por parte

⁸ En el sentido dado a los mismos por el artículo 38 letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

de niños y adolescentes no pueden causarles daño, desprotegerlos, ni generarles condiciones de mayor vulnerabilidad (GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana Cristina y DURÁN, Juanita, 12)

El principio de bienestar superior del niño en su desarrollo y aplicación plantea que las prerrogativas, derechos y garantías del régimen de protección internacional de Derechos Humanos de los niños, pueden ser aplicadas también en ámbitos privados, siendo posible la utilización y consideración del mismo para analizar las relaciones familiares, y el rol de los padres como garantes de derechos (AGUILAR CARVALLO, Gonzalo, 235).

El mismo se formula como un mandamiento amplio y por tanto como un concepto jurídico indeterminado, cuya aplicación requiere de la evaluación de la situación fáctica de niños, niñas y adolescentes para determinar la idoneidad de la misma para el ejercicio de sus derechos.

En cuanto a su función, este principio es multidimensional (SIMON, Farith, 79-89 y 319) pues actúa en el desarrollo de derechos, su determinación, su sustentación, su limitación y su aplicación; ya que sirve como principio orientador de las autoridades legislativas, judiciales y administrativas, y como cláusula de prioridad frente a conflictos que requieran ponderación de derechos.

El principio de autonomía progresiva, por su parte, implica que de acuerdo a sus capacidades evolutivas niños, niñas y adolescentes van ganando autonomía para la toma de decisiones sobre el ejercicio de sus derechos y sobre sus vidas. Su implementación requiere del establecimiento de un equilibrio entre el reconocimiento de las y los adolescentes como agentes activos en sus propias vidas que tienen derecho a ser respetados

como ciudadanos, como personas y como titulares de derechos con una autonomía creciente, y el derecho que tienen a diferentes niveles de protección de acuerdo a su grado de vulnerabilidad (GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana Cristina y DURÁN, Juanita, 12-15).

La clave de este principio es la autonomía, la misma que se desarrolla conforme niños, niñas y adolescentes van creciendo, y adquiriendo competencia para tomar decisiones que afecten sus vidas (SIMON, Farith, 39).

Este principio actúa en dos sentidos, permitiendo y garantizando el ejercicio de derechos por parte de adolescentes cuando existan las condiciones e impidiendo su adultización prematura (SIMON, Farith, 2010, “Garantías de los derechos de la infancia y adolescencia”, 475).

Y tiene como objetivo promover el desarrollo, la competencia y la gradual autonomía de niños, niñas y adolescentes; valorar las contribuciones que ellos y ellas hacen hacia su propia protección; generar de condiciones donde se potencie su participación y la responsabilidad sobre sus decisiones; garantizar su protección especial e impedir injerencias arbitrarias en su vida que puedan convertir su minoría de edad en una condición de vulnerabilidad (GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana Cristina y DURÁN, Juanita, 18-20).

Este principio se encuentra establecido en el artículo 5 de la Convención de Derechos del Niño y tiene su correlato en el artículo 44 y 347.5 de la Constitución de la República y en el artículo 13 del Código de la Niñez y la adolescencia.

El mismo se complementa con el reconocimiento realizado por parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, de que las

restricciones a los derechos de las y los adolescentes realizadas supuestamente para su protección no pueden causarles daño, ni afectar sus derechos y su bienestar, pues en caso de hacerlo las mismas se vuelven inválidas por vulnerar la protección de éstos, que son el principio de su existencia y constituirse en injerencias arbitrarias. Tesis que se ve respaldada por el artículo 16.1 de la convención que prohíbe las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada de niños, niñas y adolescentes y el establece el derecho a la protección estatal de las y los menores cuando esto suceda.

Artículo 16 1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. **2.** El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques. (Convención sobre los Derechos de los niños, 1989)

Todo lo expuesto anteriormente, nos permite generar un escenario para analizar el tema de derechos de niños, niñas y adolescentes, desde el cual si bien existe un ejercicio limitado de los derechos para estos grupos por temas de protección, existen también en contrapartida limitaciones a patria potestad de los padres y madres, en base a los principios de interés superior de los niños, niñas y adolescentes y de autonomía progresiva; con el objetivo de garantizar que no exista un ejercicio desproporcionado de la autoridad que vulnere los derechos de los menores.

CONSENTIMIENTO INFORMADO EN ADOLESCENTES EN EL MARCO DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA Y BIENESTAR SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El consentimiento Informado, es un derecho de las personas en salud, que se entiende como la expresión autónoma de su voluntad para elegir, autorizar o negar un determinado procedimiento, posteriormente a una adecuada información proporcionada sobre el mismo, sus riesgos, beneficios, alternativas y posibles cursos alternativos (PACHECO, Víctor Manuel, 2015, Consentimiento Informado (fundado), 1).

Su fundamento es el respeto al Derecho Humano a la Libertad, traducido como principio de autonomía y autogestión de las personas de su propia vida de acuerdo a sus valores y deseos (PACHECO, Víctor Manuel, 1).

El consentimiento informado tiene dos componentes:

1. Derecho a recibir información clara, veraz y oportuna sobre todos los aspectos del procedimiento objeto del consentimiento; y,
2. El derecho a decidir de manera autónoma, sin interferencias, violencia o coerción sobre si aceptar o rechazar determinado procedimiento.

En Ecuador en materia de consentimiento informado de las y los adolescentes no existe una normativa clara, razón por la que es fundamental analizar el tema de consentimiento informado en adolescentes para tomar decisiones concernientes a su salud a la luz de los principios de bienestar superior y autonomía progresiva, con el objetivo de garantizar el ejercicio de los derechos de los adolescentes. Teniendo en cuenta que existe una tensión entre la posibilidad de que ellos ejerzan sus derechos de forma autónoma,

y su derecho a la protección en base a la cual muchas veces sus derechos son limitados por la patria potestad de sus padres y madres.

En este sentido, es importante reflexionar, como generar un equilibrio ente el reconocimiento de los y las adolescentes como agentes activos en sus propias vidas con autonomía creciente, y el derecho que tienen a diferentes niveles de protección de acuerdo a su grado de vulnerabilidad. (Convención sobre los Derechos de los niños, 1989).

Al abordar el tema de consentimiento informado en caso de menores de edad, desde la consideración de la regla del menor maduro o autonomía progresiva y la regla del bienestar superior de niños, niñas y adolescentes, implica el reconocimiento de la madurez de las y los adolescentes menores de forma independiente a su edad, sin que esto restrinja la posibilidad de establecer edades límites para la subrogación de la decisión en determinadas prácticas; y la garantía de que las decisiones de sustitución que se tomen sobre la salud de o la menor en caso de ser necesario no le causen daño.

Como regla general, si el menor es capaz de comprender, intelectual y emocionalmente, el alcance de la intervención, es él quien debe tomar la decisión autónomamente. Si el menor no cuenta con estas condiciones el consentimiento lo debe prestar el representante legal, después de haber escuchado su opinión cuando es mayor de doce años. Si el menor tiene más de dieciséis años o está emancipado, no se puede prestar el consentimiento por representación (GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana Cristina y DURÁN, Juanita, 18).

La comprensión de estos conceptos requiere reconocer que los y las niños, niñas y adolescentes van adquiriendo progresivamente condiciones para adoptar decisiones autónomas sobre su vida y ejercer los derechos de los que son titulares. Y que por tanto el ejercicio de la protección paternal o maternal, traducida en la subrogación del consentimiento en salud, solo es legítima cuando efectivamente la precariedad del juicio y discernimiento del niño, niña o adolescentes le hace requerir de la misma como una forma de protección.

Esto implica que las capacidades evolutivas de las y los menores de edad pueden ser entendidas como una forma de limitación al ejercicio de la autoridad parental, en favor del ejercicio de sus derechos de las y los adolescentes de acuerdo con su madurez. Esto se cristaliza en la toma de decisiones sobre su salud y vida aun cuando las mismas contraríen las expectativas o deseos de sus progenitores.

El concepto de menor madura/o es la regla a través de la cual se establece el respeto a las capacidades evolutivas de las y los adolescentes. Según esta regla:

(...) cuando este puede comprender la información que se le brinda y el alcance de los actos, sus riesgos y sus consecuencias, debe ser él quien decida,, partiendo de la constatación empírica según la cual los menores adquieren “madurez moral” mucho antes de ser mayores de edad, independientemente de los años cumplidos, aunque algunos se puedan tardar más que otros. Por consiguiente, dicho enfoque supone que los menores pueden ejercer sus derechos desde el momento que pueden gozarlos (GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana Cristina y DURÁN, Juanita, 19).

Tomando en cuenta esto y el principio de bienestar superior del niño, niña y adolescente de acuerdo al cual en cualquier caso la titularidad de derechos de los menores se mantiene sobre las limitaciones que pueden establecerse al ejercicio de los mismos, por lo cual la restricción a los derechos de las y los adolescentes no puede causarles daño, ni afectar sus derechos y su bienestar, en caso de hacerlo se vuelve inválidas por vulnerar la protección de las y los niños, niñas y adolescentes que son el principio de su existencia.

Art. 11.- El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla (Código de la Niñez y la adolescencia, 2003)

Artículo 16 **1.** Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. **2.** El niño tiene derecho a

la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.
(Convención sobre los Derechos de los niños, 1989)

Retomando estos fundamentos en la discusión del consentimiento informado en niños, niñas y adolescentes, queda claro que las y los adolescentes tienen derecho a dar su consentimiento sobre decisiones concernientes a su salud, de acuerdo a su madurez y de forma progresiva y autónoma. Lo cual implica que se debe propiciar que los y las adolescentes menores tomen la decisión y en caso de que realmente no tengan capacidad para hacerlo, la decisión debe ser sustituida, garantizándose siempre que las decisiones de sustitución que se tomen sobre la vida de los y las adolescentes menores no le causen daño.

En este sentido, el Estado tiene una obligación mucho más amplia en materia de garantía de los Derechos de las y los adolescentes, incluido su derecho a decidir sobre su salud, pues por un lado tiene la obligación de garantizar el ejercicio de estos derechos, conforme los reconoce como titulares de los mismos con autonomía creciente y por otra tiene la obligación de ofrecerles protección especial frente a los diversos grados de vulnerabilidad que puedan dificultar el ejercicio de sus derechos, tanto si estos obstáculos derivan de su falta de madurez suficiente o de un intento de injerencia abusiva de sus padres y madres sobre su vida privada. Por lo cual el Estado en algunas ocasiones tiene la obligación de limitar la patria potestad de los padres y madres, de acuerdo al principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes; y su autonomía progresiva. Esto con el objetivo de garantizar que no exista un ejercicio desproporcionado de la autoridad que vulnere los derechos de los y las adolescentes.

Así, el Estado ecuatoriano debe garantizar que las restricciones a los derechos de las y los adolescentes estén fundamentadas, y que en ningún caso puedan afectar su bienestar.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LAS Y LOS ADOLESCENTES EN TEMAS DE SALUD SEXUAL Y SALUD REPRODUCTIVA

El derecho de las y los adolescentes a consentir sobre temas de salud sexual y salud reproductiva debe ser analizado desde una perspectiva amplia, que nos permita por un lado generar una reflexión sobre los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos de las y los adolescentes y su ejercicio; y por otro sobre el consentimiento informado en diversos procesos relacionados con la salud sexual y salud reproductiva de las y los adolescentes.

Para comenzar esta reflexión es necesario plantear que los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos⁹, han sido reconocidos por la comunidad universal como Derechos Humanos en tratados, convenciones y acuerdos aprobados internacionalmente¹⁰. Y

⁹ Estos derechos incluyen: tomar decisiones libres, informadas y voluntarias sobre su sexualidad; no ser discriminadas por orientación sexual o identidad de género; derecho a la confidencialidad de la información en salud y sobre su vida sexual; el acceso a servicios de salud basados en los principios de la bioética, que respete las condiciones intergeneracionales, interculturales, de género, con eficiencia, trato digno, calidad y calidez; la autodeterminación reproductiva; el derecho a la integridad personal física, psíquica, moral y sexual; el derecho a una vida libre de violencia en el ámbito público y privado planteándose la obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia; y el derecho fundamental de las personas una vida digna.

¹⁰ A partir de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de El Cairo (1994) y su Programa de Acción respectivo que se

que los mismos, son reconocidos por nuestra Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 66 y 32 y por nuestra normativa interna en el Art. 259 de la Ley Orgánica de Salud, como Derechos Humanos Fundamentales e inherentes a la libertad de las personas.

En este sentido y de acuerdo a nuestra Constitución, artículo 11, estos Derechos son de inmediata y directa aplicación sin ningún tipo de discriminación, su contenido no pueda ser restringido y no puede haber regresividad ni en su aplicación ni en su conceptualización. Siendo el rol del Estado respetarlos, proteger su ejercicio y garantizarlos.

Los y las adolescentes en tanto titulares de derechos, son titulares también de los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos, ya que como lo establece nuestra Constitución, artículo 45, “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad.” (Constitución).

reconoce la existencia de los derechos reproductivos, y acuña el “derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva” (Naciones Unidas, 1995) Siendo no obstante, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995, donde se establece la garantía del Derecho a la salud y los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos como fundamentales para el ejercicio de los Derechos Humanos y el desarrollo, calificando enfoques en todo proceso de comprensión integral de los Derechos sexuales y derechos reproductivos como DDHH y legitimando también los derechos sexuales (Naciones Unidas, 1996). En esta conferencia se generó el documento más completo producido por una Conferencia de Naciones Unidas con relación a los derechos de las mujeres ya que incorpora lo logrado en conferencias y tratados anteriores.

Nuestra Constitución además al establecer a este grupo poblacional como prioritario, genera una obligación estatal de garantizar prioritaria sus derechos, y a la vez de vigilar que los mismos no sean vulnerados.

Sin embargo, cuando hacemos referencias a los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos de las y los adolescentes, no debemos olvidar que el ejercicio de los mismos debe estar vinculado a la madurez de los adolescentes, y su bienestar, entendido no desde una lógica adultocéntrica, sino partiendo de un análisis de las condiciones de la o el adolescente y de un diálogo conjunto con él o ella. Siendo que hay ocasiones en que un derecho puede limitarse como una forma legítima de protección y otras en que su limitación implica una efectiva vulneración que no debe ser permitida. Pongamos un ejemplo, negar el acceso de adolescentes a información sobre sexualidad, los expone a tener prácticas sexuales inseguras que pueden generar impactos a largo plazo en sus vidas y por tanto vulneraría sus derechos (JIMBO, Ruth, 2010, Educación sexual versus abstinencia en adolescentes, 6-7), en cambio como contrapartida, permitir la libre asociación sexual de adolescentes menores de 14 años, con adultos generar vulnerabilidad para los primeros pues los expone a formas de manipulación y violencia generadas por la diferencia de edad, y por tanto en este caso es necesario establecer una limitación para este derecho (VALENZUELA, Lidia y CASAS, Ester, 2010, “La regulación legal sobre la capacidad de los adolescentes en algunos países de América Latina y su impacto en la salud sexual y reproductiva”, 45-47).

Uno de los derechos sexuales y derechos reproductivos de la población adolescentes es el acceso a servicios de salud en estos ámbitos de forma confidencial y prioritaria, garantizando la

posibilidad de que los mismos puedan consentir determinadas prácticas sin necesidad de autorización de sus madres o padres, desde una perspectiva de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, y que por tanto tome en cuenta los principios de bienestar superior y autonomía progresiva.

En este sentido debemos analizar, que situación garantiza de mejor manera los derechos de las y los adolescentes: a) que puedan acceder a servicios de salud sexual y salud reproductiva sin autorización de sus padres o b) que tengan limitado su acceso a los mismos y sus decisiones en salud estén supeditadas a la opinión de sus padres.

Para indagar en este dilema, debemos comenzar evaluando cuáles son las consecuencias de no acceder a servicios de atención en salud sexual y salud reproductiva por parte de la población adolescente, y cuál es el papel que juegan padres y madres en la educación sexual de sus hijos e hijas y su acceso a servicios de salud en estos ámbitos.

De acuerdo a múltiples estudios, entre las principales consecuencias de la falta de acceso por parte de adolescentes a servicios de salud sexual y salud reproductiva se encuentra: el aumento de los riesgos de prácticas inseguras y sus consecuencias: embarazos adolescentes, ITS incluido el VIH, Abortos inseguros, mortalidad materna, violencia sexual sistemática (CHRISTOFIDES, 2014, Risk factors for unplanned and unwanted teenage pregnancies occurring over two years of follow-up among a cohort of young South African women); la instauración de estilos de vida riesgosos que pueden tener impactos potenciales en la calidad de vida de las personas (MADDALENO, Matilde, MORELO, Paola e INFANTE, Francisco, 2003, “Salud y desarrollo de adolescentes y jóvenes en

Latinoamérica y El Caribe: desafíos para la próxima década”, 133); la restricción de la capacidad de las personas de tomar decisiones reproductivas, lo cual repercute en su incapacidad para planificar sus vidas y cumplir con sus planes de vida (TRIVEDI D, BUNN F, GRAHAM M, WENTZ R., 2007, Update on review of reviews on teenage pregnancy and parenthood. Centre for Research in Primary and Community Care University of Hertfordshire, 49); la reproducción de la inequidad de género y su mantenimiento por el aumento de las disparidades en educación y trabajo para las mujeres. Si la familia es más numerosa, especialmente si hay más de cinco hijos, la probabilidad de que las niñas permanezcan en la escuela disminuye notablemente (INEC, Censo 2010, 2010) la reproducción de la inequidad social y económica, potenciando el mantenimiento de los círculos de pobreza y de las desigualdades. El embarazo adolescente ha sido asociado con un bajo rendimiento educacional y con otros factores asociados a pobreza (TRIVEDI D, BUNN F, GRAHAM M, WENTZ R., 275-291); la interrupción o discontinuación de la educación, muchas adolescentes embarazadas se ven forzadas a abandonar la escuela y con ella sus aspiraciones laborales, bien por la implicación social, la implicación física del embarazo o por expulsión directa por parte del centro. El 59,1% de mujeres que se embarazaron entre 15 y 24 años interrumpió sus estudios a causa del embarazo, de este porcentaje 44,3% no volvió a retomarlos (ENSANUT 2013); y la “maternización” de niñas que niega su derecho a vivir la adolescencia y las somete a maternidades forzadas, afectando su salud integral (Fundación Desafío. Vidas Robadas: entre la omisión y la premeditación, 2015).

Como podemos mirar en toda la evidencia esgrimida, el no acceso a servicios y la limitación de las decisiones de adolescentes sobre su salud sexual y salud reproductiva afecta sus derechos sexuales

y derechos reproductivos, pero también vulnera otros Derechos Humanos fundamentales de esta población, como lo son su derecho a la salud, a la integridad, a la vida, a la confidencialidad, privacidad, y educación (R.COOK, B.M.DICKENS, 2005, El reconocimiento de “la evolución de las facultades” de los adolescentes para tomar decisiones en cuanto a su salud reproductiva, 20-21). Generando este no acceso que la minoría de edad se convierta en un factor de inequidad, vulnerabilidad y desprotección.

En ese sentido, se debe reconocer que la minoría de edad no puede convertirse en un factor de vulnerabilidad ni se puede utilizar para permitir o causar daños, como la desprotección de los derechos a la salud y la integridad de los menores, lo cual sucede cuando se niega su posibilidad de decidir en relación con su sexualidad y su reproducción (GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana Cristina y DURÁN, Juanita, 12).

Razón por la que puede afirmarse que negar el acceso de adolescentes a estos derechos constituye una injerencia arbitraria en su vida. Siendo que el acceso a servicios de salud y la posibilidad de tomar decisiones sobre estos aspectos de su vida, constituyen medios de protección de sus derechos y de su integridad (R.COOK, B.M.DICKENS, 20-21).

El segundo factor de análisis para clarificar este dilema es el papel que juegan padres y madres en la educación sexual de sus hijos e hijas y en su acceso a servicios de salud sexual y salud reproductiva.

De acuerdo a estadísticas, en el Ecuador el medio por el cuál las personas se enteran de temas relacionados con sexualidad

es la televisión (20%). Sin embargo, no existen datos sobre el tipo de mensajes que los y las adolescentes adquieren a través de este medio.¹¹ Siendo otras fuentes importantes de información la escuela o colegio y estando en un lugar muy inferior en cuanto a la información sobre estos temas la familia (FREIRE W. B., RAMÍREZ M.J., BELMONT P., MENDIETA M.J., SILVA K.M., ROMERO N et al., 2013, Encuesta nacional de salud y nutrición 2011-2012, 272)¹², hecho que se debe a la falta de información en padres y madres para hablar sobre su sexualidad con sus hijos e hijas, a sus sentimientos de vergüenza y actitudes de silencio y desaprobación (UNESCO, 2010, Orientaciones Técnicas Internacionales sobre Educación en Sexualidad, 11).

Estudios muestran que incluso en los casos donde padres y madres juegan un rol importante en la educación sexual de sus hijos e hijas, la información que estos tienen no siempre es completa, basada en evidencia y adecuada a la edad, lo cual puede influir en que las y los adolescentes vivan su sexualidad a partir de creencias y mitos perjudiciales para el ejercicio de la misma (UNIFEC y Plan Internacional, 2014, Vivencias y relatos sobre

¹¹ Se conoce, no obstante, que en EEUU los y las adolescentes son receptores de aproximadamente 14.000 referencias anuales a temas sexuales. Sin embargo, solo 165 de estos mensajes se refieren a prácticas sexuales responsables, uso de métodos anticonceptivos, abstinencia y el riesgo de embarazos no planeados o ITS. (UNFPA, Equipo de Apoyo Técnico de América Latina y el Caribe, s/f)

¹² De acuerdo a las estadísticas el 20% de las mujeres entre 15 y 24 años de edad no ha recibido información sobre pubertad; el 17,2% no han recibido información sobre los aparatos reproductores, el 6,8% no han recibido información sobre menstruación; el 13,9% no han recibido información sobre relaciones sexuales; el 15,3% no ha recibido información sobre métodos anticonceptivos; 13,7% no ha recibido información sobre VIH e ITS; y el 47% no ha recibido información sobre anticoncepción oral de emergencia.

el embarazo en adolescentes. Una aproximación a los factores culturales, sociales y emocionales a partir de un estudio en seis países de la región. Informe Final, 42 y 68).

En cuanto a acceso a servicios de salud sexual y salud reproductiva, la evidencia muestra que padres y madres suelen tener una fuerte resistencia de llevar a sus hijos e hijas a los mismos por creencias erróneas sobre su papel para promover relaciones sexuales tempranas en adolescentes (UNICEF y Plan Internacional, 39 y 43) y que las y los adolescentes suelen tener sentimientos de vergüenza y miedo de ir a servicios de salud con sus padres y madres pues esto generalmente responde a lógicas de control de su vida sexual y no de protección. (SURKUNA, 2016, 36 y 37). Esta es la causa por la cual en Ecuador el grupo poblacional que ha asistido a la menor cantidad de consultas por morbilidad en el país y por tanto el más expuesto a los riesgos antes descritos (MSP).

El análisis de esta segunda variable, nos permite afirmar que limitar el acceso de adolescentes a servicios de salud sexual y salud reproductiva al no permitirles tomar decisiones sobre estos aspectos de su vida, repercute en su efectivo no acceso a los mismos y trae como consecuencias todos los impactos negativos antes mencionados. En este sentido, esta limitación también vulneraría los derechos de las y los adolescentes, y se constituirá por tanto en un injerencia arbitraria en su vida.

Esto implica que al negarse el acceso de adolescentes a servicios de salud sexual y/o salud reproductiva o reducirse este acceso al no permitirles tomar decisiones sobre su salud, su sexualidad y su reproducción, se vulneran todos estos derechos. Constituyendo estas restricciones una

injerencia arbitraria en su vida privada, que vulnera su bienestar superior. Todas las limitaciones para decidir de las/los menores de edad deben interpretarse siempre restrictivamente, respetando lo más posible su autonomía y trasladando, a quien se opone a que decida de manera autónoma o considera que carece de condiciones hacerlo, la carga de probarlo.²¹ También deben interpretarse como una medida de protección y no como una limitación, por lo que no pueden ser usadas para desproteger a los menores (GARCÍA, Diego, y otros, 2001, Toma de decisiones en el paciente menor de edad. Instituto de Bioética. Fundación Ciencias de la Salud, 181).

En este sentido se puede concluir que es fundamental para la garantía de los derechos de las y los adolescentes, y de su bienestar superior que se les permita acceder a servicios de salud sexual y salud reproductiva y tomar decisiones sobre estos aspectos de sus vidas.

Otro dilema que surge en el marco de esta discusión, es si permitir el acceso de adolescentes a servicios de salud sin autorización de sus padres y madres atenta contra la patria potestad de los mismos y de otros derechos que tienen en su calidad de progenitores.

Para analizar esto debemos empezar por recordar que la patria potestad no puede vulnerar los derechos de las y los adolescentes, pues en ese caso violaría el principio de su existencia, que es la protección de estos. Razón por la cual no puede aducirse vulneración de esta para evitar que adolescentes accedan a servicios de salud sexual y salud reproductiva de forma integral, a menos que se pruebe que la restricción de este acceso es efectivamente un factor de protección del bienestar superior del

menor, lo que sucede en muy pocos casos, siendo la regla general como se demostró anteriormente que estas restricciones lesionan sus derechos y los ponen en situaciones de indefensión.

Al respecto, el caso “Gillik vs West Norfolk & Wisbech Area Health Authority” (Lords, House of. Gillik vs West Norfolk & Wisbech Area Health Authority, 1985), establece una jurisprudencia clara al señalar que las normas que permiten que adolescentes dispongan de planificación familiar y/o anticoncepción no vulneran la patria potestad, pues se basan en los principios de interés superior de los niños y las niñas y autonomía progresiva de los mismos/os. Así mismo, el Tribunal Constitucional Chileno en el requerimiento de inconstitucionalidad al D.S. 48 del Ministerio de salud, rol 740-07 del 18 de abril del 2008. Niega la acción de inconstitucionalidad presentada contra la prescripción de Anticoncepción Oral de Emergencia y otros anticonceptivos, y en lo concerniente al consentimiento y confidencialidad de adolescentes para acceder al mismo manifiesta:

(...)El Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, y las normas contenidas en la sección D bajo el título “Anticoncepción en Población Específica” en el punto 1 “Anticoncepción en Adolescentes”, de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, que son parte integrante del mencionado decreto, no vulneran el derecho de los padres a educar a sus hijos ni les impiden el cumplimiento del deber que les incumbe, al establecer la consejería a adolescentes en un marco de confidencialidad sin consentimiento ni conocimiento de los padres. Las normas sobre consejería en condiciones de confidencialidad no impiden, en efecto, a los padres de las adolescentes escoger el establecimiento educativo

de sus hijas ni transmitir a éstas conocimientos y valores sobre la vida sexual, lo que es suficiente para rechazar el requerimiento en esta parte, sin que dichas normas vulneren el ejercicio legítimo de los derechos de las adolescentes, que también debe ser respetado (...) (Resuelve) Que asimismo se rechaza el requerimiento, en cuanto impugnó la consejería a adolescentes en el marco de confidencialidad sin conocimiento ni consentimiento de los padres (...)

En este mismo sentido, la Guía de supervisión de la salud de las y los adolescentes emitida por el Ministerio de Salud Pública en el 2014 y el Acuerdo Ministerial 2490 que regla la disponibilidad de métodos anticonceptivos en el Sistema Nacional de Salud del Ecuador establece:

Los profesionales de salud saben que ninguna persona requiere autorización de sus familiares o de su pareja para acceder a atención, a anticoncepción, o asesoría y, por lo tanto deben proveer la atención, información y asesoría que requieran (Acuerdo Ministerial N° 00002490).

La atención a adolescentes debe garantizar: 6. Su derecho a ser respetado en la evolución de sus facultades, lo que se conoce como autonomía progresiva, que se traduce en la posibilidad de formarse un juicio propio, poder decidir por sí y asumir las consecuencias de su decisión. (Salud en adolescentes. Guía de Supervisión, 2014)

En cuanto al planteamiento de que permitir a adolescentes acceder a servicios de salud sexual, y salud reproductiva sin autorización de sus padres y madres puede ser vulneratorio de otros derechos de sus progenitores como la libertad de conciencia, la libertad

de educar a sus hijos en sus principios y otros. Es fundamental señalar que garantizar los derechos de los adolescentes no vulnera estos derechos de los padres y madres, pues permitirles acceder a información educación y atención en salud sexual y salud reproductiva no interfiere en la posibilidad de sus progenitores de educarlos conforme a sus valores y creencias. En el supuesto no consentido de que existiera una afectación a los derechos de padres y madres, se debe recordar que por el principio de bienestar superior de niños, niñas y adolescentes, los derechos de estos priman sobre los de cualquier otra persona y se deben tomar las decisiones que sean más favorables a las y los mismos.

Para garantizar que el consentimiento de adolescentes sobre su salud sexual y salud reproductiva resguarde efectivamente sus derechos, es fundamental analizar este tema también desde el principio de autonomía progresiva, pues si bien generalmente el acceso a servicios y su capacidad para tomar decisiones sobre sexualidad y reproducción es un factor protector, pueden haber casos en que se genere una sobrecarga sobre las y los adolescentes al pedirles tomar decisiones para las cuales no tienen la madurez suficiente.

Como no existen pautas claras sobre la edad en que las y los adolescentes pueden consentir, en este artículo esbozare lo que a mi criterio podrían ser tres reglas prácticas en este tema, basadas en el análisis de otras leyes y estándares tanto nacionales como internacionales. Esto sin olvidar que cada caso debe ser analizado de forma particular con el objetivo de garantizar de manera más efectiva los derechos de las y los adolescentes.

La primera regla que en el presente artículo se propone en materia de consentimiento informado para adolescentes, es que a partir de los 16 años, estos pueden tomar cualquier decisión

sobre su salud sexual y salud reproductiva, incluso cuando se trata del requerimiento de un aborto legal. Esto pues en Ecuador a partir de esta edad se les ha reconocido la autonomía personal y madurez, al permitirles votar, conducir automóviles y ser imputables penalmente, por lo cual en ninguna circunstancia debería restringirse su posibilidad de tomar decisiones sobre su salud, reproducción y su vida sexual. Este planteamiento es coherente con los estándares internacionales en la materia que determinan también a los 16 años como la edad en que estas decisiones en salud no pueden subrogarse (LANSDOWN, Gerison, 2005, La evolución de las facultades del niño, 43).

Esto no implica que adolescentes menores no puedan tomar decisiones sobre su vida sexual y su vida reproductiva, incluyendo la decisión de un aborto legal, caso en que el criterio para tomar la decisión debe ser valorado en base a la madurez de cada adolescente en particular y su bienestar superior (LANSDOWN, Gerison, 22, 43 y 150). Se debe garantizar que el consentimiento prestado por terceros este guiado por el interés superior de las y los adolescentes, entendido como la protección de sus derechos reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos: la salud, la vida, la integridad, la información, la autonomía, la igualdad, la dignidad, los mismos que se constituyen como un límite para cualquier decisión de subrogación. Para analizar la relación entre el bienestar superior de la o el menor con el consentimiento dado o negado por padres y madres, es fundamental valorar también el alcance invasivo de la decisión que se subroga, su impacto para su potencial vida futura y las condiciones en las cuales se realizará la intervención. Por ejemplo, en caso de que la continuación de un embarazo ponga en peligro la salud o la vida de la adolescente, esto debe considerarse como prioritario frente a la opción religiosa de su padre y madre, por lo que en

caso de que la adolescentes no tenga capacidad probada para consentir, y sus progenitores no consientan, se debe acudir a la Defensoría del Pueblo o a la Junta de Protección de Derechos para solicitar autorización judicial para proceder con la intervención, y precautelar el interés superior de la adolescente.

Al respecto existe un fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso Belloti contra Baird, donde al considerarse que la decisión de una interrupción de un embarazo no es postergable y tiene un fuerte impacto en la vida de las menores, la corte decide que las adolescentes menores no casadas de cualquier edad podían obtener autorización judicial para un aborto sin autorización de su padres o madres, de acuerdo a su interés superior (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1979)

Una segunda propuesta es que los y las adolescentes de 14 años o más deberían poder consentir en la generalidad de procedimientos en salud sexual y salud reproductiva, pues de acuerdo al Código Integral Penal, es a partir de esta edad que el consentimiento en menores es válido para aceptar una relación sexual¹³. Lo cual implica que estas y estos adolescentes menores deben contar con toda la información, asesoría y herramientas para tomar decisiones sobre su vida sexual garantizando su bienestar superior y el ejercicio de sus Derechos.

Una tercera propuesta es que a partir de los 11 años, las y los adolescentes deberían recibir información, educación sobre

¹³ La excepción para la penalización de relaciones con niños, niñas y adolescentes menores a 14 años, es que las mismas hayan sido entre niño, niñas o adolescentes menores a 14 años, pues en ese caso no se podría penalizar a ninguna de las partes.

sexualidad y anticonceptivos sin requerir ninguna autorización. Esto pues a pesar de que la edad de consentimiento legal para aceptar una relación sexual son los 14 años; estudios de comportamiento sexual en adolescentes muestran que un alto porcentaje de la población juvenil menor de 14 años tiene relaciones sexuales consentidas a muy temprana edad con sus pares adolescentes o con personas adultas (CASAS, Lidia, 2005, “Confidencialidad de la información médica, derecho a la salud y consentimiento sexual en adolescentes”, 44-46). Esta realidad nos plantea la necesidad de pensar la forma de facilitar el acceso de estas y estos adolescentes a asesoría y atención en salud sexual y salud reproductiva, como una forma de prevenir las infecciones de transmisión sexual, embarazos no deseado, realizar vigilancia sobre situaciones de violencia a las que pueda estar expuestos/as y crear un ámbito de confianza y seguridad para que él o la adolescente pueda ir tomando decisiones respecto a la propia sexualidad.

Es por esto, que en el marco del Derecho Internacional de Derechos Humanos, muchos países entre ellos Argentina, Chile, Uruguay, y Bolivia, permiten que muchas decisiones en salud sexual y salud reproductiva las tomen adolescentes menores de 14 años. Pues el bien jurídico a proteger es su bienestar, integridad y salud, y la mejor manera de hacerlo es garantizarles condiciones para evitar riesgos y tomar decisiones en situación de información y seguridad. Reconociendo que la vivencia de la sexualidad no reconoce los límites impuestos por las normas sociales y/o jurídicas.

En Ecuador, la legislación y las normas asistenciales constituyen un marco jurídico ideal para garantizar este derecho en adolescentes menores. Es por esto que la regla general para el consentimiento

en menores de 14 años debe ser apreciar la capacidad para tomar decisiones en cada procedimiento, de acuerdo a su madurez y a su bienestar superior. Ya que la madurez de un/a menor para tomar decisiones sobre su salud debe ser apreciada en función del procedimiento específico, pues la autonomía progresiva tiene diversos grados y un/a menor puede ser maduro para tomar determinadas decisiones en un momento de su vida y no otras, pues no todas las decisiones requieren el mismo nivel de madurez (LANSDOWN, Gerison, 43).

Se debe considerar también que un indicio de madurez es que las y los adolescentes busquen servicios de salud, pues este acto implica conciencia del cuidado de sí mismo y de la responsabilidad frente a sus actos¹⁴ (GONZÁLEZ Vélez, Ana Cristina y DURÁN, Juanita, 20). Por esto es fundamental que se garantice su bienestar superior que se relaciona con la confidencialidad en salud, pues está comprobado que las y los adolescentes prefieren no asistir a servicios de salud que arriesgarse a que se revele información considerada como delicada por ellos/as a sus padres y madres (MSP, 17-22)

En el Ecuador de acuerdo a las cifras de la Encuesta Nacional de Salud y Nutrición (ENSANUT-2012, 127) únicamente el 79,8% de adolescentes entre 12 y 14 años conoce sobre anticonceptivos. Esto repercute en la existencia de indicadores (INEC, Anuario de camas y egresos hospitalarios, 313-315) bastante graves en adolescentes menores de 14 años, registrándose sólo en el año

¹⁴ Sin embargo, que un adolescente no busque servicios de salud no puede considerarse un indicio de inmadurez, pues la existencia de múltiples y diversas barreras de acceso a los mismos explica fácilmente su desconfianza en el sistema de salud y como la misma los disuade de buscar estos servicios.

2014, 228 abortos no especificados, 707 partos por cesáreas, y 1243 partos normales, lo cual nos habla de la brecha existente en la asesoría y atención a este grupo de edad.

Para garantizar los derechos de los adolescentes, y su capacidad de consentir es necesario que los profesionales de salud generen las condiciones para el ejercicio de su autonomía, poniendo a disposición de los mismos, explicaciones claras, completas y oportunas; tomando en serio sus dudas, inquietudes y preguntas; no priorizando sus juicios de valor sobre si les parece o no correcto que un/a adolescente haya o piense iniciar su vida sexual; e incentivando su confianza, pues el contexto en que un adolescente es atendido en el servicio de salud influencia fuertemente su posibilidad de tomar decisiones (R.COOK, B.M.DICKENS, 19-20).

La madurez de los menores para el ejercicio de su autonomía no es únicamente un asunto del desarrollo cognitivo o moral, sino que en gran medida depende del contexto en el que su madurez es evaluada. Un menor que debe decidir en siendo tratado con hostilidad, bajo la amenaza de que sus comportamientos serán divulgados, evaluado a través de preguntas inquisitivas y prejuiciosas, en espacios que no respeten su privacidad, sin hallar respuestas a sus inquietudes, tiene menos posibilidad de adoptar decisiones maduras y autónomas sobre el ejercicio de sus derechos. Se ha demostrado que los menores tienen una mayor capacidad de demostrar su comprensión de las situaciones en contextos que les resultan familiares, y también que su capacidad de asumir responsabilidades o demostrar su madurez es altamente sensible a la metodología a través de la cual se evalúan

estas competencias (GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana Cristina y DURÁN, Juanita, 21)

Por esto la madurez de las y los adolescentes debe considerarse como la posibilidad de construir un diálogo que los empodere y les permita decidir autónomamente. (LANSDOWN, Gerison, 43).

En aquellos casos donde después de haber generado condiciones que promuevan la autonomía de las y los adolescentes, se considere que un menor no tiene madurez suficiente para decidir sobre algún aspecto de su salud sexual y salud reproductiva, en el Ecuador existe un sistema de sustitución de las decisiones y el consentimiento. Este sistema consiste en la asignación de una persona cercana al menor, para subrogar la función de consentir por el o la misma.

En casos de consentimiento subrogado por terceros, se debe garantizar que el mismo este guiado por el interés superior de las y los menores, entendido como la protección de sus derechos reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos: la salud, la vida, la integridad, la información, la autonomía, la igualdad, la dignidad, los mismos que se constituyen como un límite para cualquier decisión de subrogación.

En la implementación práctica del principio de interés superior, es fundamental tomar en cuenta tres premisas fundamentales:

1. La incapacidad de la o el menor no puede convertirse en una desventaja para la protección de su salud y su vida;
2. El ejercicio del derecho a la libertad religiosa de padres y madres, no está sobre el derecho a la vida, salud e integridad de las y los adolescentes y,
3. Nadie puede adoptar decisiones negativas directas que tengan

como consecuencia el detrimento del bienestar de terceras personas.

Además, cuando se considere que los y las menores no tienen capacidad para toma de decisiones autónomas sobre su salud, esto debe estar argumentado y probado antes de proceder a llamar a una persona adulta para que subroge las decisiones. De otra manera es ilegal romper la confidencialidad de las y los menores. (SURKUNA, El Secreto Profesional en el ámbito sanitario)

En cualquier caso se requiere el asentimiento informado de las y los menores sobre los procedimientos, que implica que los mismos deben ser escuchados y preguntados sobre el procedimiento y que sus opiniones deben ser una guía para la toma de decisiones y una base para la evaluación de la relación entre bienestar superior de la o el menor con el consentimiento dado o negado por padres y madres frente a un determinado procedimiento (GARCÍA, Yolanda, 2006, “Salud, autonomía y factor religioso: Una compleja encrucijada en el supuesto de los menores”, 27).

Para analizar la relación entre el bienestar superior de la o el menor con el consentimiento dado o negado por padres y madres, es fundamental valorar también el alcance invasivo de la decisión que se subroga, su impacto para su potencial vida futura y las condiciones en las cuales se realizará la intervención.

Cuando un menor carece de capacidad para decidir directamente en asuntos relativos a la salud, el principio rector que sustituye al de autonomía es la búsqueda de su bienestar y salud. (...) De allí que se prohíben las decisiones que afectan la salud, integridad física, vida o libertades de los menores, entre muchos otros

derechos. Las decisiones que se adoptan en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de los menores deben proteger siempre su derecho a la salud sexual y reproductiva, y su salud más ampliamente (GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana Cristina y DURÁN, Juanita, 25)

Como ya lo hemos enunciado, en el caso de adolescentes es fundamental el abordaje integral por parte de los profesionales de salud, pues el componente informativo del consentimiento requiere la constatación de la comprensión de la información y la evaluación del tipo de información y la cantidad de la misma que se suministra.

.(...) los profesionales de la salud tienen un papel activo en el suministro de información para el consentimiento en el caso de menores, orientado a garantizar que quien decide este efectivamente informado y ejerce su derecho de manera autónoma (GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana Cristina y DURÁN, Juanita, 27).

El contenido de la información que se entrega a adolescentes, previo su consentimiento informado no debe diferenciarse del suministrado a adultos. Sin embargo, como lo hemos mencionado reiteradas veces es crucial la forma como se ofrece esta información, con el objetivo de generar condiciones para el empoderamiento de los y las adolescentes.

Por lo señalado, se recomienda que se considere que un/a adolescente puede ser más vulnerable a los juicios de valor

negativos, amenazantes o peyorativo; la confidencialidad¹⁵ en salud debe asegurarse incluso frente a sus padres y madres;¹⁶ y que es fundamental que la información sea lo más completa posible, y que se garantice que la misma este basada en evidencia científica (González Vélez, Ana Cristina y Durán, Juanita, 28) Es importante también conocer que no prestar los servicios que los menores con capacidad para decidir solicitan y requieren, vulnera sus derechos y los principios bioéticos en la atención sanitaria. Por lo que una intervención adecuada o la usencia de intervención con el argumento de falta de representante legal, genera responsabilidad legal para los profesionales de salud.

CONCLUSIONES

De acuerdo a la Constitución Ecuatoriana, Convención sobre los Derechos del niño, y el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, niños, niñas y adolescentes son titulares de derechos, y de acuerdo a sus capacidades evolutivas van ganando autonomía progresiva para la toma de decisiones sobre sus vidas. Esto implica la existencia de un equilibrio entre el reconocimiento de las niñas, niños y adolescentes como agentes activos en sus propias vidas que

¹⁵ Existe evidencia de que la mayoría de las menores que buscan servicios de salud sexual y reproductiva no lo haría si se informara a sus padres que usan anticoncepción, aunque solo el 1% estaría dispuesto a dejar de tener relaciones sexuales y de que los abortos tardíos en adolescentes se deben al miedo de decirles a sus padres sobre el embarazo. (Planned Parenthood Federation of America, 2004)

¹⁶ La importancia de la confidencialidad se acentúa cuando se trata de los padres, pues los comportamientos en materia sexual y reproductiva de las/los menores pueden ser abiertamente contrarios a las creencias de estos, quienes además, pueden estar interesados en disuadir, u oponerse cuando las normas jurídicas así lo permiten, a que las/los menores adopten determinadas decisiones.

tienen derecho a ser respetados como ciudadanos, como personas y como titulares de derechos con una autonomía creciente, y el derecho que tienen a diferentes niveles de protección de acuerdo a su grado de vulnerabilidad, constituyéndose la edad en un factor que protección y no de vulnerabilidad. (Convención sobre los Derechos de los niños, 1989)

El principio de bienestar superior del niño, niña y adolescentes reconocido en la Constitución del Ecuador, en la Convención de los Derechos del Niño y en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, establece que en cualquier caso la titularidad de derechos de los niños, niñas y adolescentes se mantiene sobre las limitaciones que pueden establecerse al ejercicio de los mismos. Las y los adolescentes tienen derecho a ejercer sus derechos sexuales y derechos reproductivos, incluyendo su derecho a acceder a anticoncepción, educación sexual integral, atención en salud sexual y salud reproductiva, en tanto los mismos constituyen medios de protección de sus derechos a la salud, la educación y la vida (COOK, R, 20-21). Constituyendo cualquier intento de restringir este acceso a información, educación y prestaciones de salud una injerencia arbitraria en su vida privada y un ejercicio desproporcionado de su autoridad.

En ningún caso, se debe permitir que se subrogue consentimiento por causas de edad, en mayores de 16 años. Pues la mayoría de legislaciones consideran que un adolescente a partir de los 16 años puede tomar decisiones sobre su salud y vida sin ningún problema. Además a esta edad generalmente las y los adolescentes pueden conducir, votar, y ser imputados penalmente, lo cual demuestra que se les reconoce madurez suficiente para tomar decisiones sobre su salud, y mucho más aquellas referidas a su sexualidad y reproducción.

A partir de los 14 años, en Ecuador se reconoce el consentimiento de adolescentes para tener relaciones sexuales. Razón por lo que desde antes de esta edad, se les debe garantizar las condiciones para tomar estas decisiones de forma segura y sin riesgos, para lo cual es fundamental que se garantice su atención e información en salud con confidencialidad y que se les permita tomar decisiones informadas sobre su sexualidad y reproducción.

En el caso de adolescentes menores de 14 años, es fundamental considerar que ellas y ellos están teniendo relaciones sexuales en la actualidad. Por lo cual asegurar su acceso a atención e información en salud sexual y salud reproductiva es fundamental para garantizar su bienestar superior y prevenir riesgos. En este caso se debe valorar individualmente la capacidad de cada adolescente menor para tomar decisiones referentes a salud sexual y salud reproductiva, en relación a cada proceso específico. En casos de información, asesoría y acceso a anticoncepción y anticoncepción oral de emergencia, las y los menores de 14 años pueden consentir libre y voluntariamente sobre los mismos sin la necesidad de un adulto de acuerdo a la normativa interna y los principios del Derechos Internacional de Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

BELLOTI contra Baird, 443 US 622 (Corte Suprema de los Estados Unidos 1979).

CONVENCIÓN sobre los Derechos de los niños. (1989).

AGUILAR CARVALLO, G. (2008). “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Estudios Constitucionales. Año 6 Vol I, 223-247.

CASAS, L. (2005). Confidencialidad de la información médica, derecho a la salud y consentimiento sexual en adolescentes. Revista de la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología Infantil y de la Adolescencia.

CEPAL. (2014). Panorama Social de Latino América.

CHRISTOFIDES. (2014). Risk factors for unplanned and unwanted teenage pregnancies occurring over two years of follow-up among a cohort of young South African women.

CONGRESO NACIONAL DEL ECUADOR. (2006). Ley Orgánica de Salud. Quito : Registro Oficial.

CONSTITUYENTE, A. N. (2008). Constitución de la República del Ecuador.

- COOK, R. A.** (2005). Adolescents and consent to treatment. *Journal of Gynecology and Obstetrics*, pp. 179-184.
- FREIRE WB, R. M.** (2013). Encuesta nacional de salud y nutrición 2011-2012. INEC.
- FUNDACIÓN Desafío.** (2015). *Vidas Robadas: entre la omisión y la premeditación*. Quito.
- GARCÍA, D., Jarobo, Y., Espíldora, N. M., & Ríos, J.** (2001). Toma de decisiones en el paciente menor de edad. Instituto de Bioética. Fundación Ciencias de la Salud.
- GARCÍA, F. J.** (2014). *Tratados Internacionales de Derechos Humanos: Diferenciación con otros tratados*. Derechos Ecuador, <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2014/01/23/tratados-internacionales-de-derechos-humanos-diferenciacion-con-otros-tratados>.
- GARCÍA, Y.** (2006). Salud, autonomía y factor religioso: Una compleja encrucijada en el supuesto de los menores. *La salud: Intimidad y libertades informativas*, 11-40.
- GONZÁLEZ VÉLEZ, A. C., & Durán, J.** (2010). *Derechos sexuales y reproductivos de la gente joven*.
- HERNÁNDEZ, Mónica.** (2014). *Versión Borrador Plan Nacional de Fortalecimiento de la Familia*.
- INEC.** (2010). *CENSO*.

- JIMBO, R.** (2014). Educación sexual versus abstinencia en adolescentes. Quito: MSP.
- LANSDOWN, G.** (2005). La evaluación de las facultades del niño. Florencia: Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF.
- LORDS, H. o.** (1985). Gillik vs West Norfolk & Wisbech Area Health Authority. Reino Unido.
- MADDALENO, M. P.** (2003). Salud y desarrollo de adolescentes y jóvenes en Latinoamérica y El Caribe: desafíos para la próxima década. Revista Salud Publica de Mexico vol. 45.
- MINISTERIO DE SALUD PUBLICA.** (2014). Salud en adolescentes. Guía de Supervisión. Obtenido de Disponible en: <http://salud.gob.ec>
- MSP.** (2011). Datos esenciales de salud: una mirada a la década 2000-2010.
- MSP.** (2014). Salud en adolescentes. Guía de Supervisión. Obtenido de Disponible en: <http://salud.gob.ec>
- MSP Y CONASA.** (2007). Política de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos.
- NACIONAL, C.** (2003). Código de la Niñez y la adolescencia.
- NACIONES UNIDAS.** (1995). Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo. Nueva York.

- NACIONES UNIDAS.** (1996). Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer. Nueva York.
- OIJ.** (2014). Invertir para transformar: la juventud como protagonista del Desarrollo.
- PACHECO, V. M.** (2015). Consentimiento Informado (fundado).
- PLANNED PARENTHOOD FEDERATION OF AMERICA.** (2004). Adolescentes, aborto y leyes de intrusión del gobierno. New York: Biblioteca Katherine Dexter Mc Cormic.
- R. COOK, B.** (2009). El reconocimiento de “la evolución de las facultades” de los adolescentes para tomar decisiones en cuanto a su salud reproductiva.
- SAVE THE CHILDREN.** (2003). Diagnóstico sobre la situación de niños, niñas y adolescentes en 21 países de latinoamérica.
- SIMON, F.** (2008). Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los del Niño a las Legislaciones Integrales. Quito: Juridica Cevallos.
- _____, (2010). Garantías de los derechos de la infancia y adolescencia . En R. y. Ávila, Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral (pp. 441-484). Quito.
- TRIVEDI D, B. F.** (2007). Update on review of reviews on teenage pregnancy and parenthood. Centre for Research in Primary and Community Care University of Hertfordshire.

- UNESCO. (2010). Orientaciones Técnicas Internacionales sobre Educación en Sexualidad. Santiago de Chile.
- UNFPA. (2014). Estado de la población Mundial: El poder de 1,800 millones: Adolescentes, jóvenes y la transformación del futuro.
- UNFPA, Equipo de Apoyo Técnico de América Latina y el Caribe. (s/f). Guía de argumentos para la promoción y defensa de los compromisos de la conferencia internacional de población y desarrollo. México.
- UNICEF. (2011). Estado Mundial de la Infancia 2011: La adolescencia una etapa de oportunidades.
- UNICEF y Plan Internacional. (2014). Vivencias y relatos sobre el embarazo en adolescentes. Una aproximación a los factores culturales, sociales y emocionales a partir de un estudio en seis países de la region. Informe Final. Panamá.
- VALENZUELA, L.C. (2010). La regulación legal sobre la capacidad de los adolescentes en algunos países de América Latina y su impacto en la salud sexual y reproductiva.
- WELLER SC, D.-B. K. (2001). Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission: Review.
- WHO. (2007). Adolescent pregnancy –Unmet needs and undone deeds. A review of the literature and programes.

POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO JUVENIL EN ECUADOR

ELISA LANAS MEDINA¹

RESUMEN

El artículo presenta un estudio crítico sobre las políticas activas de empleo juvenil aplicadas en Ecuador por el actual gobierno, con especial énfasis en las incorporadas en la Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, regulación excepcional de la jornada de trabajo, cesantía y seguro de desempleo. El objetivo de este estudio es comparar la política pública del gobierno en esta materia frente a los actuales planteamientos que organismos internacionales especializados proponen para enfrentar el alarmante desempleo de los jóvenes en todo el mundo. Se espera generar un debate informado sobre la pertinencia de dichas políticas y plantear la posibilidad de ajuste de los mecanismos propuestos en la norma.

PALABRAS CLAVE: Política pública, políticas activas, políticas pasivas, empleo juvenil.

¹ Docente a tiempo completo de la Universidad Andina Simón Bolívar

ABSTRACT

This article offers a critical analysis of the existing youth employment policies implemented by the current Ecuadorian government, with special emphasis to those included in the Substantive Law on Youth Employment, Exceptional Regulation of Working Hours, and Unemployment Insurance. The goal of this study is to contrast the government's public policy on this matter with the approach that specialized international organisms propose to face the alarming youth unemployment rates across the world. This documents aims to generate an informed discussion over the relevance of said policies, and to explore the possibility to adjust the mechanisms proposed in the law.

KEY WORDS:

Public policy, active policies, passive policies, youth employment.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política del Ecuador, reconoce todas las modalidades de trabajo, incluidas las de auto sustento y cuidado humano, y a sus actores como entes productivos², no obstante, mantiene el énfasis en la importancia que el trabajo subordinado tiene, por seguir siendo el mayor espacio de absorción de demandantes de trabajo, y lo expresa destinando la sección octava del Título II, que trata sobre los derechos; para mostrar la relevancia que el trabajo tiene, como “un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía”³, debiendo el Estado garantizar “a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado”⁴; principios que son desarrollados en la sección tercera del Capítulo Sexto del Título Sexto de la misma Carta Magna, que aborda el Régimen de Desarrollo.

Por su parte, el segundo inciso del artículo 39 de la Constitución ecuatoriana, prevé el reconocimiento que hace el Estado a los jóvenes como actores estratégicos del desarrollo del país, garantizándoles, además de la educación, salud, vivienda, recreación, deporte, tiempo libre, libertad de expresión y asociación, una especial atención para que su incorporación al trabajo sea en condiciones justas y dignas, con énfasis en la capacitación, la garantía de acceso al primer empleo y la promoción

² Art. 325 de la Constitución Política de la República del Ecuador (en adelante CE).

³ Art. 33 CE.

⁴ *Ibíd.*

de sus habilidades de emprendimiento. Esta disposición se ve complementada por el primer inciso del artículo 329 CE, que enfatiza el derecho de los jóvenes a ser sujetos activos en la producción, así como en las labores de autosustento, cuidado familiar e iniciativas comunitarias, debiendo el Estado impulsar condiciones y oportunidades con ese fin.

Esto tiene gran significado en momentos como el actual, en que la economía ecuatoriana, al igual que las economías de todos los países de la región, enfrenta una desaceleración en su crecimiento. Lo que incide directamente en la vida y el bienestar de la población, que según investigaciones de CEPAL y OIT, en el contexto macroeconómico y laboral actual, podría provocar que en muchos países surja una mayor cantidad de empleos informales, para compensar parcialmente la ausencia de oportunidades de empleo productivo y de buena calidad⁵.

En este contexto, la situación de empleo de los jóvenes es aún más preocupante, ya que este colectivo tiene mayores dificultades para acceder a trabajos formales, debido a factores como la falta de experiencia, que es un elemento determinante a la hora de contratar trabajadores. Esta situación es aún peor para las mujeres y se ensaña con quienes no cuentan con niveles aceptables de escolarización.

Frente a esta realidad, el gobierno ecuatoriano ha emprendido varias reformas al Código del Trabajo y otros cuerpos normativos vinculados a la relación laboral, dos de ellos de importante

⁵ OIT CEPAL, «Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe. La evolución del empleo en las empresas de menor tamaño entre 2003 y 2013: mejoras y desafíos», octubre de 2015.

magnitud. Estas reformas se han caracterizado por una cierta improvisación, traducida en una procesión acelerada de reformas laborales, sin una aparente claridad de objetivos a largo plazo, tal vez por la urgencia de enfrentar una tendencia claramente negativa en los niveles de empleo, derivada de una crisis económica que el gobierno se ha negado a aceptar pero que se ha instalado con toda su fuerza en el país y cuyas consecuencias se notan especialmente en los niveles de desempleo y subempleo, actualmente similares a los que el país vivió en el año 2007.

El presente estudio se centra en las políticas públicas activas de empleo juvenil, previstas especialmente en la Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, regulación excepcional de la jornada de trabajo, cesantía y seguro de desempleo, para analizar su eficacia a la hora de lograr una mayor y mejor incorporación de los jóvenes al mercado laboral ecuatoriano.

POLÍTICAS ACTIVAS Y PASIVAS DE EMPLEO

La política pública es una cadena de decisiones y acciones, tomadas por actores, principalmente públicos y eventualmente privados, que persiguen la solución concreta de un problema definido como colectivo, es ineludible referirse a los grupos sociales que dan lugar al problema, conocidos como grupos-objetivo, así como al interés de los grupos que sienten los efectos del problema, que son los beneficiarios finales⁶.

⁶ KNOEPFEL Larrue, CORINNE Peter y otros, «Hacia un modelo de análisis de políticas públicas operativo. Un enfoque basado en los actores, sus recursos y las instituciones», *Ciencia Política, Perspectivas teóricas*, No 3 (junio de 2007).

Dentro de estas, las políticas de empleo se presentan como ámbitos de intervención directa sobre el mercado de trabajo, sobre la oferta de trabajo (los demandantes de empleo) y sobre la demanda de trabajo (los empleadores); y su objetivo primordial es alcanzar un equilibrio entre la oferta y la demanda de trabajo, en sus aspectos cuantitativos y cualitativos, así como la protección de las situaciones de desempleo⁷.

Efectivamente, como complemento a otras intervenciones más macroeconómicas por parte del Estado, las políticas de empleo suponen una intervención directa que pretende el ajuste a corto plazo en el mercado de trabajo, por vía de reducir el porcentaje de desempleados y de empleados precarios, ofreciendo condiciones para que todos aquellos en edad de trabajar y con la disposición de hacerlo, puedan incorporarse al mercado de trabajo en condiciones adecuadas.

Una primera clasificación de las políticas de empleo distingue entre políticas activas y pasivas. Las políticas pasivas están destinadas a sostener la renta de los desempleados, por vía de garantizar un cierto nivel de ingresos para estas personas. “Tienen un carácter compensador frente a los efectos del mercado de trabajo”⁸. Se dirigen a los efectos del desempleo y no a sus causas. No afectan a la demanda ni oferta de empleo, únicamente a la renta del individuo receptor.

⁷ RAMOS MARTÍN, Francisco, «Políticas de empleo», en *Políticas sociolaborales*, Economía y Empresa 17 (Barcelona: Editorial UOC, 2004).

⁸ CABEZA PEREIRO, Jaime y Cardona Rubert, María B., «Políticas de empleo (I)», en *Políticas sociolaborales*, Tratados y manuales (Navarra: Thomson Reuters, 2014), p. 264.

Mientras las políticas pasivas se dirigen exclusivamente a las personas desempleadas, las políticas activas tienen un espectro potencialmente más amplio, el de las personas desocupadas, con el fin de favorecer su inserción laboral y el de las ocupadas, para contribuir al mantenimiento de su empleo⁹.

POLÍTICAS PASIVAS DE EMPLEO

Por su propia estructura, las políticas pasivas, al tratarse de transferencias, suponen un mayor gasto para el Estado, y fueron la primera respuesta de los gobiernos al fenómeno del desempleo, ya que se vio que la garantía de rentas que las políticas pasivas suponen, permitía al trabajador desempleado tener unos ingresos garantizados mientras buscaba un nuevo empleo¹⁰.

Entre las políticas pasivas, las más importantes, sin duda alguna, son las prestaciones por desempleo, que pueden subdividirse en dos niveles¹¹:

Nivel contributivo. La prestación por desempleo es una prestación sustitutiva de los salarios que se abonan en función del tiempo y cuantía de la cotización. Se trata, propiamente, de un seguro de desempleo.

Nivel asistencial. Subsidio por desempleo que se abona a los desempleados que han agotado la prestación contributiva, o en

⁹ CABEZA PEREIRO, Jaime y CARDONA RUBERT, María B., «Políticas de empleo (I)», 265.

¹⁰ RAMOS MARTÍN, Francisco, «Políticas de empleo», pp. 356 - 357.

¹¹ *Ibíd.*, p. 358.

circunstancias especiales (emigrantes retornados, excarcelados, inválidos parciales, etc.).

Mientras que el nivel contributivo está basado claramente en la noción de seguro, ya que pretende garantizar al desempleado una renta sustitutiva del salario dejado de percibir, el nivel asistencial tiene, en el caso del desempleo, un carácter complementario al de la prestación contributiva, ya que tiende a cubrir las deficiencias de cobertura de la prestación contributiva¹².

Si bien las prestaciones de desempleo, igual que otras de Seguridad Social, suponen un paso adelante en el proceso de aparición y legitimación de los derechos de ciudadanía, por los cuales a sus beneficiarios se les deben asegurar unas mínimas condiciones de vida, por vía, en este caso, de la entrega temporal de un valor mientras los perceptores no son capaces de conseguir un sustento económico, estas medidas todavía están sometidas y totalmente condicionadas por la ética del trabajo¹³.

Efectivamente, cuando se plantean este tipo de políticas pasivas, las características de las prestaciones de desempleo, que tienen que ver con el tipo de desempleo que el sistema cubre, el perfil de los beneficiarios, la protección sólo de la pérdida de empleo previo y no imputable al trabajador, la configuración contributiva de la prestación, la tasa de sustitución de la prestación, es decir, la relación entre salario y monto de la prestación, su duración; están

¹² *Ibíd.*, p. 359.

¹³ LÓPEZ GANDÍA, Juan, «Las políticas pasivas: protección por desempleo», en *Políticas sociolaborales, Tratados y manuales* (Navarra: Thomson Reuters, 2014), p. 465.

anclados totalmente en la concepción de la sociedad del trabajo y el deber de trabajar¹⁴.

En el caso ecuatoriano, esto se puede verificar con claridad, primero en la disposición constitucional contenida en el art. 33, que señala que el trabajo es: “un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía”¹⁵, es decir que para el Estado ecuatoriano, el trabajo es una obligación que se impone a quienes tienen las condiciones para hacerlo, y considera a esta actividad como el requisito previo para alcanzar la plena ciudadanía y lograr la satisfacción personal que entre otras cosas implica la posibilidad de cubrir las necesidades propias y de la familia.

Ya de forma específica, el artículo 6 de la Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, regulación excepcional de la jornada de trabajo, cesantía y seguro de desempleo¹⁶, que reformó algunos cuerpos normativos, entre ellos la Ley General de Seguridad Social, incorporó el seguro de desempleo a partir del art. 275 de la Ley, definiéndolo como una “prestación económica que protege a los afiliados del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, bajo relación de dependencia por la pérdida de ingresos generada por un cese temporal de actividades productivas por causas ajenas a su voluntad...” Es decir que se condiciona la percepción del seguro a quienes, habiendo mantenido previamente relación laboral, han sido cesados involuntariamente de su trabajo.

¹⁴ *Ibíd.*, pp. 465 - 466.

¹⁵ Art. 33 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

¹⁶ RO-S 720, de 28 de marzo de 2016.

Sin ánimo de agotar el tema que ahora se aborda, tanto por la amplitud del mismo, como porque no es materia del presente estudio, y únicamente para demostrar los efectos limitados de la política pasiva de empleo que constituye el seguro de desempleo en Ecuador, me refiero al artículo innumerado de la Ley reformativa al Código del Trabajo, que trae los requisitos para la percepción de este beneficio, consistentes en haber realizado veinte y cuatro aportaciones previas, acumuladas y no simultáneas, de las cuales seis deben haber sido hechas inmediatamente antes de la contingencia, el encontrarse el solicitante en situación de desempleo por un período no menor a sesenta y un días y no mayor a setenta y cinco días, y no ser jubilado.

Los requisitos mencionados, claramente atan la percepción del seguro de desempleo a una condicionalidad que es el empleo previo, con cierta estabilidad, y dentro de la formalidad que implica la afiliación a la Seguridad Social, y que termina de forma involuntaria para el trabajador. Entonces, se deja fuera del beneficio a quienes no alcanzan el tiempo mínimo de cotización, o a los que terminan la relación voluntariamente. A estos últimos, sin embargo, les quedaría la posibilidad de solicitar el fondo de cesantía¹⁷.

¹⁷ La cesantía es el fondo que se acumula en la cuenta individual del afiliado. Del 20,60% del salario de aportación del afiliado del Seguro General, hasta el 27 de marzo de 2016 se destinaba el 3%, y desde el 28 de marzo en adelante es el 2 % el que permanece en la cuenta individual y el 1 % tiene carácter solidario y sirve para incrementar la cuenta general para pago de desempleo.

El valor acumulado de cesantía se entrega al afiliado, después de dos meses que dejó de aportar al IESS (renuncia, despido, jubilación, etc.) y siempre que tenga acumulado por lo menos 24 aportaciones mensuales. Cuando el afiliado fallece se entrega la cesantía a sus deudos con derecho.

Ahora bien, la aparición de las prestaciones por desempleo en el marco más global de la política de empleo, supone ir más allá de la estricta prestación económica, que aunque en sí misma tiene un valor de seguridad económica, de protección y de solidaridad, no debe ser ajena a otros objetivos, como son que el beneficiario retorne al mercado de trabajo, no solo subordinado sino también mediante auto emprendimientos, a través de mecanismos que vayan aparejados a la entrega periódica de la prestación y que busquen mejorar la empleabilidad del trabajador desempleado, destinados a ampliar su capacidad profesional o hacer frente a su obsolescencia laboral, tales como estrategias de formación y orientación, reciclaje, técnicas de búsqueda de empleo, tutorías personalizadas, iniciativas de inserción profesional, entre otras¹⁸.

Es decir, se hace necesario combinar políticas de empleo, que compaginen programas de prestación por desempleo con medidas activas simultáneamente. En ese marco se sitúan las obligaciones del receptor de participar en las citadas acciones, así como de no rechazar ofertas de empleo convenientes o adecuadas¹⁹.

Hay convenios específicos sobre prestaciones de desempleo, como el Convenio sobre el desempleo de la OIT, 1934 (núm. 44)²⁰, que no ha sido ratificado por Ecuador. Otro es el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102)²¹, que Ecuador

¹⁸ LÓPEZ GANDÍA, Juan, «Las políticas pasivas: protección por desempleo», p. 466.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ Convenio por el que se garantizan indemnizaciones o subsidios a los desempleados involuntarios, adoptado en Ginebra, en la 18ª reunión CIT (23 junio 1934).

²¹ Convenio relativo a la norma mínima de la seguridad social, adoptado en Ginebra, en la 35ª reunión CIT (28 junio 1952).

ha ratificado pero no en la parte IV, relativa a las prestaciones de desempleo. Finalmente está el Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988 (núm. 168)²², que Ecuador tampoco ha ratificado.

Es importante que, una vez que Ecuador prevé la prestación por desempleo, mejore el alcance de este beneficio, y lo utilice para lograr otros objetivos que no sean exclusivamente los de asegurar una renta mínima al beneficiario por cinco meses, sino que constituya un verdadero apoyo al desempleado para que aproveche el tiempo de paro para mejorar sus habilidades y destrezas, a efectos de volver a reinsertarse en el mercado laboral de forma satisfactoria.

POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

Las políticas activas de empleo tienen un origen posterior a las políticas pasivas, y están asociadas a los modelos nórdicos de estado de bienestar. Sin embargo, en los últimos tiempos su uso como instrumento de lucha contra el desempleo se ha generalizado. Así, son el conjunto de programas que permiten la consecución del empleo, la adecuación de la oferta y la demanda y la reducción de las situaciones de desempleo²³.

Las políticas activas de empleo se identifican con el conjunto de medidas y acciones, adoptadas por los poderes públicos, destinadas a favorecer la adaptación de la mano de obra

²² Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, adoptado en Ginebra, en la 75ª reunión CIT (21 junio 1988).

²³ Ramos Martín, Francisco, «Políticas de empleo», 372.

(formación profesional); fomentar la creación de empleo; mantener los empleos existentes y conseguir el ajuste simultáneo entre la oferta y la demanda de empleo, a través de una mejor circulación de la información y de unos servicios de empleo más eficaces²⁴.

Las políticas activas tienen cinco objetivos principales²⁵:

- Incrementar la transparencia del mercado de trabajo.
- Desarrollar la estabilidad en el empleo.
- Optimizar los recursos humanos.
- Impulsar la creación de empleo y el reparto del trabajo.
- Atender a colectivos desfavorecidos, mejorando su capacidad para insertarse en el mercado de trabajo.

La variada tipología de medidas que existe en el ámbito de las políticas activas suele clasificarse en tres grandes grupos²⁶:

- Políticas de orientación, intermediación y colocación. Actuaciones que tratan de mejorar la relación entre oferta y demanda de trabajo. Por ejemplo, orientación en la búsqueda de empleo, gestión de ofertas y contratación, etc.
- Políticas de formación. Actuaciones de formación profesional ocupacional o continua, dirigidas a proveer de los conocimientos, capacidades y habilidades que permitan a aquellos en situación de desempleo (o en riesgo de ser desempleados) mejorar sus oportunidades de inserción en el mercado laboral.
- Políticas de promoción, creación y mantenimiento

²⁴ Cabeza Pereiro, Jaime y Cardona Rubert, María B., «Políticas de empleo (I)», 265.

²⁵ Ruesga Benito, Santos y otros, *Economía del trabajo y política laboral*, 2ª. edición, Economía y Empresa (Pirámide, 2014), 188-189.

²⁶ Ramos Martín, Francisco, «Políticas de empleo», 373.

de empleo. Actuaciones que persiguen crear empleo mediante incentivos a la contratación, creación de empleo público directo, fomento del autoempleo, o ajuste de las condiciones de trabajo para evitar despidos.

POLÍTICAS DE ORIENTACIÓN, INTERMEDIACIÓN Y COLOCACIÓN.

El primer grupo de medidas están destinadas a corregir las disfuncionalidades del mercado laboral provocadas por la falta de información, por medio de la facilitación de contacto entre la oferta y la demanda de empleo, a través de servicios especializados, que pueden ser públicos, privados o mixtos²⁷.

Este servicio responde a una necesidad objetiva y estructural de los mercados de trabajo, que es la de disponer de canales de información entre oferta y demanda de mano de obra; y en ese sentido, satisface requerimientos individuales de los actores de este mercado, demandantes de empleo y empleadores potenciales, para los que este servicio es de gran importancia, lo que le da un claro valor económico a este servicio, pudiendo ser prestado por entidades privadas con ánimo de lucro²⁸.

La intermediación, como se conoce al servicio de colocación, habiendo surgido como una actividad en el mercado de trabajo,

²⁷ CABEZA PEREIRO, Jaime y CARDONA RUBERT, María B., «Políticas de empleo (I)», pp. 269-270.

²⁸ CAMAS RODA, Ferrán y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, «Políticas de empleo (II): políticas activas», en *Políticas Sociolaborales*, Tratados y manuales (Navarra: Thomson Reuters, 2014), p. 294.

posteriormente se convierte en un servicio público²⁹, llegando a adquirir en la actualidad el carácter de un derecho para los ciudadanos³⁰.

En opinión de una parte de la doctrina, el derecho a la intermediación sería una manifestación de uno más amplio que es el derecho a la asistencia en la búsqueda de empleo, y que responde a mercados de trabajo cada vez más temporales, en donde los beneficiarios principales son los demandantes de empleo³¹.

En Ecuador, la colocación es vista no como un derecho, sino como un servicio público. Así lo prevé el artículo 557 del CT, que precisamente determina su carácter público y gratuito, no obstante que no prohíbe la prestación del servicio de colocación por entidades privadas³².

A partir de la fusión del antiguo Ministerio del Trabajo y la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público³³, el servicio público de empleo adquirió nuevas características, ya que pasó de una estructura de oficinas de empleo ubicadas en las capitales de provincias, a un sistema más integrado de empleo que lleva por nombre Red Socio Empleo, creado en 2010 y que cuenta con una estructura descentralizada de centros de empleo, además de otros

²⁹ Esta concepción está presente en el Convenio No 88 Sobre el Servicio de Empleo (1948) de la OIT, ratificado por Ecuador en 1975.

³⁰ *Ibid.*, p. 295.

³¹ *Ibid.*, p. 296.

³² Art. 558 del CT.

³³ Mediante Decreto Ejecutivo 10, publicado en el RO 10, de 24 de agosto de 2009.

canales para acceder a los servicios de empleo, incluido un portal de empleo en línea y un número de teléfono gratuito, que dan información sobre empleo y facilitan el registro de personas que buscan empleo y vacantes en el sector público y privado³⁴.

Los pasos dados en los últimos años para mejorar el servicio nacional de colocaciones es importante, ya que como se ha visto, es un mecanismo que permite superar las desigualdades provocadas por la falta de información entre oferentes y demandantes de trabajo; no obstante, es necesario lograr una colocación más dinámica, para lo que hay que conocer mejor las necesidades de los potenciales demandantes del servicio. Para ello, hay que invertir en personal calificado y mejor capacitado para atender a empleadores y buscadores de empleo, superando la información mecánica hasta proveer una cualificada intermediación entre quienes buscan empleo y los que lo ofertan.

Para avanzar hacia un servicio de mejor calidad, la Red debe mejorar la capacidad para proporcionar servicios en persona a un número cada vez mayor de buscadores de empleo que necesitan un apoyo más directo³⁵, para ello, incluso con el apoyo de la tecnología, deberían realizarse entrevistas de trabajo que permitan extraer la mayor información del candidato para presentar posteriormente todas sus capacidades y habilidades a potenciales empleadores.

³⁴ «Servicios públicos de empleo en América Latina y el Caribe. Ecuador, características principales y desafíos» (Organización Internacional del Trabajo, 2015), 2-3.

³⁵ *Ibid.*, 9.

Lo deseable, sin embargo, es avanzar hacia la consideración de la colocación laboral como un derecho, al que deberían acceder todas las personas en aptitud de trabajar, que sea disponible y de fácil acceso, que forme parte de un sistema integrado de formación-capacitación-colocación.

POLÍTICAS DE FORMACIÓN

La formación profesional entendida de forma general, como la enseñanza que permite a quien la recibe desempeñarse de forma cualificada de acuerdo a las necesidades del mercado de trabajo, incluye tanto la realizada en el sistema educativo, que es la llamada formación profesional inicial o formación profesional reglada; como la formación profesional en el ámbito laboral, o llamada formación profesional para el empleo³⁶.

La formación profesional para el empleo es el conjunto de acciones que buscan impulsar y extender entre las empresas y los trabajadores ocupados y desempleados una formación que responda a sus necesidades y contribuya al desarrollo de una economía basada en el conocimiento, lo que implica el acceso a toda la formación que pueda ser requerida por los trabajadores para lograr su realización personal e inclusión social, o destinada a satisfacer las necesidades del empleo³⁷.

En Ecuador, el derecho a la formación profesional se integra en el reconocimiento constitucional más amplio al derecho a la

³⁶ CAMAS RODA, Ferrán y RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, Miguel, «Políticas de empleo (II): políticas activas», p. 318.

³⁷ *Ibíd.*, p. 321.

educación (art. 26 CE), del que es una manifestación cualificada y se relaciona con la obligación que la Carta Magna impone a los poderes públicos de fomentar una política que garantice la igualdad e inclusión social por medio de la educación, reconociendo también la Constitución como formas de aprendizaje la educación escolarizada y no escolarizada³⁸.

El art. 329 inciso quinto de la CE exige al Estado el impulso a la formación y capacitación para mejorar el acceso y calidad del empleo y las iniciativas de trabajo autónomo.

Por su parte, el Plan Nacional del Buen Vivir 2013 – 2017, al desarrollar el Objetivo 9: garantizar el trabajo digno en todas sus formas, plantea la necesidad de generar empleo en condiciones dignas, buscar el pleno empleo, priorizando a los históricamente desfavorecidos, reducir el trabajo informal y garantizar el cumplimiento de los derechos laborales. Para ello, pretende lograr el fortalecimiento de los esquemas de formación ocupacional y capacitación por medio de la articulación con las necesidades del sistema de trabajo y en relación con la productividad laboral³⁹.

En cambio, el art. 4 de la Ley de Educación Superior⁴⁰ prevé que el derecho a la educación superior consiste en el ejercicio efectivo de la igualdad de oportunidades, en función de los méritos respectivos, a fin de acceder a una formación académica y profesional con producción de conocimiento pertinente y de excelencia.

³⁸ Art. 28, inciso tercero de la CE.

³⁹ Plan Nacional de Desarrollo 2013 – 2017, versión reducida, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo – SEMPLADES, Quito (2009), 75.

⁴⁰ RO-S 298, de 12 de octubre de 2010.

Es decir, que el Estado ecuatoriano reconoce la relación que existe entre el proceso de formación y la posibilidad de inserción en el mercado laboral en mejores condiciones. Más adelante se abordará con mayor amplitud lo relativo a esta relación, cuando se analice las políticas de empleo para jóvenes.

Por ahora, hay que mencionar que entre otros esfuerzos, Ecuador ha apostado desde 1978⁴¹ por generar procesos de capacitación y formación profesional a nivel nacional dirigido a buscadores de empleo que no han podido iniciar o continuar estudios dentro del sistema formal de educación, a través del Servicio Ecuatoriano de Capacitación Profesional (SECAP), que es otro socio de la Red Socio Empleo, cuenta con centros y unidades móviles de formación con capacidad para atender una media de 2000 personas al año. Se organizan cursos de formación en sectores con mucha demanda de trabajadores con calificaciones medias, como el comercio, la industria, tareas administrativas, los servicios y la construcción. Los graduados del SECAP se derivan a la Red Socio Empleo para que reciban apoyo en la búsqueda de empleo⁴².

En el año 2009 se creó el Sistema Nacional de Formación Profesional⁴³, con el objetivo de formar el talento humano del país, incrementar la pertinencia de la oferta, y promover mejoras continuas en términos de producción, productividad y empleabilidad⁴⁴.

⁴¹ DS 2928 publicado en el RO 694 de 19 de octubre de 1978.

⁴² «Servicios públicos de empleo en América Latina y el Caribe. Ecuador, características principales y desafíos», 3.

⁴³ DE 1509, publicado en el RO503 de 9 de enero de 2009.

⁴⁴ JARA IÑIGUEZ, Irma, «Cómo deben ser consideradas las características

La hipótesis de la cual partió el trabajo del Sistema Nacional de Formación Profesional, fue:

la escasa orientación de la capacitación al trabajo como un obstáculo para la generación de productividad y competitividad en el trabajador, lo que se refleja tanto en la calidad de la capacitación laboral y pertinencia de estos servicios, como en la cobertura de los trabajadores atendidos. Por ello, desde la agenda pública se determinó la capacitación laboral como elemento importante para a la reducción de la pobreza, considerando indispensable una nueva política de formación del talento humano cuyo objetivo-meta sea el mejorar la calidad y pertinencia de estos servicios, aumentar paulatinamente la cobertura e incrementar el acceso a los mismos⁴⁵.

Sin duda, hay una evolución significativa en materia de política pública de capacitación laboral que se ha reflejado en el ejercicio de este Ejecutivo; no obstante, una vez institucionalizada la misma, hay que mejorar la oferta de capacitación. Efectivamente, en sintonía con las iniciativas internacionales orientadas a la formación técnica o capacitación laboral, es necesario enfatizar el desarrollo de habilidades suaves y habilidades para la vida. Estas habilidades consisten en trabajar en niveles aptitudes como “liderazgo, creatividad,

y limitaciones locales en las teorías de construcción de las políticas públicas. Estudio de las políticas de capacitación en el Ecuador: 1978-2011» (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), 118.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 177.

perseverancia, capacidad de enfrentar y resolver problemas nuevos o tomar decisiones, etc.”⁴⁶

Para ello, se deben mejorar y afinar los niveles de participación en todas las fases la política pública tendente a mejorar la empleabilidad por vía de la capacitación, de los principales actores que son trabajadores, demandantes de trabajo y empleadores, en donde consten representantes de distintos grupos de edad, género, situación educativa y socioeconómica, porque son los más legitimados para opinar respecto de su realidad y necesidades. Como se ha constatado, las medidas que se toman de manera vertical y sin contar con los principales afectados y beneficiarios no suelen tener el efecto deseado.

POLÍTICAS DE PROMOCIÓN, CREACIÓN Y MANTENIMIENTO DE EMPLEO

Dentro de las políticas de promoción, creación y mantenimiento de empleo, hay una subclasificación. Están las medidas que favorecen la contratación de trabajadores o la creación de empleo por vía de medidas de fomento; y por otro lado están las políticas de flexibilización.

Las primeras medidas tienen como objetivo facilitar e incrementar la contratación laboral de personas desempleadas. Estas políticas tratan de actuar sobre la oferta de empleo y ocupación. No son

⁴⁶ Organización Internacional del Trabajo, *¿Qué sabemos sobre los programas y políticas de Primer Empleo en América Latina?, Juventud e informalidad* (Perú: Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2015), 14.

neutrales, sino que pretenden alterar el funcionamiento “natural” del mercado de trabajo en una determinada dirección. Para lograr su cometido, se puede acudir a instrumentos muy variados, como ayudas económicas, prestación de servicios diversos, reconocimiento de un status jurídico diferenciado, entre otros⁴⁷.

Estas políticas pueden incentivar la contratación, creación de empleo o mantenimiento de puestos de trabajo, ya sea de forma general, o dirigidas a sectores o colectivos específicos; no obstante, la práctica totalidad de las medias de fomento se enfocan en determinados colectivos con especiales dificultades para acceder al empleo, como jóvenes, mujeres, discapacitados y personas de otras culturas.

Ecuador ha aplicado medida de fomento destinada a la contratación de personas con discapacidad, prevista primero en la Ley 2006-28 reformativa del Código del Trabajo⁴⁸, y posteriormente en la Ley Orgánica de Discapacidades (LOD), vigente desde septiembre de 2012⁴⁹, que trae un capítulo sobre el trabajo de este colectivo, con especial énfasis en la política pública dirigida a facilitar su inclusión laboral. La disposición sobre contratación de personas con discapacidad exige contratar por lo menos un cuatro por ciento (4%) del total de la plantilla, de personas con discapacidad, para realizar actividades permanentes y apropiadas en relación con los conocimientos, condiciones físicas y aptitudes individuales de las personas que contraten dentro de este porcentaje⁵⁰.

⁴⁷ CAMAS RODA, Ferrán y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, «Políticas de empleo (II): políticas activas», 311-312.

⁴⁸ RO 198, de 30 de enero de 2006.

⁴⁹ RO-S 796, de 25 de septiembre de 2012.

⁵⁰ La única excepción que se aplica al porcentaje sobre el total de la

Otro grupo de políticas son las de flexibilidad en las condiciones de trabajo, que son mecanismos de respuesta a la coyuntura que tienden a alterar las condiciones laborales previamente establecidas, generalmente en detrimento de los derechos de los trabajadores. Estas medidas son las más polémicas porque en base a argumentos de superación de situaciones coyunturales, que en realidad son circunstancias estructurales, sirven para aplicar medidas flexibilizadoras de carácter general⁵¹.

Efectivamente, el empleador estará siempre interesado en obtener un máximo de flexibilidad en la gestión del talento humano, pues es un instrumento muy útil para optimizar recursos; mientras que el trabajador, que depende de su salario como medio de subsistencia, está siempre interesado en un máximo de continuidad y de seguridad jurídica en su relación laboral. Por tanto, la flexibilidad es algo que interesa a los empresarios y no a los trabajadores. En ese sentido, el Estado cumple un papel fundamental al encontrar un punto de equilibrio entre los intereses contrapuestos de las partes⁵², y sobre todo, debe contar con suficiente información para no tomar decisiones que aparentemente pueden mejorar la situación de empleo a nivel general, pero cuyos efectos son más perniciosos que positivos por precarizar la situación de los trabajadores.

nómina, se refiere a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Cuerpos de Bomberos y Policías Municipales del sector público, empresas de seguridad y vigilancia privada, donde se aplica el porcentaje únicamente sobre el personal administrativo, excluyendo el desempeño de funciones operativas en razón del riesgo que implica para integridad física de las personas con discapacidad.

⁵¹ CHACARTEGUI JÁVEGA, Consuelo y VALLE MUÑOZ, Francisco, «Políticas de flexibilidad», en *Políticas Sociolaborales. Un enfoque multidisciplinar*, Economía y Empresa, No. 17 (Barcelona: UOC, 2004), 478.

⁵² *Ibíd.*

La reducción y ampliación de la jornada laboral encajan en este tipo de medidas. Así, la Ley de Orgánica para la promoción del trabajo juvenil, regulación excepcional de la jornada de trabajo, cesantía y seguro de desempleo⁵³, que vino a reformar varios cuerpos normativos, incorporó un artículo a continuación del 47, que prevé que en casos excepcionales, y por un período no mayor a seis meses renovables por seis meses más por una sola ocasión, la jornada de trabajo ordinaria común (de ocho horas diarias y cuarenta a la semana) puede ser disminuida, hasta un límite no menor a treinta horas semanales, con la consiguiente disminución de la remuneración, aunque no así de los aportes a la seguridad social y pago de indemnizaciones en caso de despido.

Esta medida, claramente perjudica la situación económica del trabajador, por vía de reducir su remuneración junto con la jornada laboral. Si se piensa en que buena parte de los trabajadores perciben la remuneración básica, o en general salarios bajos, la reducción aun mayor de éstos claramente pone en serias dificultades la satisfacción de las necesidades básicas de los trabajadores y sus familias. Y ante la amenaza de quedarse sin empleo, seguramente se verán obligados a aceptar esta medida, que aunque temporal, puede poner en serios aprietos el cumplimiento de sus proyectos de vida.

Otra medida, prevista a continuación de la anterior, admite que se pacte de manera excepcional y por la naturaleza del trabajo, que las jornadas excedan las ocho horas diarias, siempre que no superen el máximo de cuarenta semanales ni de diez al día, en horarios que se pueden distribuir de manera irregular en los cinco días laborables de la semana.

⁵³ RO-S 720, de 28 de marzo de 2016.

Esta última medida pretende cubrir las actuales necesidades de los sectores productivos y de comercio, así como la prestación de servicios que cada vez más requieren una atención permanente, sin que eso implique mayor incremento en la remuneración de los trabajadores. Ahora bien, como acertadamente lo recoge la doctrina nacional, no se ha reparado que para ello ya existe en la legislación nacional suficientes figuras laborales que permiten atender tales requerimientos, como:

“el reconocimiento a los trabajadores de recargos por jornadas suplementarias y extraordinarias; la posibilidad de establecer turnos; el régimen de contratación parcial, o sencillamente la gran variedad de modalidades contractuales; ello sin mencionar la posibilidad de establecer horarios especiales de trabajo...; es decir que resulta por demás innecesaria, además de atentatoria a los derechos ya adquiridos de los trabajadores, semejante pretensión”⁵⁴.

Así es, si en otros entornos se evalúa la posibilidad de reducir la jornada laboral, sin afectación a la remuneración, o de cambiar la lógica de recompensa del trabajo, que no mida primordialmente el tiempo de dedicación del trabajador, parece una involución que en Ecuador se planteen medidas como la reducción impuesta de jornada y remuneración; o la de prolongar la jornada laboral diaria con el único ánimo de abaratar al empleador el costo del trabajo prolongado más allá de los límites legales, sociales y psicológicos admitidos.

⁵⁴ MONESTEROLO, Graciela, «Jornadas laborales prolongadas y sus repercusiones en el buen vivir del trabajador y de su familia», *Revista de Derecho FORO* 19 (I semestre de 2013), pp. 67-68.

POLÍTICAS DE EMPLEO DESTINADAS A JÓVENES

La crisis de empleo que golpea a los jóvenes en todo el mundo es una de las principales preocupaciones de los organismos internacionales especializados. De ahí que el empleo juvenil es una de las prioridades, en especial porque éste sea de calidad.

En términos generales, los jóvenes entre 15 y 24 años se encuentran en situación de desventaja frente a los mayores de 25, entre otras causas, porque tienen menos o ninguna experiencia laboral, y a menudo cuentan con menores niveles de educación. Dentro de ese grupo etario, los jóvenes que abandonan el sistema educativo se enfrentan a dificultades particulares para acceder al mercado de trabajo.

Efectivamente, pese a que los jóvenes tienen hoy niveles más altos de educación formal que las anteriores generaciones, enfrentan, mayores dificultades de acceso al empleo. Esto se explica porque los sistemas de educación y formación para el trabajo no han sido capaces de acoplarse a los cambios productivos y socioculturales recientes, de manera que no facilitan la transición al mundo laboral⁵⁵.

La mayoría de experiencias de trabajo iniciales no cumplen con las expectativas esperadas, ya que son muchos los jóvenes que reciben salarios bajos, poca acumulación de conocimientos y habilidades, amenazas de despido, malos tratos, acoso laboral

⁵⁵ Weller, Jürgen, «La inserción laboral de los jóvenes: tensiones y perspectivas», en *Mundos del trabajo y políticas públicas en América Latina* (Quito: FLACSO Ecuador y Ministerio de Cultura, 2008), 36 y 37.

y/o sexual, estas condiciones no permiten aprovechar todo el potencial que la actividad productiva podría brindar para el desarrollo individual y social de los jóvenes⁵⁶.

La poca atracción que estas primeras experiencias laborales generan en los jóvenes ha marcado una realidad, conocida como la de los “ninis” ni estudian ni trabajan, lo que retrasa o pervierte esa entrada al mundo productivo.

Describir la situación de los jóvenes en el mercado de trabajo es relativamente fácil: es difícil, compleja, llena de incertidumbres, y más si se trata de mujeres.

Hay ciertos elementos que caracterizan esta situación⁵⁷:

- Las tasas de desempleo de los jóvenes suelen ser casi el triple de las de los adultos.
- La inserción laboral de los jóvenes es precaria, siendo las tasas de empleo informal o de empleos sin acceso a seguridad social, considerablemente mayores a las de los adultos.
- La rotación laboral y la duración del desempleo son mayores entre los jóvenes que entre los adultos.
- Una proporción no despreciable de jóvenes ni estudia ni trabaja, ni busca trabajo y en algunos casos, ni desea estudiar.

⁵⁶ *Ibíd.*, 37.

⁵⁷ Organización Internacional del Trabajo, *¿Qué sabemos sobre los programas y políticas de Primer Empleo en América Latina?*, Juventud e informalidad (Perú: Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2015), 2.

En el caso ecuatoriano, los jóvenes entre 15 y 24 años de edad también tienen mayores tasas de subocupación⁵⁸ y desocupación⁵⁹ que los mayores de esa edad, y como se verá más detalladamente a continuación, en el caso de las mujeres jóvenes incluso se ha incrementado en este año. Así, a diciembre de 2007 el porcentaje de subocupados entre hombres jóvenes era de 53 % y a junio de 2016 bajó a 45,1 %, mientras que el de desocupados entre 15 y 24 años fue de 9,9 % al inicio del período que se analiza y de 7,8 % al final. En el caso de las mujeres jóvenes, el porcentaje de subocupadas a diciembre de 2007 fue de 54,1 % y en junio de 2016 de 51 %; en cambio las jóvenes en desocupación pasaron del 14,3 % al 17,2 %.⁶⁰

Al cotejar estos porcentajes con los de adultos mayores de 25 años, encontramos que en el caso de los hombres, a diciembre de 2007 un 37.1 % estaban subocupados y un 2,4 % desocupado, mientras que a junio de 2016 29,4 % son subocupados y 3,5 % son desocupados; habiéndose incrementado la tasa de desocupados.

⁵⁸ Personas con empleo que, durante la semana de referencia, percibieron ingresos inferiores al salario mínimo y/o trabajaron menos de la jornada legal y tienen el deseo y disponibilidad de trabajar horas adicionales. Es la sumatoria del subempleo por insuficiencia de tiempo de trabajo y por insuficiencia de ingresos.

⁵⁹ Personas de 15 años y más que, en el período de referencia, no estuvieron Empleados y presentan ciertas características: i) No tuvieron empleo, no estuvieron empleados la semana pasada y están disponibles para trabajar; ii) buscaron trabajo o realizaron gestiones concretas para conseguir empleo o para establecer algún negocio en las cuatro semanas anteriores. Se distinguen dos tipos de desempleo: abierto y oculto

⁶⁰ Encuesta Nacional de Empleo, Subempleo y Desempleo (ENEMDU) diciembre 2007 a junio 2016, elaborado por Unidad de Información Socio-Ambiental UISA, Universidad Andina Simón Bolívar.

En el caso de las mujeres, a diciembre de 2007 el 50,5 % estaba subocupada y el 6,3 % desocupada, y para junio de 2016 el 41,1 % está subocupada y el 6 % está desocupada.⁶¹

De los datos aportados, se puede ver que el desempleo y subempleo golpean con fuerza a los menores de 25 años, y de manera especial a las mujeres jóvenes. En el caso de hombres jóvenes, la tasa de desempleados casi cuadruplicaba el de hombres mayores de 24 años en diciembre de 2007; mientras que la tasa de mujeres jóvenes desempleadas era en esa época de más de doble. A junio de este año, en cambio, el porcentaje de desempleados mejores de 24 años superó el doble del de los adultos, y en el caso de las mujeres, entre las jóvenes el desempleo es de casi el triple que las adultas.

Estos datos aportan elementos importantes que deben ser tomados en cuenta por los hacedores de políticas públicas, a la hora de diseñar y planificar medidas de fomento del empleo, ya que es imprescindible que además de la edad, se desagregue las cifras por género.

Frente a la realidad del desempleo juvenil a nivel mundial, y con origen en la Resolución de 2005 relativa al empleo de los jóvenes y en sus conclusiones⁶², el actual Programa de Empleo Juvenil de la OIT proporciona asistencia a todos los países en el desarrollo de intervenciones coherentes y coordinadas sobre el empleo de

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² Resolución relativa al “empleo de los jóvenes” y conclusiones sobre la “promoción de vías para acceder a un trabajo decente para los jóvenes”, Conferencia Internacional del Trabajo OIT, 93ª reunión, 15 de junio de 2005.

este colectivo. Pese a la vigencia de la Resolución de 2005, en el año 2012, se adoptó otra relativa a la crisis del empleo juvenil, también seguida de sus respectivas conclusiones⁶³.

En lo que tiene que ver con las políticas macroeconómicas, la Resolución de 2012 incide en su importancia para favorecer el empleo, en especial, en la industria y en sectores sensibles de la economía, imprescindibles para cualquier transformación estructural, sin olvidar la necesidad de cierta inversión pública en infraestructuras y programas de empleo. Entre los aspectos que inciden en la empleabilidad de los jóvenes, menciona su educación, formación, competencias y la transición de la escuela al trabajo.

Las medidas relacionadas con la edad adquieren especial interés en su relación con el concepto de empleabilidad, entendida esta como el conjunto de aptitudes y capacidades que fortalecen la posición de los individuos en el acceso al mercado de trabajo, supone una proyección de los objetivos de la política de empleo hacia un ámbito subjetivo concreto, proporcionando instrumentos adecuados en función de los caracteres que configuran el colectivo protegido y tratando de incrementar sus posibilidades de ocupación⁶⁴.

⁶³ Resolución y conclusiones “la crisis de empleo juvenil: un llamado a la acción”, Conferencia Internacional del Trabajo OIT, 101ª reunión, 14 de junio de 2012.

⁶⁴ PRADOS DE REYES, FRANCISCO, «Modalidades contractuales y política de empleo juvenil», en *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil*, Monografías de temas laborales 52 (Granada: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014), 607.

En ese ámbito, la edad actúa como elemento determinante para la caracterización de figuras contractuales o de sistemas de contratación estrechamente vinculados a circunstancias de especial incidencia en los sectores de población joven y de manifiesto protagonismo entre las que motivan sus dificultades de acceso al empleo⁶⁵.

La capacitación para el trabajo y la adquisición de la experiencia profesional son de las más relevantes actuaciones destinadas a mejorar la productividad del trabajador joven y su propia competitividad, que tienen como proyección común la de centrarse en los primeros estadios de la vida profesional del trabajador; típicamente sobre el colectivo de los trabajadores jóvenes⁶⁶.

A criterio de la OIT, los subsidios salariales y otros incentivos financieros (por ejemplo exenciones fiscales o exenciones de las contribuciones a la seguridad social durante un período limitado) aplicados para que los empleadores contraten a jóvenes, pueden ayudar a mejorar la transición de la escuela al trabajo, en especial durante tiempos de recesión económica. De igual modo, pueden resultar una valiosa herramienta para contrarrestar el costo de la formación inicial de los trabajadores jóvenes o para compensar su limitada experiencia laboral y baja productividad inicial⁶⁷.

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ *Ibíd.*, 608.

⁶⁷ *Tendencias mundiales del empleo juvenil 2015 Promover la inversión en empleos decentes para los jóvenes* (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2015), 77 - 78.

Efectivamente, si se orientan adecuadamente, los subsidios salariales pueden ser especialmente eficaces para mejorar las tasas de empleo de los trabajadores jóvenes que se enfrentan a desventajas en el mercado de trabajo. No obstante, la mala utilización de los subsidios salariales puede llevar a distorsiones en el mercado, como los efectos de sustitución, cuando se prefiere a un trabajador subvencionado frente a otro que se ajustaría mejor a la vacante⁶⁸.

En el país, aparte de las disposiciones analizadas, la Ley de la Juventud⁶⁹ prevé políticas específicas de promoción del empleo juvenil, dirigidas a crear oportunidades de trabajo que consideren las particularidades de este grupo, facilitar el paso del estudio al trabajo por medio de pasantías, conceder créditos para proyectos productivos, asegurar que el trabajo no interfiera en su educación, salud y recreación, evitar la discriminación en el empleo y mejorar las condiciones laborales a las jóvenes gestantes y a las madres lactantes, respetar y cumplir los derechos laborales y la seguridad social y salud ocupacional. Esta ley mantiene sintonía con la voluntad expresada en la Constitución y otros cuerpos normativos, por promover el ingreso de los jóvenes al mundo productivo en las mejores condiciones posibles.

A continuación se examinará con mayor atención las medidas implementadas en la Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, regulación excepcional de la jornada de trabajo, cesantía y seguro de desempleo, que buscan favorecer el acceso a trabajo decente de los jóvenes, sobre todo de aquellos con poca y ninguna experiencia laboral.

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ Ley 49, publicada en el RO 439, de 24 de octubre de 2001. Tiene algunas reformas, la última de 07 de julio de 2014.

LAS PRÁCTICAS PRE PROFESIONALES

Hay consenso entre interlocutores sociales, e instituciones internacionales y nacionales en relación con los aspectos positivos que para la inserción laboral de los jóvenes tiene la realización de prácticas pre profesionales. Pero también son conscientes todas las partes implicadas de que los períodos de prácticas a menudo se convierten en una vía de explotación de los becarios como mano de obra barata e incluso se utilizan para sustituir puestos de trabajo reales⁷⁰.

Los elementos que permitirían configurar un marco de calidad para las prácticas pasarían por el respecto de las siguientes garantías:

- “Un período en prácticas debe basarse en un contrato escrito
- Transparencia en la información sobre los derechos y obligaciones de las partes implicadas
- Establecer objetivos bien definidos y un contenido de aprendizaje de calidad
- Asignar un tutor o supervisor a la persona en prácticas en la organización de acogida y evaluar el rendimiento de la persona en prácticas al final del período
- Duración: las prácticas deben tener un período específico, para evitar que sustituyan a empleos regulares
- Limitar períodos de prácticas sucesivas con un mismo

⁷⁰ SÁNCHEZ-RODAS, Cristina, «Formas no laborales de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo», en *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil*, Monografías de temas laborales 52 (Granada: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014), 372.

empleador

- Disposiciones sobre cobertura de Seguridad Social para las personas en prácticas
- Remuneración/compensación de costes: debe estar claramente especificado en el contrato”⁷¹.

Como ha señalado la doctrina española, “La distinción entre las prácticas académicas externas y la relación laboral se apoya en la determinación de cuál es el interés o beneficio principal que se satisface con las mismas, si el de quienes realizan las prácticas o el de la entidad que las acoge”⁷².

En Ecuador, el primer cuerpo normativo específico en materia de pasantías que se dictó es la Ley de Pasantías en el Sector Empresarial⁷³, que se encuentra vigente y que fue parcialmente reformada por la Ley Orgánica para la promoción del trabajo juvenil, regulación excepcional de la jornada de trabajo, cesantía y seguro de desempleo, que básicamente redujo el monto de la compensación económica que la empresa debe entregar al pasante, con el ánimo de favorecer la inclusión de estudiantes universitarios en actividades productivas.

Efectivamente, antes de la reforma, la norma preveía como pensión de pasantías, una cantidad no inferior a la del salario mínimo sectorial, a lo que debían sumarse los demás beneficios

⁷¹ *Ibíd.*, 373-374.

⁷² MORENO GENÉ, Josep, «La nueva regulación de las Prácticas Académicas Externas de los estudiantes universitarios: la potenciación de la finalidad formativa y de mejora de la empleabilidad», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* No. 350 (2012), 18.

⁷³ RO 689, de 5 de mayo de 1995.

previstos para los trabajadores, como décimo tercero y cuarto sueldos, en proporción al horario de labores con relación a la jornada laboral completa, debiendo afiliar además al pasante a la seguridad social. Con la reforma, la pensión fue reducida a un tercio de la remuneración básica mensual, manteniéndose no obstante la obligación de afiliar al pasante sobre el salario básico unificado vigente.

Esta situación de precariedad, por mandato de la ley, no puede durar más de seis meses, debiendo ser regulado todo el proceso por organismo regulador del Sistema de Educación Superior.

Finalmente, la reforma abre la posibilidad de que el Ministerio del Trabajo determine porcentajes mínimos de inclusión de pasantes en cada empresa de acuerdo al tipo de actividad y al tamaño de las mismas.

Paralelamente, en el segundo semestre del 2007, el Ministerio del Trabajo implementó el programa “Mi primer Empleo”, financiado por el Gobierno Central, con el ánimo de facilitar la transición de los graduados al trabajo. Este programa se dirige a personas entre 18 y 29 años que se encuentran en los últimos años de estudios en alguna institución de educación superior y que no cuentan con experiencia en el sector público, con preferencia de aquellos que hayan obtenido buenas calificaciones durante sus estudios y/o se encuentren en situación de vulnerabilidad; y consiste en la vinculación no laboral de estos estudiantes, en jornadas máximas de cuatro horas al día y veinte a la semana, con un estipendio del 70 por ciento de salario básico unificado y

la afiliación a la seguridad social⁷⁴.

De las medidas examinadas se puede concluir que éstas enfatizan el paso del mundo escolar al laboral mediante el relajamiento de las condiciones para aceptar pasantes, respecto de los empleadores privados; y por vía de contar con fondos específicos para no cargar a las entidades públicas que admitan a estudiantes en prácticas preprofesionales.

En ambos casos, hay una ausencia de programas específicos que incluyan programas de aprendizaje o certificaciones de aptitudes que los pasantes puedan exhibir una vez cumplido este período, y que les puedan servir para vincularse al mundo laboral. Más bien se apuesta porque sea la misma empresa o institución que admitió al pasante la que lo contrate posteriormente.

Este énfasis en los beneficios de la entidad contratante antes que en los pasantes, puede poner en riesgo los derechos de los estudiantes, y como se apuntó antes, incluso general relaciones laborales encubiertas en contratos de pasantías.

EL PROGRAMA DE SUBSIDIOS DE PRIMER EMPLEO

Como se mencionó anteriormente, los subsidios salariales y otras ayudas a la contratación de primeros empleos es una medida que utilizan los países para promover el empleo de los jóvenes. Según este esquema, la creación de puestos de trabajo y los procesos de contratación dependen de los empleadores privados, pero los

⁷⁴ Norma para la implementación de las pasantías del proyecto Mi Primer Empleo. Acuerdo Ministerial 53, publicado en RO-S 698, de 24 de febrero de 2016.

costos que esas contrataciones generan son compartidos por los empresarios y el Estado⁷⁵.

Efectivamente, mediante la reducción de costos de contratación, se busca estimular la contratación de colectivos con especiales problemas de desempleo, que en este caso son jóvenes, que también pueden tener bajos niveles de calificación, y por su edad, también son escasos de experiencia⁷⁶.

En nuestro país, la Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, trajo consigo la primera política de subsidio de primer empleo aplicable al sector privado para contrataciones laborales. Anteriormente, el Estado ecuatoriano había apostado por cuotas obligatorias a la hora de buscar la contratación de colectivos con dificultades, como es el caso de las personas con discapacidad. En el caso de las mujeres, impide el despido de las trabajadoras gestantes y madres de hijos menores de un año, por medio del despido ineficaz⁷⁷.

Este cambio de estrategia para favorecer la contratación de un colectivo con dificultades de acceso a empleo digno es una apuesta importante que sin duda genera respuestas distintas en los potenciales empleadores, que ya no son constreñidos por temor a la sanción o a la declaración de ineficacia de sus actos, sino que se les propone un subsidio por la contratación de trabajadores jóvenes.

Después de algunos debates, la reforma introducida a partir del

⁷⁵ Organización Internacional del Trabajo, *¿Qué sabemos sobre los programas y políticas de Primer Empleo en América Latina?*, 26.

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ Art. 195.1 y ss. Del CT.

art. 26 del CT, implementó el contrato de trabajo juvenil, con el objeto de promover el acceso al primer empleo de personas entre dieciocho y veintiséis años de edad, de preferencia sin experiencia laboral previa, por lo menos no en el mercado laboral formal⁷⁸. Esta preferencia, no obstante, no consta en la norma, sin embargo cabe esa posibilidad de interpretación que podría ser incorporada, aunque de forma ilegal, en la regulación secundaria que haga el Ministerio del Trabajo⁷⁹.

Mediante esta modalidad de contrato, y siempre que la contratación del trabajador joven sea superior a un año⁸⁰ y no implique sustitución de otro trabajador indefinido de la plantilla, el Estado asume el pago del aporte patronal a la Seguridad Social, aunque con condiciones adicionales: que la remuneración fijada para el contrato juvenil no supere los dos salarios básicos

⁷⁸ Según el último inciso del art. 3 del Acuerdo Ministerial MDT-2016-0158, del Ministerio del Trabajo, que contiene la normativa para la aplicación de la Ley, serán considerados para el beneficio de la exención del pago a la seguridad social los trabajadores que no hubieren laborado más de seis meses continuos en relación de dependencia a jornada completa.

⁷⁹ Efectivamente, como pasó con la figura del contrato de trabajo por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio, en que el Ministerio del Trabajo limitó lo previsto en la ley reformativa al CT, y reguló más allá de lo que jurídicamente debía hacer, en este caso podría darse la misma circunstancia. Sobre el análisis descrito, consultar: Lanús Medina, Elisa, «Reformas al Código del Trabajo introducidas por la Ley de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar.», *Revista de Derecho FORO* No. 23 (II semestre de 2015) en prensa.

⁸⁰ Después de la reforma introducida por la Ley de Justicia Laboral y reconocimiento del Trabajo en el Hogar al CT, generalmente debería ser un contrato indefinido, y excepcionalmente un contrato por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio por más de un año.

unificados, y que el porcentaje de estos contratos no supere el 20 % del total de nómina estable de trabajadores en cada empresa. En caso de que la remuneración supere los dos salarios básicos unificados, el empleador deberá asumir el aporte patronal por el salario que supere ese valor; así mismo, si el porcentaje de contratados bajo esa modalidad supera el 20 %, será el empleador el que deba pagar el total del aporte patronal de esos trabajadores que superen el porcentaje.

El Acuerdo Ministerial MDT-2016-0158, del Ministerio del Trabajo, que contiene la normativa para la aplicación de la Ley, prevé porcentajes mínimos de contratación obligatoria, bajo esta modalidad, en función de la actividad económica, para las empresas que cuenten con más cincuenta trabajadores, siendo voluntaria la aplicación de este contrato para las empresas o empleadores con menos trabajadores.

Como se adelantó anteriormente, este tipo de medidas, cuando tienen un carácter temporal y bajo ciertos parámetros, pueden ser afectivas para incrementar los porcentajes de empleo adecuado de personas jóvenes. No obstante, la aplicación de un límite a la remuneración de dos salarios mínimos, seguramente va a incentivar contrataciones de trabajadores en las escalas remunerativas más bajas. Asimismo, la aplicación de estos contratos puede desplazar la contratación de otros colectivos con dificultad de acceso a trabajos adecuados, como mujeres, desempleados de larga duración, mayores de cuarenta y cinco años, entre otros.

En definitiva, se observa lo parcial e inmediatista de las medidas de fomento de empleo, que miran únicamente al horizonte cercano y coyuntural de una realidad que es estructural y es la de

la difícil situación del empleo en Ecuador.

Es necesario planificar una política integral de empleo en el país, que pase por mejorar los niveles de empleabilidad de la población y no perjudique las condiciones laborales de los que están ocupados.

CONCLUSIONES

El país ha implementado en los últimos años políticas públicas de empleo, por vía de varias reformas asistemáticas y desordenadas, que han respondido a la coyuntura más que a una planificación clara y de largo alcance.

Dentro de dichos mecanismos, se encuentra la política pasiva prevista en el seguro de desempleo. El alcance de esta medida, sin embargo, debería ser mayor, a efectos de que no sólo asegure una renta mínima al beneficiario por cinco meses, sino que constituya un verdadero apoyo al desempleado para que aproveche el tiempo de paro para mejorar sus habilidades y destrezas, a efectos de volver a reinsertarse en el mercado laboral de forma satisfactoria.

En lo que respecta a las políticas activas de empleo, si bien existe un servicio nacional de colocaciones, siendo este un importante mecanismo que permite superar las desigualdades provocadas por la falta de información entre oferentes y demandantes de trabajo; no obstante, es necesario lograr una colocación más dinámica, para lo que hay que conocer mejor las necesidades de los potenciales demandantes del servicio. Lo deseable, sin

embargo, es avanzar hacia la consideración de la colocación laboral como un derecho, al que deberían acceder todas las personas en aptitud de trabajar, que sea disponible y de fácil acceso, que forme parte de un sistema integrado de formación – capacitación – colocación.

En relación a la capacitación laboral, Ecuador registra una evolución significativa, no obstante, una vez institucionalizada la misma, hay que mejorar la oferta de capacitación en sintonía con las iniciativas internacionales, orientadas a la formación técnica o capacitación laboral, que sugieren enfatizar el desarrollo de habilidades suaves y habilidades para la vida.

Por otro lado, mientras en otros entornos se evalúa la posibilidad de reducir la jornada laboral, sin afectación a la remuneración, o de cambiar la lógica de recompensa del trabajo, que no mida primordialmente el tiempo de dedicación del trabajador, parece una involución que en Ecuador se planteen medidas como la reducción impuesta de jornada y remuneración; o la de prolongar la jornada laboral diaria con el único ánimo de abaratar al empleador el costo del trabajo prolongado más allá de los límites legales, sociales y psicológicos admitidos.

Finalmente, respecto de la política activa de empleo juvenil mediante subvenciones a la contratación, este tipo de medidas, cuando tienen un carácter temporal y bajo ciertos parámetros, pueden ser afectivas para incrementar los porcentajes de empleo adecuado de personas jóvenes. No obstante, la aplicación de un límite a la remuneración de dos salarios mínimos, seguramente va a incentivar contrataciones de trabajadores en las escalas remunerativas más bajas. Asimismo, la aplicación de estos contratos puede desplazar la contratación de otros colectivos

con dificultad de acceso a trabajos adecuados, como mujeres, desempleados de larga duración, mayores de cuarenta y cinco años, entre otros.

En definitiva, se observa lo parcial e inmediatista de las medidas de fomento de empleo, que miran únicamente al horizonte cercano y coyuntural de una realidad que es estructural y es la de la difícil situación del empleo en Ecuador.

Para mejorar de forma efectiva los niveles de empleabilidad en el país, se hace imperioso tener en consideración la evolución de las distintas categorías de empleo, con desagregación por lo menos de edad y género, lo que permitirá tener un panorama muy claro de los colectivos que tienen mayores dificultades de acceso a un trabajo adecuado en el país. A partir de allí, y aplicando lo previsto en la Constitución que nos rige, hay que diseñar un sistema de fomento de empleo en el que se planteen políticas integrales de acceso a un trabajo digno, sea este subordinado, autoempleo o en asociatividad.

BIBLIOGRAFÍA

- CABEZA PEREIRO**, Jaime, y **Cardona Rubert**, María B. «Políticas de empleo (I)». En Políticas sociolaborales. Tratados y manuales. Navarra: Thomson Reuters, 2014.
- CAMAS RODA**, Ferrán, y **Rodríguez-Piñero Royo**, Miguel. «Políticas de empleo (II): políticas activas». En Políticas Sociolaborales. Tratados y manuales. Navarra: Thomson Reuters, 2014.
- CEPAL**, OIT. «Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe. La evolución del empleo en las empresas de menor tamaño entre 2003 y 2013: mejoras y desafíos», octubre de 2015.
- CHACARTEGUI JÁVEGA**, Consuelo y **Valle Muñoz**, Francisco. «Políticas de flexibilidad». En Políticas Sociolaborales. Un enfoque multidisciplinar. Economía y Empresa, No. 17. Barcelona: UOC, 2004.
- JARA IÑIGUEZ**, Irma. «Cómo deben ser consideradas las características y limitaciones locales en las teorías de construcción de las políticas públicas. Estudio de las políticas de capacitación en el Ecuador: 1978-2011». Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015.

- LANAS MEDINA, Elisa. «Reformas al Código del Trabajo introducidas por la Ley de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar.» Revista de Derecho FORO No. 23 (II semestre de 2015).
- LARRUE, Corinne, Knoepfel, Peter, y otros. «Hacia un modelo de análisis de políticas públicas operativo. Un enfoque basado en los actores, sus recursos y las instituciones». Ciencia Política, Perspectivas teóricas, No 3 (junio de 2007).
- LÓPEZ GANDÍA, Juan. «Las políticas pasivas: protección por desempleo». En Políticas sociolaborales. Tratados y manuales. Navarra: Thomson Reuters, 2014.
- MONESTEROLO, Graciela. «Jornadas laborales prolongadas y sus repercusiones en el buen vivir del trabajador y de su familia». Revista de Derecho FORO 19 (I semestre de 2013): 61-77.
- MORENO GENÉ, Josep. «La nueva regulación de las Prácticas Académicas Externas de los estudiantes universitarios: la potenciación de la finalidad formativa y de mejora de la empleabilidad». Revista de Trabajo y Seguridad Social No. 350 (2012).
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Tendencias mundiales del empleo juvenil 2015 Promover la inversión en empleos decentes para los jóvenes. Ginebra, 2015.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. ¿Qué sabemos sobre los programas y políticas de Primer Empleo

en América Latina? Juventud e informalidad. Perú: Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2015.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO «Servicios públicos de empleo en América Latina y el Caribe. Ecuador, características principales y desafíos». , 2015.

PRADOS DE REYES, Francisco. «Modalidades contractuales y política de empleo juvenil». En Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil. Monografías de temas laborales 52. Granada: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014.

RAMOS MARTÍN, Francisco. «Políticas de empleo». En Políticas sociolaborales. Economía y Empresa 17. Barcelona: Editorial UOC, 2004.

RUESGA Benito, Santos y otros. Economía del trabajo y política laboral. 2ª edición. Economía y Empresa. Pirámide, 2014.

SÁNCHEZ-RODAS, Cristina. «Formas no laborales de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo». En Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil. Monografías de temas laborales 52. Granada: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014.

WELLER, Jürgen. «La inserción laboral de los jóvenes: tensiones y perspectivas». En Mundos del trabajo y políticas públicas en América Latina. Quito: FLACSO Ecuador y Ministerio de Cultura, 2008.

**LA DOCTRINA DEL MARGEN
DE APRECIACIÓN NACIONAL
SU RECEPCIÓN EN EL SISTEMA
EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS,
EN EL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS Y EN ARGENTINA.**

MARCELO ALBERTO LÓPEZ ALFONSÍN¹ y
MARÍA SOL BUCETTO²

RESUMEN

El margen de apreciación nacional es una pauta hermenéutica nacida en el sistema europeo que profiere a los Estados un margen de deferencia para que interpreten las normas convencionales, atendiendo al contacto más directo que las autoridades nacionales tienen con la sociedad civil. Los alcances de esta teoría han trascendido las fronteras hasta ser receptados por el sistema interamericano y el Estado argentino, en particular. Las diferencias contextuales permiten realizar una comparación que muestran al sistema interamericano en una posición más retrasada respecto a su par europeo. En el caso argentino, se ha reconocido la teoría pero no ha alcanzado un fructífero desarrollo.

PALABRAS CLAVE:

Margen de apreciación nacional, jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos, jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, jurisprudencia argentina.

¹ Docente Universidad de Buenos Aires, Argentina

² Docente Universidad de Buenos Aires, Argentina

ABSTRACT

The national margin of appreciation is a hermeneutic rule born in the European system, which gives States a margin of deference to interpret conventional standards, taking the most direct contact national authorities have with civil society. The scope of this theory has transcended its primitive borders to be adopted by the inter-American system and Argentina, in particular. Contextual differences allow a comparison that shows the inter-American system in a rear most position relative to its European counterpart. In Argentina, this theory has been recognized, but has not reached a successful development.

KEY WORDS:

National margin of appreciation, jurisprudence of the European system of human rights, jurisprudence of the inter-American system of human rights, jurisprudence of Argentina.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo pretendemos abordar la cuestión de la doctrina del margen de apreciación nacional, desde su creación jurisprudencial por parte de los organismos del sistema europeo de derechos humanos, hasta su recepción en el continente americano.

Para ello, comenzaremos por realizar una conceptualización de la teoría, a fin de poder identificar sus elementos constitutivos y alcance.

Más adelante, estudiaremos la trascendencia que ha tenido esta doctrina y su reflejo en el sistema interamericano, con el objeto de poder realizar una comparación aproximada entre ambos sistemas regionales.

Por último, realizaremos un breve recorrido por las decisiones jurisprudenciales argentinas en las que se ha recurrido a la doctrina del margen de apreciación nacional, procurando una evaluación de la situación que defina si es posible una mayor apertura hacia los preceptos del sistema europeo en nuestro país.

LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN. CONCEPTUALIZACIÓN CONFORME EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La doctrina del margen de apreciación nacional encuentra su origen como criterio hermenéutico instaurado por los organismos del sistema europeo, a fin de interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Al ser un concepto jurídico de construcción pretoriana, su alcance es aún indeterminado, por lo

cual resulta inevitable recurrir a los precedentes jurisprudenciales para poder lograr una cabal comprensión de su significado.

En orden de procurar una primera aproximación, tomaremos en cuenta que esta doctrina puede ser entendida como un espacio de discrecionalidad con la que cuentan los Estados Partes, para fijar el contenido y alcance de los derechos del Convenio Europeo, tomando en consideración determinadas circunstancias jurídicas, sociales y culturales (GONZÁLEZ VEGA, 2004, “Interpretación, Derecho Internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual” 178). Su existencia se encuentra justificada por la ausencia de un consenso entre los diferentes Estados parte dentro de los tratados, lo que hace que los tribunales regionales se encuentren impedidos para la posible construcción de una regla de interpretación unificada (BARBOSA DELGADO, Francisco R., 2012, *El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el estado de derecho y la sociedad democrática* 53).

El fundamento del margen de apreciación no se encuentra en el texto del Convenio Europeo, se trata más bien, de un instrumento interpretativo que parte de la idea de que un derecho no puede juzgarse en abstracto, omitiendo los marcos culturales y económicos que lo circundan, por el contrario existen condicionamientos materiales y sociales cuyo desconocimiento quitaría realidad o vigencia a un régimen de derechos humanos (SAGÜÉS, Néstor, 2003, “Las relaciones entre los Tribunales Internacionales y los Tribunales Nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica” 219).

Este poder de deferencia del tribunal regional hacia los estados frente a circunstancias en las cuales no existe ningún tipo de consenso interestatal, refuerza el carácter subsidiario de la jurisdicción internacional, que sólo interviene sobre eventuales violaciones de derechos humanos, tras el agotamiento de los recursos internos y bajo el presupuesto de que el Estado se encuentra en mejor posición que los organismos internacionales para resolver sobre determinados aspectos del caso.

Así ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la CEDH tenía un carácter subsidiario frente a la acción del Estado producto de su voluntad, cuando recordó que existen aspectos de la vida social en los cuales “[...] las autoridades nacionales son libres de escoger las medidas que estimen apropiadas dentro de los aspectos regidos por la Convención [...]” (BARBOSA DELGADO, 57, citando TEDH, 1968, Caso relativo a ciertos aspectos de la legislación lingüística de la enseñanza en Bélgica: 10).

Esta doctrina surgió cuando los órganos del sistema europeo se vieron obligados a interpretar el artículo 15 de CEDH. El mismo establece la posibilidad de suspender ciertos derechos ante una situación de peligro público. En ese contexto, el margen estaba ligado a una lógica de discrecionalidad del Estado a la hora de valorar las exigencias de una situación de emergencia, que limitaba la intensidad de la supervisión de la Comisión cuando valorase las medidas adoptadas (GARCÍA ROCA, 2007, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europeo de derechos humanos: soberanía e integración” 122).

Los primeros antecedentes de este concepto se remontan a la actuación de la Comisión Europea de Derechos Humanos en los asuntos Grecia c. Reino Unido³, Lawless c. Irlanda⁴, y Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos c. Grecia⁵.

El Tribunal Europeo fue más reticente en la utilización de la doctrina, ya que no fue sino hasta, en el caso De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica, de 18 de junio de 1971, en el que utilizó por primera vez la expresión “*margen nacional de apreciación*”, en el cual indicó que la medida de detención contra un grupo de vagabundos no había vulnerado el artículo 8.2 de la CEDH, toda vez que el Estado pudo tener razones valederas y necesarias para defender el orden y prevenir las infracciones penales contra la moral, la salud y la reputación de los otros (BARBOSA DELGADO, 2012 52, citando TEDH, 1972, De Wilde, Ooms et Versyp contra Bélgica)⁶.

Como mencionáramos precedentemente, los primeros asuntos en los que la Comisión hizo uso de esta doctrina planteaban supuestos recubiertos de cierta excepcionalidad, ya que se enjuiciaban medidas de derogación de los derechos reconocidos

³ CEDH, Grecia c. Reino Unido, dictamen del 26 de septiembre de 1958.

⁴ CEDH, Lawless c. Irlanda, dictamen del 19 de diciembre de 1959. Este caso fue luego resuelto por el TEDH, en 1961, retomando los conceptos vertidos por la Comisión.

⁵ CEDH, Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos c. Grecia, dictamen del 5 de noviembre de 1969.

⁶ Previo a esto, el TEDH resolvió otros casos utilizando la doctrina del margen de apreciación, pero sólo haciendo referencia a lo dicho previamente por la Comisión. Sirva de ejemplo para ello el caso Lawless c. Irlanda mencionado anteriormente.

en el Convenio, adoptadas por los Estados en virtud de lo previsto en el artículo 15 CEDH. Sin embargo, la doctrina del margen sería incorporada posteriormente a asuntos en los que se debatían eventuales vulneraciones de otros preceptos del CEDH, como por ejemplo, el derecho a la educación, en el caso Lingüístico Belga⁷, o la libertad de expresión, en el asunto Handyside⁸ (DÍAZ CREGO, 2011, “Margen de apreciación” [2](#)).

El TEDH mantuvo esta línea de pensamiento en el caso Irlanda contra el Reino Unido, en el cual el señaló:

[...] Incumbe a cada Estado contratante, responsable de la vida de la nación, determinar si un peligro público lo amenaza y si esto ocurre evaluar los medios que tiene para disiparlo... las autoridades nacionales se encuentran en principio, en mejor lugar, que el juez internacional para pronunciarse sobre la presencia de ese peligro, así como sobre la naturaleza y el alcance de las suspensiones para conjurarlo. El artículo 15 permite un amplio margen de apreciación [...] (BARBOSA DELGADO, 58, citando TEDH, 1976, Irlanda vs. Reino Unido)

Ahora bien, existe un aspecto fundamental que no debe pasar inadvertido: el hecho de que el ejercicio del margen de apreciación nacional encuentra límites intrínsecos y extrínsecos. En primer término, las autoridades nacionales deben honrar las

⁷ TEDH, Lingüístico Belga, sentencia del 24 de junio de 1965.

⁸ TEDH, Handyside v. United Kingdom, sentencia del 7 de diciembre de 1976.

obligaciones asumidas al momento de ratificar los tratados de derechos humanos. En el caso europeo, la CEDH no establece de forma expresa las obligaciones a las que someten los Estados cuando la ratifican. Sin embargo, de la lectura del artículo 1° se desprende que los Estados deben reconocer a toda persona, independiente de su jurisdicción, los derechos y libertades consagrados en la Convención (BARBOSA DELGADO, 2011, “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”).

Asimismo, aquel margen de apreciación otorgado a los Estados nunca podrá ser absoluto y deberá someterse al control de proporcionalidad por parte de los organismos internacionales de protección de derechos humanos. En este sentido, los Estados podrán establecer restricciones a los derechos mientras sean conformes con los estándares de la necesidad de la medida adoptada y la idoneidad de los instrumentos utilizados para ponerla en práctica⁹.

El propio margen de apreciación nacional es un ingrediente más de ese juicio de proporcionalidad. Un límite estructural a su aplicación que permite no entrar a revisar en ciertos casos la interferencia en el derecho si el fin de la restricción es legítimo, y la medida y la regulación son necesarias a ojos de las autoridades

⁹ El TEDH sostuvo la idea del control europeo en base a los estándares de proporcionalidad y justificación en los asuntos *Eweida v. Reino Unido* y *Animal Defenders International v. United Kingdom*, entre otros. (Véase TEDH, *Eweida v. Reino Unido*, sentencia del 15 de enero de 2013 y TEDH, *Animal Defenders International v. United Kingdom*, sentencia del 22 de abril de 2013)

nacionales y todo ello no resulta irrazonable a la Corte (GARCÍA ROCA)

La idea básica es, pues, que los Estados partes tienen un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio y en la ponderación de intereses complejos. No obstante, si en el uso de esa discrecionalidad que el margen permite, el Estado se sobrepasa y se produce un exceso, un *ultra vires*, aunque parezca en sí mismo legítimo, la lógica del respeto al principio de proporcionalidad aboca a una supervisión europea (GARCÍA ROCA, 122).

En el mismo orden de ideas, el TEDH sostuvo que, además de los parámetros bien definidos de la proporcionalidad, el margen de apreciación también dependerá de varias circunstancias inherentes a los derechos protegidos, que pueden oscilar en función de las particularidades que cada caso contempla (PASCUAL VIVES, 2013, “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista” 237, citando TEDH, 1984, *Rasmussen v. Denmark*, 40).

LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos no ha quedado exento del progresismo propuesto por los organismos europeos respecto de la doctrina del margen de apreciación. Si bien su aplicación ha sido menos profusa, es posible mencionar algunos casos en los que tanto la Comisión como la Corte Interamericana han recurrido a esta teoría.

Los instrumentos de este sistema regional, al igual que el europeo, no receptan expresamente la doctrina en cuestión. No obstante, la CADH fue más precisa en cuanto a la enunciación de las obligaciones de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; junto a la previsión de tomar las medidas necesarias para adaptar el ordenamiento interno a las normas de la Convención (arts. 1 y 2 respectivamente) Esta última disposición permite inferir que es el Estado el encargado de la interpretación y aplicación del articulado de la Convención Americana dentro de su jurisdicción.

Como lo explica FAÚNDEZ LEDESMA:

[...] La idea de que el Estado pueda ejercer un margen de apreciación en la aplicación de la Convención no se encuentra expresamente reconocida por la Convención Americana, y tiene que ser vista, si no con recelo, por lo menos con mucha precaución; sin embargo es evidente que esta doctrina también tiene aplicación en el sistema interamericano y que es inherente a las expresiones utilizadas por algunas de sus disposiciones [de la CADH] [...] (2004, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales* 57)¹⁰

¹⁰ En contraposición a esta postura, Antonio CANÇADO TRINDADE, ha sostenido que “[...] [a]fortunadamente tal doctrina no ha encontrado un desarrollo paralelo explícito bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...]” (Véase CANÇADO TRINDADE, Antonio, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 2a. ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, 389)

En la Comisión Interamericana se han destacado algunos informes de admisibilidad, como son los casos Álvarez Giraldo¹¹, Sánchez Villalobos¹² y Cháves Cambronero¹³. En los tres casos, la CIDH restringió el margen nacional de apreciación de los Estados y protegió el derecho de ciertas minorías con el argumento que no puede extenderse concepciones sociales de restricción y/o violación de derechos humanos en el continente americano (BARBOSA DELGADO, 58).

Del mismo modo, en el caso Efraín Ríos Montt c. Guatemala, la CIDH aplicó el principio reconociendo la variabilidad de las reglas de elegibilidad para los cargos de elección popular. Sobre el punto ha dicho:

[...] [E]l contexto del derecho constitucional guatemalteco e internacional en que se ubica esta condición de inelegibilidad es la dimensión apropiada para el análisis de la aplicabilidad de la Convención en general, y de sus artículos 23 y 32 al caso sub-judice, y de la cual puede surgir el margen de apreciación permitido por el derecho internacional [...] (CIDH, 1993, Caso José Efraín Montt vs. Guatemala, 24)

¹¹ CIDH, Informe Núm. 71/99, caso núm. 11.656, Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia, 4 de mayo de 1999.

¹² CIDH, Informe Núm. 25/04, petición núm. 12.361 Admisibilidad, Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo de 2004.

¹³ CIDH, Informe Núm. 50/05, petición núm. 369-04 Admisibilidad, Jorge Luis Cháves Cambronero vs. Costa Rica, 12 de octubre de 2005.

A mayor abundamiento, la CIDH remarcó que esta doctrina es de aplicación restrictiva y excepcional, dado que encuentra límites precisos en cuanto a un contexto temporal y espacial determinado. Estas fueron sus palabras:

[...] Al respecto recuerda la Comisión que esto debe analizarse de acuerdo a las circunstancias del caso y las concepciones jurídicas prevalecientes en el período histórico. Nuevamente aquí la Comisión debe reafirmar el carácter restrictivo con que debe utilizar ese margen de apreciación, el cual debe ser siempre concebido tendiente al refuerzo del sistema y sus objetivos [...] (CIDH, 1993, Caso José Efraín Montt vs. Guatemala, 31)

De igual manera, la CIDH, en el caso Robelo González, consideró que la definición de la nacionalidad es otra de las atribuciones retenidas por cada autoridad estatal. Ha dicho:

[...] La regulación y determinación de la nacionalidad es competencia de cada Estado soberano; a éste le corresponde regular con sus leyes la adquisición de la propia nacionalidad, como así también la nacionalidad por naturalización. En efecto, cada Estado estipula, de manera soberana, la normativa sobre adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad [...] (CIDH, 2001, Caso Álvaro Robelo González vs. Nicaragua, 49)

En lo que respecta a la actuación de la Corte Interamericana, es dable afirmar que desde temprano ha receptado la doctrina del

margen de apreciación nacional. Como primer punto, debemos mencionar la Opinión Consultiva 4/84. La Corte fue llamada a interpretar la compatibilidad de las disposiciones de la CADH, en particular las garantías de igualdad y no discriminación, con referencia a un proyecto de reforma de la Constitución Política de Costa Rica, que estipulaba condiciones preferentes para obtener la nacionalidad costarricense por naturalización en favor de ciertos grupos de extranjeros y en detrimento del resto.

Al evaluar la situación, el Tribunal concluyó que el Estado goza de un margen de apreciación para el establecimiento de requisitos para la naturalización de extranjeros o para precisar los imperativos del bien común, al momento de realizar una distinción de trato. Sin embargo, dejó a salvo que la decisión tomada a la luz del margen de apreciación no debe ser ilegítima, conforme el principio de proporcionalidad que debe guiar el accionar estatal. Así lo ha expresado:

[...] No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas [...]

[...] Si bien no puede desconocerse que las circunstancias de hecho pueden hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita en el párrafo anterior, es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor

grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso [...] (Corte IDH, 1984, Opinión Consultiva OC-4/84, 57 y 58)

Para mayor claridad respecto de los límites del margen de apreciación, la Corte Interamericana prosiguió:

[...] Esa conclusión de la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados [...] (Corte IDH, 1984, Opinión Consultiva OC-4/84, 62)

En relación con los casos contenciosos, la idea del margen de apreciación ha tenido su mayor desarrollo en cuanto al derecho a los recursos (contemplado en el artículo 8 de la CADH). Al respecto, vale citar el caso Herrera Ulloa c. Costa Rica, a través del cual la Corte reconoce la existencia del margen de apreciación para establecer regulaciones a los recursos disponibles en el

orden interno, pero lo circunscribe a la imposibilidad de limitar la esencia del derecho¹⁴.

[...] Si bien los Estados tienen un margen nacional de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir el fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos [...] (Corte IDH, 2004, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, 161)¹⁵

Otro de los temas ampliamente desarrollado por la Corte Interamericana ha sido el de las restricciones al derecho a la libertad de expresión. Sobre este punto, se ha reconocido un margen de apreciación muy reducido, ya que este derecho es considerado como un pilar básico para la constitución de una sociedad democrática. A razón de ello, el test de proporcionalidad aplicado para declarar conforme a la Convención una restricción de la libertad de expresión es muy riguroso y ha sido detalladamente explicitado por la Corte.

¹⁴ En el caso Chaparro Álvarez y Lapo contra Ecuador, referido a la libertad personal, la Corte IDH también se refirió al principio de proporcionalidad y racionalidad al momento de establecer restricciones. Véase Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, 107.

¹⁵ Véase también en Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, 90.

A fin de no excedernos del marco de este trabajo, sólo diremos que los Estados podrán apelar al margen de apreciación para establecer restricciones en esta materia siempre que la limitación esté prevista legalmente (expresa y taxativamente en una ley en sentido formal), sea necesaria en una sociedad democrática, esté orientada a satisfacer un interés público imperativo, no limite más de lo estrictamente necesario el alcance pleno de la libertad de expresión y no se convierta en un mecanismo de censura¹⁶.

Por último, mencionaremos el caso Castañeda Guzmán contra México, referido a los derechos políticos (contemplados en el art. 23 de la CADH) y los sistemas electorales. Al respecto, la Corte estipuló que el sistema interamericano no protege un determinado sistema electoral, ya sea de partidos o candidaturas independientes, sino que cada Estado tiene un margen nacional de apreciación para establecer los requisitos para ejercitar los derechos políticos, siempre y cuando las regulaciones y

¹⁶ Sobre este tema véase Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5; Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107; Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111; Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141; Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177; Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, entre otros.

restricciones superen el estándar de razonabilidad. En claras palabras del Tribunal:

[...] El sistema interamericano tampoco impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado. La Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos [...] (Corte IDH, 2008, Caso Castañeda Gutman Vs. México, párr. 166)

Como se observa en estas decisiones, el tribunal expone los límites del Estado en cuanto a la protección de la libertad de expresión, libertad personal y a los derechos políticos, otorgándole un espacio para que pueda tener una visión propia —*margen de apreciación*— dentro de los estrictos límites fijados por la Corte. Esta posición evidencia la manera como se reconoce el margen nacional de apreciación por parte de la Corte IDH (Barbosa Delgado, 60)

Con todo, es posible apreciar ciertos paralelismos que auguran, como en otras materias, una progresiva recepción de esa técnica de adjudicación. Sin el ánimo de ser exhaustivos, pueden identificarse someramente seis áreas en las que se ha aplicado de alguna forma la doctrina en estudio. Se trata, en particular, de

las siguientes situaciones: **a.** el desarrollo normativo interno de los derechos reconocidos en la CADH; **b.** la configuración de las instituciones nacionales que inciden en el desarrollo o ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención; **c.** la valoración de las circunstancias materiales que justifican la limitación de los derechos reconocidos en la Convención; **d.** la regulación de los derechos no reconocidos en la Convención; **e.** el alcance de la jurisdicción de la Corte IDH en los casos contenciosos, y **f.** el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH (NÚÑEZ POBLETE, 2012, *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos* 22-23).

PUNTOS DE CONTACTO Y DIFERENCIAS EN LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN LOS SISTEMAS EUROPEO E INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

A la hora de realizar una comparación entre la recepción de la doctrina del margen de apreciación nacional por parte de ambos sistemas regionales de protección, lo primero que debe tenerse presente es que los contextos no son los mismos y, por consiguiente, que los pensamientos jurídicos no evolucionan del mismo modo dentro de ambientes políticos y sociales heterodoxos.

En este sentido, la aplicación de esta doctrina por parte de los organismos europeos presenta ciertas singularidades, debido al propio alcance del proceso de integración regional; mientras que el desarrollo en la jurisprudencia americana ha sido menos prolífico, debido a que los primeros casos sustanciados ante la

Corte Interamericana planteaban fundamentalmente situaciones relacionadas con el derecho a la vida, la integridad personal, la prohibición de la tortura y el ejercicio de la libertad personal; unos derechos que orbitan en torno al núcleo duro del Derecho Internacional de los derechos humanos y que se encuentran más alejados del ámbito de aplicación de la noción del margen de apreciación nacional (PASCUAL VIVES, 2013 222).

Sin embargo, este último dato estadístico no resulta eficaz al momento de evaluar el grado de recepción de la doctrina en cada sistema, sino que lo que debe tenerse en cuenta son las ocasiones en las que la Corte Interamericana pudo haber recurrido a la utilización de esta doctrina y no lo hizo.

Entre las similitudes, podemos mencionar que, tanto el TEDH como la Corte IDH, se refieren al margen nacional de apreciación como el espacio limitado de interpretación que tiene el Estado frente a los derechos fundamentales, y recurren al principio de proporcionalidad como nexo entre el control judicial y el margen de apreciación nacional.

Sin entrar en un análisis exhaustivo de cada derecho, señalaremos que respecto de la jurisprudencia sobre la exclusión de las amnistías parece haber coincidencia entre la Corte IDH y el TEDH, en orden a no admitir la aplicación de leyes de amnistías autoconcedidas para obtener la impunidad de crímenes de lesa humanidad. Los principios desarrollados en los casos *Almonacid*¹⁷ o *Barrios*

¹⁷ Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Altos¹⁸ por la Corte IDH y en Ely Ould Dah vs. Francia¹⁹ por el TEDH, son notoriamente similares, en el sentido que las señaladas amnistías —como modos de restringir el derecho a la verdad, a la tutela judicial y a la reparación— quedan fuera de cualquier posibilidad de reconocimiento del margen de apreciación estatal (NÚÑEZ POBLETE 35-36).

Entre los casos donde no se advierte sintonía ocupa un lugar especial la jurisprudencia relativa a las restricciones a la libertad de expresión. En efecto, si se comparan los criterios seguidos por la Corte IDH en el fallo de la Última Tentación de Cristo²⁰ con la argumentación del TEDH en los casos Wingrove²¹ u Otto-Premingert²² (en los cuales hay expresa referencia a la doctrina del margen de apreciación), es posible advertir cierta reticencia por parte de la Corte IDH para admitir que, bajo ciertas circunstancias, las autoridades nacionales están mejor capacitadas para decidir cuándo una determinada obra del intelecto ofende los sentimientos religiosos predominantes en una comunidad (NÚÑEZ POBLETE 36-37).

¹⁸ Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

¹⁹ TEDH, caso Ould Dah vs. Francia (caso núm. 13.113/03), decisión de admisibilidad del 17 de marzo de 2009.

²⁰ Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

²¹ TEDH, Wingrove vs. Reino Unido (caso núm. 17.419/90), sentencia del 25 de noviembre de 1996.

²² TEDH, Otto-Preminger Institut vs. Austria (caso núm. 13.470/87), sentencia del 20 de septiembre de 1994.

LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

En los acápites anteriores nos referimos a que la doctrina del margen de apreciación nacional tuvo sus orígenes y fue aplicada por los organismos internacionales de protección (del sistema europeo, en mayor medida)

En Argentina, el Estado nunca invocó esta teoría ante los organismos interamericanos que han tomado intervención en casos que lo tenían como sujeto demandado, sino que se limitó a utilizar la fórmula de la cuarta instancia, persiguiendo la inadmisibilidad del asunto sin entrar en el análisis de fondo y sin llegar a evaluar si correspondía recurrir al margen de apreciación nacional.

Por otra parte, en lo que hace a los antecedentes jurisprudenciales de casos resueltos a nivel interno, es posible observar que usualmente la doctrina es mencionada para uno de estos dos fines: negar que, en el tipo de supuesto de que se trate, exista margen alguno de apreciación para los Estados (por ejemplo, por el tipo de derechos que están en juego), o señalar que, dadas las características concretas del caso, cualquiera que sea el margen de apreciación que se conceda, la medida enjuiciada es inválida (ELIAS y RIVERA, 2012, “La doctrina del margen de apreciación nacional en el caso argentino” 127-128).

Así ha sucedido, en el caso Alianza Frente para la Unidad -de septiembre de 2001- cuando el Dr. Petracchi utilizó el concepto del margen de apreciación en sentido negativo, ya que la causa implicaba el análisis de la legitimidad de criterios discriminatorios. Al respecto, la CSJN entendió que la condición de inocentes de

las personas detenidas pero no condenadas en un proceso penal, determina que no se pueda afectar su derecho a ser elegido en los comicios²³, sin que exista sobre ello margen de apreciación nacional posible, dado que se encontraba involucrado un criterio de discriminación expresamente prohibido por la Convención Americana de Derechos Humanos, regla que el Estado debe respetar en pos de un adecuado control de convencionalidad. Así lo ha expresado el magistrado:

[...] [R]esulta inaceptable la afirmación del tribunal correntino, en el sentido de que la norma electoral provincial establecería una distinción que no importaría una discriminación arbitraria entre quienes se encuentran procesados detenidos y quienes gozan de libertad. En efecto, cuando un criterio discriminatorio está expresamente vedado -como resulta del art. 23 in fine del pacto- no existe margen de apreciación alguna para el legislador de rango inferior, el que debe limitarse a respetar la prohibición constitucional.

El Pacto de San José [...] sólo autoriza a “reglamentar” el ejercicio de los derechos políticos respecto de los condenados, categoría a la que no puede asimilarse la de los procesados, sea que estén o no detenidos [...] (CSJN, 2001, “Alianza

²³ En este caso se solicitaba a la Justicia Electoral de la Provincia de Corrientes la habilitación de la candidatura a gobernador de Raúl Romero Feris, quien en ese momento se encontraba privado de la libertad sin condena. Para ello, se solicitó que se declarase la inconstitucionalidad e inaplicabilidad del art. 3º, inc. d, del Código Electoral Provincial y de los arts. 53 y 57 de la Constitución de la provincia.

‘Frente para la Unidad’ (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales) s/ oficialización listas de candidatos”, considerando 10 del voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi)²⁴

Por otro lado, es importante traer a colación un momento histórico en el que el Estado argentino se encontró en una encrucijada entre lo establecido por el ordenamiento local y lo normado por un Tratado del cual es parte. Ante aquella situación, la doctrina del margen de apreciación fue utilizada –en disidencia- para respaldar una solución jurídica que diera preeminencia a una interpretación de normas constitucionales en aparente colisión con instrumentos internacionales.

Esto sucedió cuando el país decidió ser parte y otorgar jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. El conflicto normativo presentado en el caso Arancibia Clavel se

²⁴ En el mismo sentido, en el caso Reyes Aguilera, donde se cuestionaba la validez de un requisito de residencia de 20 años en el país para los extranjeros que quisieran acceder a una prestación de la seguridad social por invalidez total, los jueces Fayt y Zaffaroni sostuvieron que: “[...] [P]or mayor que fuese el margen de apreciación que corresponda dispensar al legislador o reglamentador en la presente materia, no cabe duda alguna que sumar a dichos críticos requerimientos un lapso de residencia, en el caso, de 20 años –aun cuando también rigiera en igual medida para los argentinos, incluso nativos–, implica, puesto que la subsistencia no puede esperar, un liso y llano desconocimiento del derecho a la seguridad social, en los términos de los citados textos internacionales de jerarquía constitucional, en grado tal que compromete el derecho a la vida [...]” (CSJN, Reyes Aguilera, Daniela c/Estado Nacional, sentencia del 4 de septiembre de 2007, considerando 7)

suscitó entre la aplicación retroactiva prevista por el instrumento y el principio de legalidad –receptado en el art. 18 de la Constitución Nacional- que impide imponer una pena en base a una ley que no fuera previa al hecho. Como cuestión anterior al análisis del caso, vale recordar que nuestra Carta Magna –en el artículo 27- dispone que los tratados deban ajustarse y guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución.

Ante estos hechos, la mayoría de la Corte consideró constatada la existencia de una costumbre internacional respecto de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, razón por la cual no se estaría aplicando retroactivamente el Tratado.

No obstante ello, es muy valioso el argumento esgrimido por el Dr. Fayt en su voto en disidencia. Entre los aspectos constitucionales e internacionales mencionados, se refiere al “margen nacional de apreciación”, atreviéndose a esbozar no sólo una definición de la doctrina sino también su aplicación al caso concreto. En base a este análisis, el magistrado concluye que el artículo 27 previamente mentado no entra en colisión con esta teoría internacional y su aplicación permitiría la armonización entre el texto constitucional y la Convención. Sirvan los siguientes párrafos de ilustración:

[...] [E]n absoluta concordancia con el art. 27 de la Constitución Nacional también desde la ciencia del derecho internacional se reconoce actualmente lo que se denomina un “margen nacional de apreciación”, doctrina nacida en la Comisión Europea de Derechos Humanos, adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos y recogida

también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (conf. OC-4/84 del 19 de enero de 1984). Su esencia es garantizar, ciertamente, la existencia de la autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional [...]

[...] Es claro que dentro de los principios que sin lugar a dudas integran ese “margen de apreciación” autónomo de cada Estado (en el que la soberanía estatal no cede frente a normas que se insertan desde el plano internacional) se encuentran los derechos fundamentales garantizados a los individuos por las constituciones estatales.

De esta manera la introducción de principios de derecho internacional encuentra su límite en la afectación de esos derechos fundamentales.

Es decir, se trata de adaptar las exigencias del derecho internacional (con el espacio de autonomías que se reservan los estados individuales) sin restringir las garantías básicas de las personas que, en el caso del derecho penal, no son otras que las que se encuentran sometidas a enjuiciamiento. Es indudable entonces, que sobre la base del art. 27, el constituyente ha consagrado ya desde antiguo un propio “margen nacional de apreciación” delimitado por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, conformado por sus “artículos 14, 16, 17, 18 y 20 (...) franquicias (...) concedidas a todos los habitantes, como principios de derecho público,

fundamentales del derecho orgánico interno y del derecho internacional argentino [...]

[...] [L]a vigencia del art. 27 impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* es innegablemente un principio de derecho público establecido en esta Constitución (art. 18 De la Constitución Nacional), quizá uno de sus más valiosos. Es este margen nacional de apreciación el que determina que la garantía mencionada, consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, deba ser respetada estrictamente incluso tratándose de los denominados crímenes de lesa humanidad, cuando éstos se juzguen en el país [...] (CSJN, 2004, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-.”, considerandos 18 y 19 de la disidencia del Juez Fayt)

La cuestión de la prescripción de las acciones penales no acabó con aquel fallo. En 2004 la Corte Suprema de Justicia de la Nación debió entender en el caso Espósito, luego de que éste fuera llevado ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁵.

²⁵ En aquella instancia el caso fue nominado *Bulacio Vs. Argentina* (Véase Corte IDH. Caso *Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100)

En la instancia local, en junio del 2001, fue declarada la prescripción de la acción penal por el juez de primera instancia y confirmada por la Cámara de Apelaciones en noviembre de 2002. Paralelamente, el caso había arrancado su rumbo en el Sistema Interamericano en 1997 y en Septiembre de 2003 la Corte Interamericana concluyó que el Estado Argentino era responsable internacionalmente y, aplicando la doctrina sentada en el caso “Barrios Altos”, determinó que debía proseguir la investigación y sancionar a los responsables, ya que una disposición de prescripción no podía obstar a esta obligación.

Es así como, cuando el caso llega a la Corte Suprema, ésta debía resolver, por un lado, si la acción penal en contra de Espósito estaba prescripta y, si así fuera, si debía considerar inaplicable la disposición de prescripción en razón de la sentencia de la Corte Interamericana. La resolución del Alto Tribunal fue que el juicio penal contra el comisario Espósito debía continuar, ya que la acción penal no estaba prescripta.

En lo que respecta al tema que nos ocupa, el argumento fue empuñado por el Dr. Boggiano, al entender que, si bien es cierto que las sentencias de la Corte Interamericana son vinculantes para el Estado argentino, por haber reconocido su competencia contenciosa, no es menos cierto que el Estado goza de un “margen de apreciación razonable” para definir cómo dar cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal internacional. En sus propias palabras:

[...] [L]a solución a la que se arriba en cuanto a la imposibilidad de declarar la prescripción de la acción penal en esta causa, como parte del deber reparatorio que incumbe al Estado argentino,

resulta de conformidad con la ley interna, en atención a las circunstancias particulares de la causa, y a las normas de la Convención según la inteligencia que le ha otorgado esta Corte por referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (punto resolutivo 4 caso “Bulacio vs. Argentina”). En este sentido, existe un margen de apreciación razonable de los estados parte respecto al modo de hacer efectivo el deber de investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Por ello no sería posible adoptar disposiciones de imprescriptibilidad para crímenes no alcanzados por las reglas de derecho internacional referidos por nuestro ordenamiento jurídico (Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad). El principio de imprescriptibilidad derivado, tanto del derecho internacional consuetudinario, cuanto de la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, ha sido reconocido por esta Corte para los delitos de lesa humanidad [...] (CSJN, 2004, “Espósito, Miguel A.”, considerando 15 del voto del juez Boggiano)

Ahora bien, existe un único caso en el que la doctrina del margen de apreciación nacional se utilizó para rechazar una pretensión jurídica con base en disposiciones de tratados que gozan de jerarquía constitucional. Esto sucedió en 1999, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue llamada a expedirse respecto de un caso que analizaba la falta de legitimación activa de una

madre para deducir por derecho propio la acción de impugnación de paternidad matrimonial, conforme el art. 259 del Código Civil.

En aquella ocasión, el Tribunal entendió que los regímenes que regulan las instituciones de la maternidad y la paternidad son disímiles y se rigen por presunciones legales diferentes. Por esta razón, no merecen igual tratamiento legal y suponen una habilitación en cabeza de las autoridades estatales para establecer legítimas distinciones en base al orden jurídico y social establecido. En palabras de la Corte:

[...] [E]l Estado goza de un razonable margen de apreciación de las distinciones que, dentro de los parámetros mencionados, puede legítimamente formular por imperativos de bien común. En este orden de ideas, la paternidad y la maternidad no son absolutamente iguales y por ello, el legislador puede contemplar razonables diferencias. El art. 259 del Código Civil, que atribuye al marido y no a la mujer la acción de impugnación de la paternidad, no se funda en un privilegio masculino sino que suministra al marido la vía legal para destruir una presunción legal -que no pesa, obviamente, sobre la mujer, puesto que su maternidad queda establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (art. 242 del Código Civil)- a fin de que el sujeto sobre quien opera la presunción tenga la posibilidad de desvirtuar que sea el padre del hijo de su esposa nacido dentro de los términos que fija la ley, desligándose así de las obligaciones de una

paternidad que le es ajena [...] (CSJN, 1999, D. de P., V. c. O., C. H. s. impugnación de paternidad, considerando 14)

Para así entender, la CSJN se apoyó en la doctrina sentada por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Kroon and others v. The Neherlands*²⁶, tomando como variable a considerar para el momento de la actividad legisferante los valores vigentes en la sociedad y el apropiado equilibrio procesal de las partes –en este caso, madre y padre.

[...] [L]a doctrina del caso “*Kroon and others v. The Netherlands*”, fallado el 27 de octubre de 1994 por la Corte Europea de Derechos Humanos, que cita el señor Procurador General en su dictamen -fs. 341-, corrobora la idea de que las autoridades de los Estados tienen un razonable margen de apreciación para adoptar la política legislativa que estimen apropiada para asegurar el respeto a la vida familiar y permitir la formación de vínculos familiares perfectos, dentro de un estándar medio de protección. En el citado caso, la Corte de Estrasburgo apoyó el criterio de la Comisión, en el sentido de que constituía una falta de respeto a la vida privada y familiar -y un incumplimiento por parte del Estado a sus obligaciones internacionales- la circunstancia de que el derecho holandés impidiese la impugnación de paternidad a toda persona distinta del marido de la madre.

²⁶ TEDH, *Kroon and others v. The Neherlands*, sentencia del 27 de octubre de 1994.

Esta limitación permite distinguir el caso citado a fs. 341, de la controversia sub examine, en que se halla en juego el art. 259 del Código Civil, que, como se ha dicho, atribuye legitimación activa, no sólo al marido sino, además, al hijo, y en todo tiempo [...]

[...] [U]na distinta composición de los valores en tensión podrá ser eventualmente consagrada por el Poder Legislativo de la Nación en ejercicio de su competencia propia, como lo han hecho, por ejemplo, ordenamientos legales vigentes en otros países, que no extienden a la madre la acción de impugnación de la paternidad -lo que resultaría absurdo a la luz de lo expresado en el precedente considerando 14 - sino que le confieren una acción diferente, configurados determinados requisitos (art. 318 del código francés vigente). De *lege lata*, cabe concluir que el art. 259 del Código Civil satisface el juicio de compatibilidad constitucional puesto que no transgrede los derechos fundamentales invocados por la recurrente, sino que plasma una reglamentación posible de los valores en tensión, en concordancia con los derechos y garantías de jerarquía constitucional [...] (CSJN, 1999, D. de P., V. c. O., C. H. s. impugnación de paternidad, considerando 16 y 17).

CONCLUSIONES

La doctrina del margen de apreciación nacional se presenta cuando no es posible verificar la existencia de consenso internacional respecto a la cuestión a resolver y, al mismo tiempo, cuando las circunstancias del caso ameritan una deferencia hacia las autoridades estatales para que interpreten el sentido dado a la norma internacional.

En aquellos casos, los tribunales regionales han entendido que las particularidades propias del país donde fue invocado el derecho juegan un papel trascendental al momento de interpretar el alcance del mismo. En este sentido, se tiene en cuenta el contexto social, económico y jurídico nacional, valorando el lugar de subsidiaridad que debe guardar el derecho internacional de los derechos humanos frente a la soberanía estatal.

Sin embargo, no debe perderse de vista que este margen de apreciación no es absoluto, y se verá condicionado tanto por las obligaciones asumidas por el Estado en virtud del tratado del que es parte, como por la vigilancia que ejercen los organismos de control a partir de un estricto test de proporcionalidad.

Si bien el origen de la doctrina se remonta a la jurisprudencia del sistema europeo de protección de derechos humanos, su alcance ha trascendido las barreras regionales y ha encontrado una lúbil aplicación por parte de los órganos del sistema.

Conforme lo analizado, en el caso del sistema interamericano, se trata por el momento de una figura muy débil, incluso residual debido a que, hasta la fecha, los casos que llegaban a la Corte eran de tal gravedad (lo que se conoce como *gross violations*

como las violaciones del derecho a la vida, integridad personal, etc.) que el *self-restraint* no tenía ninguna cabida. Aun así se trata de una figura jurisprudencial en auge que está, cada vez más, en sintonía con el mundo académico latinoamericano (SÁNCHEZ-MOLINA, 2015-2016, “Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos)” 229).

Sobre este punto, es interesante tomar la idea de la profesora chilena María Angélica BENAVIDES, quien propone la existencia de cierta tendencia de la Corte IDH hacia el universalismo, el reducido desarrollo democrático de la región y la juventud relativa del sistema interamericano (BENAVIDES, 2009, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos” 308 y 309)

En el mismo sentido, se observa el conflicto que existe entre la tendencia universalista de los derechos humanos como posiciones morales con pretensiones universales y el relativismo moral que de una manera u otra define a una determinada comunidad política. Ante la posible inexistencia de una solución absoluta, el Margen de apreciación nacional viene a ser ese espacio o válvula de escape en la cual se le da un determinado peso a la posición estatal, en cuanto a la apreciación del interés nacional preponderante que influye en la interpretación, delimitación, restricción y protección de un derecho convencional (REYES-TORRES, 2015, “Una cuestión de apreciación: el margen de apreciación en la Corte Interamericana de los Derechos Humanos” 2).

Tal es así que en el repaso de las decisiones del TEDH y la Corte Interamericana es posible concluir que la defensa del principio de subsidiariedad y el reconocimiento de diversos órdenes y sistemas

jurídicos constituyen los principales objetivos perseguidos al invocar el concepto del margen de apreciación nacional.

En el caso argentino, en particular, se observa una recepción cautelosa de esta doctrina. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recurrido a antecedentes del Tribunal Europeo para hacer lugar al espacio discrecional que corresponde al Estado frente a sus obligaciones internacionales. Sin embargo, consideramos que el alto Tribunal debiera adoptar una postura más progresista, acorde a los estándares establecidos por la jurisprudencia europea.

Los detractores de esta doctrina temen que a través de ella se conculque la esencia misma de la protección internacional. Al respecto opina SAGÜEZ que si bien es importante reconocer que ciertos derechos encuentran condicionamientos materiales y sociales derivados del ambiente donde se aplican, hay un margen nacional “aceptable” (flexible), que admitiría ciertas modalidades secundarias de aplicación y extensión, atendiendo las idiosincrasias y experiencias de cada país, y hay otro margen “inadmisible”, integrado por un núcleo duro de derechos de fuente internacional, esenciales, básicos y por lo tanto inalterables e innegociables. Sobre estos últimos no cabrían restricciones de interpretación a cargo de las soberanías estatales. Para el citado autor, ambas doctrinas deben coexistir lo más armónicamente posible (TRUCCO, *El control de convencionalidad en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales nacionales*19-22)

Debe tenerse presente que el margen de apreciación nacional no da lugar a una reserva de inmunidad a favor de los Estados, sino que refleja el principio de subsidiaridad y permite que el Estado

actúe para responder a su realidad. El margen de apreciación es, de esta forma, la deferencia a favor del Estado respecto a tensiones generadas por realidades jurídicas-sociales (REYES-TORRES, 1-2)

Asuntos como el de la protección de los derechos de las minorías étnicas y culturales, la discusión sobre el aborto frente al derecho a la vida, la libertad de expresión frente a sus límites intrínsecos o el caso del matrimonio homosexual son temas en los cuales los tribunales regionales, especialmente el Europeo, han aplicado esa noción (BARBOSA DELGADO, 60).

Por último, referiremos que es nuestra opinión que la actual renovación de los magistrados de la Corte Suprema de la Nación brinda un escenario propicio para la apertura hacia la doctrina del margen de apreciación, conforme los alcances definidos por el Tribunal Europeo.

BIBLIOGRAFÍA

BARBOSA Delgado, Francisco R. *El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el estado de derecho y la sociedad democrática*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas, 2012: 51-82, <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3160/7.pdf>> [Consulta al 29/07/2016]

_____, “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales.”, *Revista Derecho del Estado. Nueva serie* 26 (2011), <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/dereest/article/view/2881/3041>> [Consulta al 29/07/2016]

BENAVIDES, María Angélica. “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”. *Ius et Praxis* 15/1 (2009)

CANÇADO TRINDADE, Antonio, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 2a. ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

DÍAZ CREGO, María. “Margen de apreciación”. *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y fundamentales*. España: Universidad de Alcalá. AECID, 2011, <http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_publication/view/94> [Consulta al 29/07/2016]

- ELÍAS, José Sebastián y RIVERA, Julio César (h), *La doctrina del margen de apreciación nacional en el caso argentino*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas, 2012: 85-135, <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3160/8.pdf>> [Consulta al 29/07/2016]
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3a. ed., San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- GARCÍA ROCA, Javier. “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europeo de derechos humanos: soberanía e integración.” *Teoría y Realidad Constitucional* 20, 2007: 117-143.
- GONZÁLEZ VEGA, Javier A. “Interpretación, Derecho Internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual”. *Revista Española de Derecho* LVI -1, Enero 2004
- LEGG, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford: Oxford University Press, 2012
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas, 2012: 3-49, <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3160/6.pdf>> [Consulta al 29/07/2016]

- PASCUAL VIVES, Francisco José. “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista”. *Anuario Español de Derecho Internacional* 29, 2013: 217-262
- REYES TORRES, Amaury A. *Una cuestión de apreciación: el margen de apreciación en la Corte Interamericana de los Derechos Humanos*, Working Paper 1/2015-AART, <https://www.academia.edu/10416869/Una_cuesti%C3%B3n_de_apreciaci%C3%B3n_El_margen_de_apreciaci%C3%B3n_en_la_Corte_Interamericana_de_los_Derechos_Humanos> [Fecha de Consulta: 29/07/2016]
- SAGÜEZ, Néstor P. “La interpretación de los Derechos Humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”. *Anticipo de “Anales”* Año XLII – Segunda época – Número 36, Buenos Aires: Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1998.
- _____, “Las relaciones entre los Tribunales Internacionales y los Tribunales Nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”. *Revista Ius et Praxis* Vol 9 núm. 001, 2003.
- SÁNCHEZ-MOLINA, Pablo. “Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos)”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* 9, octubre 2015 – marzo 2016: 224-231.
- TRUCCO, Marcelo F. *El control de convencionalidad en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales nacionales*, <https://www.uai.edu.ar/investigacion/contenidos/ganadores/ganadores-2013_El%20control%20de%20convencionalidad%20en%20la%20interpretaci%C3%B3n%20de%20la%20Corte%20

Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos.pdf->
[Consulta al 29/07/2016]

- CEDH, Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos c. Grecia, dictamen del 5 de noviembre de 1969.
- CEDH, Grecia c. Reino Unido, dictamen del 26 de septiembre de 1958.
- CEDH, Lawless c. Irlanda, dictamen del 19 de diciembre de 1959.
- TEDH, Animal Defenders International v. United Kingdom, sentencia del 22 de abril de 2013
- TEDH, Caso relativo a ciertos aspectos de la legislación lingüística de la enseñanza en Bélgica, sentencia del 23 de julio de 1968.
- TEDH, De Wilde, Ooms et Versyp contra Bélgica, del 10 de marzo de 1972.
- TEDH, Eweida v. Reino Unido, sentencia del 15 de enero de 2013.
- TEDH, Fedorenko contra Ucrania, de 1 de junio de 2006.
- TEDH, Handyside v. United Kingdom, sentencia del 7 de diciembre de 1976.
- TEDH, Irlanda vs. Reino Unido, sentencia del 25 de enero de 1976.
- TEDH, Kroon and others v. The Neherlands, sentencia del 27 de octubre de 1994.
- TEDH, Lingüístico Belga, sentencia del 24 de junio de 1965.
- TEDH, Otto-Preminger Institut vs. Austria, sentencia del 20 de septiembre de 1994.
- TEDH, Ould Dah vs. Francia, decisión de admisibilidad del 17 de marzo de 2009.
- TEDH, Rasmussen v. Denmark, 28 November 1984.
- TEDH, Wingrove vs. Reino Unido, sentencia del 25 de noviembre de 1996.

- CIDH, Informe núm. 25/01, caso núm. 12.144, Álvaro Robelo González vs. Nicaragua, 5 de marzo de 2001.
- CIDH, Informe Núm. 25/04, petición núm. 12.361 Admisibilidad, Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo de 2004.
- CIDH, Informe núm. 30/93, caso núm. 10.804, José Efraín Montt vs. Guatemala, 12 de octubre de 1993.
- CIDH, Informe Núm. 50/05, petición núm. 369-04 Admisibilidad, Jorge Luis Cháves Cambronerero vs. Costa Rica, 12 de octubre de 2005.
- CIDH, Informe Núm. 71/99, caso núm. 11.656, Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia, 4 de mayo de 1999.
- Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.
- Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
- Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206
- Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.
- Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.
- Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184

- Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170
- Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107
- Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.
- Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
- Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
- Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.
- Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.
- Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.
- CSJN, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-.”, sentencia del 24 de agosto de 2004.
- CSJN, “Alianza ‘Frente para la Unidad’ (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales) s/ oficialización listas de candidatos”, sentencia del 27 de septiembre de 2001.

CSJN, “Espósito, Miguel A.”, sentencia del 23 de diciembre de 2004.

CSJN, “D. de P., V. c. O., C. H. s. impugnación de paternidad”, sentencia del 1° de noviembre de 1999.

CSJN, “Reyes Aguilera, Daniela c/Estado Nacional”, sentencia del 4 de septiembre de 2007.

COLABORADORES

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, Asesor docente Grupo de Prisiones Universidad de los Andes, Abogado, especialista y magister en derecho penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Master en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Investigador visitante de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona).

Dirección: Carrera 1º No. 18A-12, Oficina RGC 216 (Bogotá),
Correo electrónico: n.hernandez29@uniandes.edu.co.

PABLO GALAÍN PALERMO, Doctor en Derecho. Investigador Senior del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional (Sección Criminología). Director del Observatorio Latinoamericano para la Política Criminal y las Reformas Penales (<http://olap.fder.edu.uy/>). Becario Post-Doctoral Marie Curie (2015-2018).

Correo electrónico: p.galain@mpicc.de

CARLOS PATRICIO SERRANO LUCERO, Abogado por la Universidad del Azuay (Ecuador), actualmente estudiante del Master Oficial en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid (España. Septiembre de 2015 a septiembre de 2016).

Correo electrónico: serrano90carlos@gmail.com

Telf.: +34 615526287 (España).

MAURO BENENTE, Abogado y Doctor en Derecho (PhD) por la Universidad de Buenos Aires. Becario Postdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “A. L. Gioja.” Profesor Adjunto (int.) a cargo del curso “Michel Foucault, el derecho y el poder” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de José C. Paz.

Correo Electrónico: maurobenente@yahoo.com.

STALIN RAZA CASTAÑEDA, Doctor en Jurisprudencia y Abogado, U. Central del Ecuador, Quito, 2001, Magister en Derecho Económico UASB, Quito, 2005, Especialista Superior en Derecho Penal, U. Torcuato Di Tella, Buenos Aires, 2013, Diploma Superior Argumentación Jurídica, U. Austral, Buenos Aires, 2014, Magister en Derecho Penal U. Torcuato Di Tella, Buenos Aires, 2015, Doctorando U. Austral, Buenos Aires.

Web: razayasociados.ec,

Correo electrónico: stalinraza@hotmail.com

Tlfs.: 3332872 – 0992519620.

PAÚL CÓRDOVA VINUEZA, Doctor en jurisprudencia (UCE) y estudios de posgrado en derecho constitucional (UASB-E) (UBA). Ha participado como docente en algunas universidades del país y conferencista en universidades del exterior. Es autor de varios libros, artículos e investigaciones sobre constitucionalismo, democracia y derechos humanos. Profesor de la Universidad Central del Ecuador.

Correo electrónico: hpaulcordova@yahoo.es

LENÍN HURTADO ANGULO, Ex Asambleísta Constituyente, Profesor ocasional de las cátedras de Derecho Informático y de Derecho Procesal Civil de la Carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Doctor en Jurisprudencia, Especialista en Propiedad Intelectual, mención en Derecho de Autor y Propiedad Industrial, Magíster en Derecho Procesal, maestrante en Propiedad Intelectual y doctorando en Ciencias Jurídicas de la Universidad de La Habana. Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Carrera de Derecho de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil y Abogado en el libre ejercicio profesional.
Correo electrónico: lenhur@yahoo.com

ANA CRISTINA VERA SÁNCHEZ, Abogada y Socióloga con mención en Ciencias Política, Master en Ciencias Sociales por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Directora Ejecutiva del Centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos SURKUNA.
Dirección: Av. República E7-143 y Diego de Almagro, Quito.
Telfs.: 0990462842 / 2502479
Correo electrónico: a.vera@surkuna.org/surkuna.ec@gmail.com

ELISA LANAS MEDINA, Abogada y Doctora en Derecho (Phd) por la Universidad de Valencia-España, Docente investigadora del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Profesora de Derecho del Trabajo y Metodología de la misma Universidad.
Correo electrónico: elisa.lanas@uasb.edu.ec,

MARCELO ALBERTO LÓPEZ ALFONSÍN, Abogado y Doctor en Derecho (Phd) por la Universidad de Buenos Aires, profesor de grado, posgrado y doctorado en la Facultad de Derecho de dicha universidad. Docente de la materia: Los Derechos Humanos en la Constitución Nacional, Facultad de Derecho UBA. Juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Dirección: Tacuarí N° 124, 3° Piso (1071) CABA- Argentina.

Correo electrónico: mlopezalfonsin@yahoo.com.ar

MARÍA SOL BUCETTO, Abogada con orientación en Derecho Público Internacional - Diploma de honor. Cursa actualmente la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata. Docente en la materia “Los derechos Humanos en la Constitución Nacional” - Facultad de Derecho, UBA.

Telfs.: (54911) 3687-6971, (54911) 3687-6971.

Correo electrónico: solbucetto@yahoo.com.ar

NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN LA REVISTA CAPJURÍDICA

1.- La Revista CAPJurídica es una publicación del Colegio de Abogados de Pichincha, difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas en general. Su objetivo es impulsar el estudio riguroso en el campo del derecho, a través del intercambio de opiniones, análisis y reflexiones sobre los problemas más contemporáneos del Derecho en el Ecuador y otros países.

2.- Los autores al presentar sus contribuciones a la Revista CAPJurídica, declaran que son titulares de su autoría y derechos de publicación, mismos que ceden al Colegio de Abogados de Pichincha. Si el autor llegare a presentar el artículo, ya publicado, a otra revista deberá notificar el particular al editor de la revista.

3.- El artículo debe ser remitido en soporte digital al correo revistacapjurídica@gmail.com o la dirección del Colegio de Abogados de Pichincha: Vicente Piedrahíta N 15-134 (e4-62) y Av. 6 de Diciembre, Quito, a la atención de Revista CAPJurídica.

4.- Los criterios de presentación de colaboraciones se detallan a continuación:

Los documentos deberán ser colaboraciones inéditas que no hayan sido publicadas en ningún otro medio, e incluirán, en su primera página, título, resumen analítico (de 100 palabras aproximadamente), de 5 a 7 palabras clave. Las secciones que conformen el texto deberán resaltarse. En caso de contar con gráficos o cuadros, estos se deberán entregar numerados.

Las colaboraciones en Revista CAPJurídica pueden ser: Artículos de investigación, de reflexión, comunicaciones en congresos, reseñas de libros, entre otros, con primacía de contenido científico-académico y, deberán contener como mínimo 15 páginas y máximo 30. Esta cantidad, puede variar dependiendo de las observaciones en el dictamen de los pares ciegos o del acuerdo entre el autor y el Consejo Editorial. Las referencias bibliográficas de los artículos deberán apegarse a las normas de estilo de la Modern Language Association MLA o del Modelo Editorial Latino ML de pie de página.

Deberán ser escritos en formato Microsoft Word, en letra Times New Roman de 12 puntos, con interlineado de 1.0, en hoja tamaño A4, con márgenes superior e inferior de 2.5 cm, y derecho e izquierdo de 3 cm. Todas las páginas estarán enumeradas y, al inicio de cada párrafo se utilizará sangría.

En relación con el autor o autores, se incluirá su nombre completo, adscripción institucional, correo electrónico y teléfonos.

Debido a que la revista CAPJurídica se publica semestralmente, la fecha límite para la recepción de los artículos será el mes de julio para el primer número del año y enero para el segundo.

Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que creyeren convenientes.

Los artículos serán evaluados por el Comité Editorial y se someterán a un proceso de evaluación basado en el sistema par ciego, quienes resolverán sobre su publicación conservando el anonimato del autor. Los trabajos no serán devueltos al autor.

Los autores recibirán información de la eventual aceptación o rechazo de sus trabajos mediante un dictamen que puede ser “publicable”, “no publicable” o “publicable con observaciones”.

La inclusión de los originales aceptados queda sujeta a la disponibilidad del número de la publicación correspondiente.