

CAP JURÍDICA
REVISTA DE LA ACADEMIA
DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA

JULIO, 2017

CAP JURÍDICA

Revista de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha

ISSN: 2550 - 6595

N.º 3 Primer semestre de 2017 (año dos)

Quito-Ecuador - SEMESTRAL

Esta revista debe citarse así: CAP JURÍDICA, N.º 3, julio 2017, Quito.

Quedan prohibidos, dentro de los límites establecidos en la ley y bajo los apercibimientos legalmente previstos, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, ya sea electrónico o mecánico, el tratamiento informático, el alquiler o cualquier otra forma de cesión de la obra, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.

CAP JURÍDICA, Revista de la Academia 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

Manuel Atienza PhD (Universidad de Alicante-España)
Antonio García Amado PhD (Universidad de León-España)
Ramiro García Falconí PhD (Universidad Central del Ecuador)
Agustín Grijalva Jiménez PhD (Universidad Andina Simón Bolívar-Sede-Ecuador)
Urs Kindhäuser PhD (Universidad de Bonn-Alemania)
Alí Lozada Prado PhD (Universidad de Alicante-España)
Agustín J. Pérez Cruz Martín (Universidad A' Coruña-España)
Angélica Porras Velasco PhD (Universidad Internacional SEK-Ecuador)

Directora de la revista: Angélica Porras Velasco

Edición: Cristina Pólit G. - Carlos Ortega M.

Diagramación y diseño de portada: Carlos Ortega M.

Impresión: Imprenta Voluntad

Para suscripciones y/o cualquier comunicación dirigirse a:
Directora de la Revista CAP Jurídica
Colegio de Abogados de Pichincha:
Vicente Piedrahíta N15-134 (e4-62) y Av. 6 de Diciembre, Quito.
revistacapjurídica@gmail.com

MIEMBROS DE LA ACADEMIA
DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA

DR. VÍCTOR GRANDA AGUILAR

DR. ALÍ LOZADA PRADO

DR. CÉSAR MONTAÑO GALARZA (Tesorero)

DR. LENIN NAVARRO MORENO (Secretario)

DR. LUIS PARRAGUEZ

DR. ALEJANDRO PONCE MARTÍNEZ

DRA. ANGÉLICA PORRAS VELASCO (Vicepresidenta)

DR. HERNÁN RIVADENEIRA JÁTIVA (Presidente)

DRA. ISABEL ROBALINO BOLLE

DR. JULIO CÉSAR TRUJILLO

ÍNDICE

- Editorial	
HERNÁN RIVADENEIRA.....	11
- El lavado de activos o blanqueo de capitales, su desarrollo normativo en el ámbito supranacional, su lesividad y su relación con el ordenamiento jurídico ecuatoriano	
MIGUEL ÁNGEL ANGULO.....	15
- Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista	
MANUEL ATIENZA.....	59
- Análisis de la tabla de medidas de sustancias controladas y sujetas a fiscalización, vigente en el Ecuador, en torno a la configuración legal del delito de tráfico de drogas	
YUDITH LÓPEZ SORIA.....	103
- Los derechos como mecanismos de resistencia al poder. La plurinacionalidad y los derechos indígenas desde el movimiento indígena ecuatoriano	
JOHANNA ROMERO LARCO.....	137
- El nuevo proceso de ejecución de reparación económica en el seno de la jurisdicción contencioso administrativa	
XIMENA VELASTEGUÍ AYALA.....	175
- Autores en este número.....	209
- Normas editoriales.....	213

EDITORIAL

Como Paul FEYERABEND señala en la presentación de su famoso libro *Tratado contra el método*, cuando hace referencia a la ausencia de su amigo y contradictor, Imre Lakatos, a quien su obra estaba destinada, “falta la parte más importante: la réplica de la persona a la que va dirigido”. La iniciativa del Colegio de Abogados de Pichincha de impulsar una revista jurídica, a través de su Academia, tiene un solo objetivo: generar el debate.

Efectivamente, este tercer número enfrenta ese reto: más allá de difundir las cuestiones más importantes del Derecho en discusión, ofrece la oportunidad de que esos discursos y relatos sobre nuestro preciado objeto de estudio sean, a su vez, analizados y estudiados por los abogados, los especialistas, pero también por el público en general, promoviéndose la crítica y elevándose la palabra.

Definitivamente, pensamos como FEYERABEND que la “razón científica”, muchas veces, casi siempre, nos conduce al elitismo, pues parece que los conocimientos científicos solo pueden ser juzgados por quienes hacen parte de los mismos, sin embargo,

en una democracia los hallazgos o resultados de la investigación deberían ser evaluados por los ciudadanos y no por los expertos. Pues, como bien anota el autor, si bien los legos pueden cometer errores, lo hacen también los científicos.

Este tercer número de la revista CAP Jurídica de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha, una vez más fiel a su pluralismo, recoge artículos de juristas nacionales y extranjeros sobre Filosofía del Derecho, Sociología del Derecho, Derecho Administrativo y Derecho Penal. Esperamos que la novedad de los temas sea acogida de manera generosa por el público.

Miguel Ángel ANGULO, joven penalista ecuatoriano, desarrolla un estudio sobre el lavado de activos y blanqueo de capitales, tema de total actualidad en el mundo; básicamente su ensayo está orientado a clarificar las definiciones jurídicas en torno a este fenómeno y describir la normativa que le regula y rige, haciendo notar las posibles tensiones teóricas que presenta.

El artículo de Manuel ATIENZA no necesita de mayor presentación, recoge un estudio sobre el neoconstitucionalismo y el positivismo, tema trabajado por él desde hace varios años; en éste nos plantea que la opción no es ni uno ni otro, sino un postpositivismo que de manera seria integre los derechos como parte de su estructura.

Yudith LÓPEZ nos ofrece un análisis profundo de las consecuencias jurídicas de la tabla de medidas de sustancias controladas en la configuración del delito de tráfico de drogas, llamando la atención sobre las contradicciones y vacíos que ésta presenta al momento de juzgar el consumo. Además, propone una posible solución a los problemas jurídicos que ésta genera.

Por su parte, Ximena VELASTEGUÍ explora la reparación económica en el ámbito administrativo; su tesis principal es que la regulación sobre este interesante tema se fue construyendo a través de la jurisprudencia, por tanto, analiza a profundidad las decisiones de la Corte Constitucional ecuatoriana sobre la materia.

Johanna ROMERO, desde una perspectiva de la Sociología jurídica, analiza la posible tensión entre el reconocimiento y el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, sobre todo de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas y el presidencialismo. Sostiene que los derechos de los pueblos y nacionalidades no son carentes de contenido y, por tanto, ofrecen resistencia a la tendencia de concentración de poder del presidencialismo.

Con estos aportes, la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha deja constancia de su compromiso con el estudio del Derecho y la necesidad de ofrecer una herramienta de formación y consulta para sus afiliados.

Hernán Rivadeneira Játiva
Quito, julio de 2017

EL LAVADO DE ACTIVOS O BLANQUEO DE CAPITALES, SU DESARROLLO NORMATIVO EN EL ÁMBITO SUPRANACIONAL, SU LESIVIDAD Y SU RELACIÓN CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO¹

MIGUEL ÁNGEL ANGULO GAONA²

RESUMEN

El presente trabajo pretende analizar aspectos puntuales del lavado de activos. Por un lado, la normativa internacional sobre esta conducta abarca esferas desarrolladas por cada Convención Internacional, que trata de subsanar vacíos normativos y político criminales consecuentes de anteriores regulaciones. Adicionalmente, pretende dar una explicación sobre las regulaciones normativas internas en el Ecuador.

Se analiza la terminología de la conducta y un adecuado concepto de la misma para poder ser valorado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, adicionalmente se plantea una valoración de las distintas etapas del lavado de dinero, con lo cual podemos analizar dos aspectos relevantes: en primer lugar, cómo es el proceso para el lavado de dinero, desde su inicio hasta la integración de los

¹ Artículo entregado el 23 de febrero de 2017 y aprobado el 19 de junio de 2017.

² Abogado por la Universidad Central del Ecuador, Especialista en crimen organizado, corrupción y terrorismo por la Universidad de Salamanca, Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, Investigador del CEDPAL, Universidad de Göttingen y del Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal y Ciencias Criminológicas.

capitales de origen ilícito y, finalmente, cuál es el bien jurídico que lesiona esta actividad.

PALABRAS CLAVE

Lavado de activos, blanqueo de capitales, procesos del lavado, tratados internacionales, bien jurídico y Código Orgánico Integral Penal

ABSTRACT

This essay pretends to analyze specific aspects of money laundering. The advance of the international regime on this behavior, at the same time, highlights what matters around this topic that has been discussed on every convention and it has also been developed with the purpose of filling existing legal, and political criminal vacuums left by previous conventions. Additionally, it pretends to give an explanation about the regulation progress that this crime has had in Ecuador.

It also analyses the behavior legal terminology and its appropriate concept, which should be valued in the Ecuadorian legal system. Simultaneously, it presents a valuation of the different money laundering stages; by showing this process, we can analyze two important things: in the first place, how money laundering is generated from its origin until its illegal capital integration, and; in second place, by correctly observing this money laundering, we can identify which legal principle is the one that injures this activity.

KEY WORDS

Asset laundering, money laundering, laundering processes, treaties, and Integral Penal Organic Code

INTRODUCCIÓN

Es indiscutible que para cada época histórica de la humanidad corresponde una forma de aplicación del Derecho en particular. Esto se genera como producto de la estructura que maneja el Estado referente a su composición, a la institucionalidad, a la división de poderes, a la determinación de los modos de producción y al Estado, como ente regulador y creador de normas de carácter sancionador, dirigidos a los ciudadanos. El Derecho penal, como lo concebimos en nuestros días, no es un producto simplemente de disputas académicas; esta rama del Derecho es un resultado de siglos de desarrollo ideológico, modelos estatales, períodos oscuros de la historia, y consecuentemente, momentos trágicos y tristes para la humanidad.

En un período de la historia se supera la inquisición y el Derecho penal de autor, el cual dejó episodios oscuros para la humanidad, dando paso a nuevas ideas y pensamientos como los de “La Ilustración”, empezando con BECCARIA y su obra “De los delitos y las penas”, el pensamiento de BENTHAM traducido por Ramón Salas, el nacimiento de un pensamiento liberal en el Derecho penal, encabezado por JIMÉNEZ DE ASÚA, posteriormente, el positivismo jurídico y todas sus implicaciones, la crisis del positivismo con la llegada del neokantismo, el finalismo y las demás escuelas contemporáneas que conocemos hoy en el Derecho penal³.

La legitimidad del Derecho penal en la intervención de la actividad económica en un Estado es un tema controversial respecto a conceptos dogmáticos ,pero sobre todo al choque de las ideas entre

³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. *Cursos de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Ediciones Experiencia S.L., 2004, pp. 103-125.

el liberalismo racionalista y la política criminal de intervención⁴. Las primeras ideas desarrolladas por la denominada Escuela de Frankfurt determinan que la implementación de tipos penales en un ámbito económico carecen de requisitos de legitimidad exigidos por el Derecho penal⁵. Por otro lado, las segundas, por las cuales nos decantamos, legitiman la intervención penal pues asumen a este tipo de criminalidad como un fenómeno ampliamente dañoso⁶. Sin duda, el delito de lavado de activos o blanqueo de capitales es un tipo penal que repercute en la sociedad de una manera lesiva sumamente intensa, a tal grado que el Derecho penal debe intervenir; sin embargo, este problema se agudiza de mayor manera cuando estos activos de origen ilícito sirven como medio de financiamiento para actividades de grupos terroristas, combinadas estas conductas no solo que las primeras vulneran bienes jurídicos relacionados con el ámbito económico, sino que se proyectan sobre una vulneración de bienes jurídicos más importantes para los ciudadanos.

Como consecuencia del carácter transnacional que genera la actividad del lavado de activos o blanqueo de capitales, se produjo, desde finales de los años noventa, una respuesta importante por parte de la comunidad internacional en contra de este fenómeno⁷. A partir de ello, los Estados aceptaron la

⁴ ADRIASOLA, Gabriel. "Legitimidad de la intervención del Derecho penal en la actividad económica,, en RUBINSKA, Ramiro, y SCHURJIN ALMENAR, Daniel. *Derecho penal económico*, t. I. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p. 93.

⁵ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico*. Piura: Ara Editores, Universidad de Piura, 2003, p. 97.

⁶ GARCÍA CAVERO, Percy. op. cit., p. 114.

⁷ BASSIOUNI, Cherif. "International Mechanism to Control the Profits of Illicit Activity", in *International Conference of Preventing and Controlling Money Laundering, and The Use of Proceeds of Crime: a Global Approach*. Aosta Valley:

necesidad específica de cooperar en materia penal, fuera de las fronteras propias de cada Estado; por ello se ha desarrollado dos aspectos para el desarrollo de estas medidas; por un lado, el fortalecimiento de los mecanismos de cooperación internacional y, por otro, la proliferación de acuerdos específicos en relación al control y a la lucha contra las actividades criminales relacionadas con el blanqueo⁸. Tomando en cuenta que el problema contra el blanqueo de capitales, desde la década de los noventa hasta la actualidad, no se ha centrado exclusivamente en los bienes originados por el tráfico de estupefacientes, sino que se extiende a todas las conductas de carácter delictivo, esto también se refleja en la evolución de los diferentes tipos penales que responden a una evolución cronológica en cuanto al avance de la normativa de cada instrumento⁹.

1. DESARROLLO DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES RELATIVOS AL BLANQUEO DE CAPITALS O LAVADO DE ACTIVOS

La comunidad internacional desarrolla algunos instrumentos internacionales de carácter universal y regional, direccionados a luchar contra el blanqueo de capitales, por tanto, es menester determinar cuáles son estos instrumentos y como han sido tomados en cuenta por el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Cormayeur Mont Blanc, 1994, p. 1.

⁸ GILMORE, William. *Basic Documents on International Efforts to Combat Money Laundering*. London: 1992, p. IX.

⁹ BASSIOUNI, Cherif. op. cit., p. 2.

Convención de Basilea

El Comité de Basilea se origina por la crisis provocada por el cierre del Banco Herstatt en Alemania, como consecuencia de las grandes pérdidas por las transacciones realizadas con moneda extranjera; si bien este Comité nace sin una calidad de obligatoriedad supranacional para los Estados que participaron en él, en 1988 se redactan dos documentos importantes, que se configuran como el punto de partida para que a nivel internacional se tomen medidas para combatir el problema. De esta manera, en 1988 se redacta la conocida “Declaración de Basilea”, la cual tenía como objetivo impedir que las entidades financieras fueran utilizadas como medio para el depósito o transferencias de fondos ilícitos¹⁰.

Convención de Viena

En el mismo año se realizó la Convención de Viena, la misma que por primera vez en su Preámbulo dio un concepto de lo que hoy conocemos como lavado de activos, siendo así el primer instrumento internacional en el cual los Estados se obligan jurídicamente a generar normas dentro de sus ordenamientos jurídicos, con las que se sancionen a quienes den apariencia de licitud a los capitales provenientes de actividades ilícitas¹¹.

¹⁰ Declaración de Principios del Comité para la Reglamentación Bancaria y las Prácticas de Vigilancia de Basilea, de 12 de diciembre de 1988.

¹¹ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988, establece en su Preámbulo: "[...] el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la Administración Pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad en todos sus niveles".

Esta convención es importante para la regulación de estas actividades no solo porque homogeniza las leyes punitivas, también establece el decomiso anticipado de los bienes, la restricción al secreto bancario y otros mecanismos de auxilio judicial. Adicionalmente, determina que el tráfico de drogas se constituye como una actividad delincencial organizada que quebranta las economías lícitas de un país y, consecuentemente, pone en riesgo la seguridad y la soberanía estatal¹². La Convención de Viena supone un punto de partida para el tratamiento del blanqueo, ya que, hasta ese momento, se tomaban en cuenta a las consideraciones sobre este problema, sin ninguna obligatoriedad jurídica; a partir de esta convención, se obliga de manera expresa a los Estados a sancionar estas conductas¹³.

El Grupo de Acción Financiera sobre el Lavado de activos (GAFI)

El Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales, es un organismo intergubernamental, el mismo que tiene como objetivo promover medidas para combatir el blanqueo de capitales. El GAFI fue creado en París en 1989 con la finalidad de promover políticas orientadas a combatir el blanqueo de capitales, por ello en 1990 se aprueba las recomendaciones del GAFI, donde se acuerda la creación de un programa completo de ayuda multilateral para la lucha contra el blanqueo de dinero¹⁴. Las medidas desarrolladas

¹² ORSI, Omar. *Lavado de dinero de origen delictivo*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2007, p. 150.

¹³ LOMBARDEO, Luis Manuel. *Blanqueo de Capitales*, Barcelona: Bosch, 2009, p. 66.

¹⁴ Recomendaciones adoptadas por el Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueamiento de Dinero, febrero de 1990.

por el GAFI tienen su finalidad en impedir que los productos derivados del blanqueo se utilicen en actividades ilícitas futuras como base económica o capital para financiamiento.

Aunque los pronunciamientos del GAFI no se los podía considerar en sentido estrictamente vinculante, lo cierto es que su influencia ha sido sobresaliente en el cambio y desarrollo de normativas internas de acuerdo con las cuarenta recomendaciones establecidas, las mismas que hoy en día son directrices contra el blanqueo de activos¹⁵. La necesidad de abarcar y combatir todas las actividades relacionadas con el blanqueo de capitales se reflejan directamente con las cuarenta recomendaciones del GAFI, este documento se constituyen como las medidas básicas en torno al tema, a tal punto que se consideran actualmente como medio de aplicación universal que comprenden algunas aristas como sistema jurídico penal, el sistema policial, el sistema financiero, su regulación y por último la cooperación internacional¹⁶.

Convención de Palermo

Una década más tarde se ratifica la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la misma que en su artículo 7 obliga a los estados miembros del Convenio a determinar una normativa interna dentro de cada territorio con el objetivo de tipificar el blanqueo de dinero; de este modo los organismos internacionales se han puesto de

¹⁵ CAPARRÓS, Eduardo Fabián. “Tipología y Lógica del Lavado de Dinero”, en *Combate del Lavado de activos desde el sistema judicial*, OEA, República Bolivariana de Venezuela y Banco Interamericano de Desarrollo, 2007, p. 14.

¹⁶ FERRUSQUIA CANCHOLA, Manuel. *El sistema jurídico en el Lavado de Dinero*, Ciudad de México: Flores Editorial y Distribuidor, 2013, p. 58.

acuerdo para la implementación de nuevas recomendaciones que ayuden a prevenir esta práctica ilícita. Esta Convención tuvo dos objetivos sustanciales, el primero fue eliminar las diferencias normativas de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales respecto del blanqueo, y el segundo, establecer normas para la lucha contra la delincuencia organizada, dándole un concepto y determinando que las personas jurídicas que se involucren con las actividades ilícitas de estas organizaciones también puedan ser sancionadas penalmente¹⁷.

La Convención de Palermo fue un salto importante para promover la persecución de delitos financieros pues combina las ganancias de las actividades relacionadas con el tráfico de estupefacientes, la introducción de estos capitales en el sistema lícito de un Estado y finalmente la corrupción que el conjunto de estas actividades generan¹⁸. La Convención centra sus esfuerzos en los mecanismos de cooperación internacional con la finalidad de detener el fortalecimiento económico de los grupos criminales, pero más allá de estas determinaciones, lo particular de este instrumento internacional es el énfasis de lucha contra la corrupción interna de los Estados parte¹⁹.

¹⁷ Convención De Las Naciones Unidas Contra La Delincuencia Organizada Transnacional, de diciembre de 2000, establece: "Artículo. 6.1.a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de dinero a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en ese régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas...".

¹⁸ ORSI, Omar. *Lavado de dinero de origen delictivo*, Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2007, p. 150.

¹⁹ FERRUSQUIA CANCHOLA, Manuel. op. cit., p. 43.

Los instrumentos internacionales están orientados a fortalecer los mecanismos de cooperación, por ello esta Convención se constituye como la base para enfrentar la criminalidad desde un punto multilateral, dividiendo los esfuerzos entre los Estados parte y promoviendo medidas que con el tiempo, como veremos se verán fortalecidas por otros instrumentos internacionales²⁰.

Convención de Mérida

La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción conocida como convención de Mérida es mucho más puntual en su redacción respecto de la exigencia a los Estados partes del convenio para que cada uno cuente con la normativa interna necesaria para la prevención, el control y la sanción del blanqueo de dinero. En el artículo 14 de la Convención citada realiza una diferenciación entre entidades financieras de carácter público y privado siempre que su finalidad sea la prestación de servicios de transferencias de dinero o bienes, sin embargo se exige la misma regularización por parte del Estado. Adicionalmente exige a las autoridades encargadas del ámbito financiero cooperar, de manera internacional, con información referente a estas conductas con el objetivo de configurar una dependencia que recopile información y facilite la investigación sobre el blanqueo de dinero para los Estados partes²¹, los buenos resultados obtenidos para la regulación de esta actividad con la adopción de esta Convención

²⁰ FERRUSQUIA CANCHOLA, Manuel, *El sistema Jurídico en Lavado de Dinero*, op. cit., p. 54.

²¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 31 de octubre de 2003, en su artículo 14 establece: "Artículo 14. *Medidas para prevenir el blanqueo de dinero*".

han hecho que se preste más relevancia a los trabajos de asistencia internacional²².

La Normativa Latinoamericana en materia de lavado de activos

En el año de 1986, la Organización de Estados Americanos creó la Comisión Interamericana de Control del Abuso de Drogas (CICAD), con la finalidad de fomentar la cooperación entre los Estados miembros para el control de la producción, comercialización y consumo de sustancias estupefacentes²³. De esta manera se configuró el primer instrumento internacional que promovía, directamente en Latinoamérica, la lucha contra la delincuencia transnacional y sus posibles consecuencias.

Posteriormente en 1990 la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos creó la Declaración y Programa de Acción de Ixtapa en la cual se determina la necesidad de que las legislaciones internas de los países tipifiquen la conducta del lavado de activos y consecuentemente su relación con el tráfico de estupefacentes²⁴.

²² RICARDES, Raúl et al. *Delincuencia Transnacional Organizada. Lavado de activos narcotráfico y financiamiento del terrorismo. Cátedra Jurídica*. Buenos Aires: 2011, p. 60.

²³ Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), Secretaría de Seguridad Multidimensional y Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington D.C. febrero de 1989.

²⁴ Declaración y Programa de Acción de Ixtapa, de 20 de abril de 1990, de acuerdo a la resolución de los representantes acuerdan en el numeral 6.º lo siguiente: "Recomendar a los Estados miembros que, en el marco de sus respectivos sistemas legales, consideren el desarrollo de mecanismos y procedimientos de cooperación bilateral y multilateral para impedir el lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y facilitar la

Otro instrumento a nivel latinoamericano que se aparta de las actividades de tráfico de estupefacientes pero que regula las relacionadas con el blanqueo es la Convención Interamericana Contra la Corrupción²⁵, pues, direcciona su ámbito a los activos derivados de las actividades de los funcionarios públicos con la finalidad de controlar actos de corrupción en los Estados miembro.

Grupo de Acción Financiera de América Latina (GAFILAT)

En un inicio a este grupo se lo denominó como Grupo de Acción Financiera de América del Sur para posteriormente cambiar su nombre a Grupo de Acción Financiera de América Latina. El 20 de diciembre de 2000, mediante la firma del Memorando de Entendimiento, se crea el Grupo de Acción financiera de América del Sur, mismo que inicialmente estaba constituido por nueve países, entre ellos constaban, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay, posteriormente se incorporaron México, Costa Rica y Panamá. El GAFISUD pretende incentivar la promulgación y entrada en vigencia de normas de carácter administrativo y penal contra el lavado de activos en la región, adicionalmente pretende establecer mecanismos idóneos para conseguir los objetivos propuestos.

En los últimos años este organismo se ha centrado en fortalecer el vínculo entre los gobiernos, la sociedad civil y el sector privado con la finalidad de combatir el delito y el costo social, político y económico que genera la introducción de capitales ilícitos en las

identificación, el rastreo, la aprehensión, el decomiso y la confiscación de tales activos...".

²⁵ Convención Interamericana Contra la Corrupción, suscrita el 29 de marzo de 1996.

economías de los países²⁶. La firma de este Convenio se constituye como una propuesta de alternativas para que los Estados puedan intercambiar información para combatir el lavado de dinero con la finalidad de obtener pruebas para sustentar expedientes judiciales en cada país, con base en la Convención de Palermo.

La situación de Ecuador en el lavado de activos

La legislación ecuatoriana en el tema de lavado de activos y delitos derivados de esta actividad era inconsistente hace algunos años, esto se evidenció después de que el GAFI situara al Ecuador en la lista de riesgo de países que no colaboraban contra el lavado de activos, desde ese momento se presentaron proyectos por parte de la Fiscalía y la Procuraduría para combatir estas conductas.

En el 2005, el Ecuador crea la Ley Para Reprimir el Lavado de Activos otorgando un parámetro de lesividad demasiado amplio, sin embargo, como consta en el informe del GAFISUD de 2007, se destaca el carácter autónomo de este delito dando énfasis al daño que este provoca en el orden socioeconómico de un Estado. La ley de 2005 no tuvo grandes reformas, lo que cambió fue su reglamento de 2006 que se refería a la remuneración de la Unidad de Inteligencia Financiera y finalmente el segundo cambio se lo realizó en el 2009 en lo concerniente a la inversión de los dineros provenientes de lavado de activos en instrumentos financieros emitidos por el Ecuador.

Tras la inclusión del Ecuador en la “lista negra”, se anunció la necesidad de reformar la normativa ecuatoriana en torno a varios aspectos como el fortalecimiento de las penas del tipo de la

²⁶ GAFISUD. *10 años de GAFISUD*. Buenos Aires: 2011, p. 5.

Parte Especial, mejorar los procesos investigativos en el lavado de activos y por último la creación de una unidad especializada para manejar los bienes incautados derivados de estas conductas. Posterior a esta decisión, en 2011 se añade la figura del financiamiento del terrorismo en el Código Penal ecuatoriano con la finalidad de mejorar la seguridad financiera del país.

La ley de lavado de activos en el Ecuador tenía como finalidad la prevención de esta conducta sancionando cualquier modalidad derivada de esta actividad, además de regular y recuperar los activos ilícitos de origen ecuatoriano que se encontraban en el exterior. La legislación ecuatoriana reunía en el Código Penal en su artículo 14 la conducta del lavado de activos y en su artículo 15 las penas concernientes a esta conducta.

Posteriormente, Ecuador se comprometió a aplicar estrategias integrales para enfrentar el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, a la vez que planteó el fortalecimiento de la normativa interna del país, consecuentemente la Asamblea Nacional en el año 2011 fortaleció las penas impuestas por la Ley de Lavado de Activos, incrementado la consecuencia penológica en nueve años de prisión.

El cambio sustancial en la normativa ecuatoriana se da con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal de fecha 10 de agosto de 2014, producto de las valoraciones del GAFI y una posible sanción como ocurrió años atrás. Con la entrada en vigencia del COIP se deroga la ley anterior de 2005 y la conducta se tipifica en este cuerpo legal, en él se aumentan aún más las penas en relación a la conducta imponiendo hasta 13 años de prisión. Adicionalmente las recomendaciones del GAFI se hicieron efectivas cuando en el nuevo cuerpo normativo, en

su artículo 522 se permite el decomiso de bienes producto del lavado de dinero sin que exista una sentencia condenatoria.

En conclusión, el Ecuador a lo largo de la última década ha hecho esfuerzos por fortalecer la lucha contra el lavado de activos, sin embargo en muchos aspectos se muestra todavía deficiente, por ello para el GAFI el Ecuador está en la lista de países con deficiencias estratégicas contra el lavado de activos, y al ser el GAFI un organismo internacional incluso superior al GAFISUD que observa que los países apliquen medidas para frenar este delito, sus decisiones tienen gran repercusión.

2. EL LAVADO DE ACTIVOS O BLANQUEO DE CAPITALES (TERMINOLOGÍA, DEFINICIÓN Y FASES DEL DELITO)

La terminología de lavado de activos o blanqueo de capitales responde a la suposición de la previa suciedad o “negritud” de los mismos, habitualmente los términos “sucio o negro” son empleados en el ámbito económico para ser elocuente al momento de expresar las irregularidades de unos bienes determinados, así que no debería extrañar el empleo de estos dos términos en materia jurídica²⁷. Incluso el diccionario de La Real Academia Española define al verbo “blanquear” como “ajustar a la legalidad fiscal el dinero procedente de negocios delictivos o injustificables”²⁸.

Por esto las operaciones deberán tener como finalidad, facilitar la regularización perseguida, pero será necesario efectuar varias de estas operaciones hasta conseguir el nivel de limpieza o blancura

²⁷ CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 45.

²⁸ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, Madrid: Talleres gráficos de la editorial Espasa-Calpe, 1984, p. 785.

necesaria para que estos capitales no tengan la más mínima duda de su licitud²⁹. Se consideraba además que los actos de lavado de dinero se constituyen por un conjunto de operaciones comerciales que tienen como objetivo ingresar al Producto Interno Bruto de un Estado los recursos provenientes del tráfico de drogas³⁰, con lo cual evidentemente se limitaba la actividad de lavado de dinero en relación con el narcotráfico, esto impedía que pueda analizarse una conducta de lavado o blanqueo de dineros procedentes de cualquier otra actividad delictiva, aun cuando la forma de comisión del tipo, su finalidad y la afectación del bien jurídico sean los mismos. Posterior a estas consideraciones se amplió su ámbito de aplicación a todos los bienes procedentes de la comisión de cualquier delito relacionado con el manejo y la obtención de dinero³¹. Resulta evidente que en cualquiera de las definiciones de este delito el común denominador es que el activo provenga de un origen ilícito y la finalidad de introducir a circuitos económicos reglados.

La configuración del tipo penal de lavado de activos, responde a la idea de licitud basada en que para el correcto desarrollo de los procesos financieros de un Estado debe regularse y respetarse el desarrollo del orden jurídico-económico con bienes y capitales lícitos³², consecuentemente el dinamismo económico legal de la actualidad tiene como principales actores a las entidades

²⁹ CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *El delito de blanqueo de capitales*. p. 51.

³⁰ PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú*, Lima, IDEMES, 2002, p. 15.

³¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2004, p. 548.

³² DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *El blanqueo de capitales en el Derecho español*. Madrid: Dykinson, 1999, p. 1.

financieras, las mismas que a través de diversas actividades relacionadas con el comercio de dinero y a la prestación de servicios a cambio de la inversión de capitales constituyen un mantenimiento y desarrollo de un espacio financiero funcional³³, sin embargo, la consolidación de este espacio no lo exime de la posibilidad que dentro de sus actividades se realicen conductas de carácter delictivo por la utilización indebida de sus estructuras financieras (medios)³⁴.

El lavado de activos o blanqueo de dinero se refiere a la inversión del dinero originario de una actividad ilícita en el campo lícito de un país, con la finalidad de ocultar la proveniencia de esos activos³⁵, con esta conducta se reconduce el capital obtenido por la comisión de delitos al sistema económico financiero legal, de manera que pueda circular en cualquier negocio legal como si se lo hubiese obtenido de una manera lícita y si se hubiese tributado de manera adecuada respecto de ese capital³⁶.

Definición

Las formas de criminalidad que en estos días atentan contra los bienes jurídicos no pueden centrarse únicamente desde

³³ CORDERO BLANCO, Isidro. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales. Estudio particular de la omisión de la comunicación de operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales*. Granada: Comares, 1999, p. 7.

³⁴ GARCÍA CAVERO, Percy. *Estudios sobre el delito de lavado de activos*. Trujillo: Triskel Editores, 2014, p. 20.

³⁵ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. "El lavado de dólares producto del narcotráfico", en *Iustitia*, N.º 38, 1990, p. 10.

³⁶ GÓMEZ INIESTA, DIEGO. "Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el Derecho español", en ARROYO ZAPATERO, Luis, y TIEDEMANN, Klaus, *Estudios de Derecho Penal económico*. Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, p. 141.

la óptica individual, las diferentes formas de criminalidad transnacional tienen un nivel de amenaza mucho más alto que las formas delictuales clásicas, es decir, se aprecia que estas formas de conducta se constituyen como un fenómeno apartado de lo tradicional que se encuentra inserto en el desarrollo y el funcionamiento de la propia sociedad³⁷. La criminalidad de los poderes, es el crimen organizado, que siempre ha existido pero que hoy ha adquirido un desarrollo transnacional y una relevancia en los sistemas financieros hasta el punto de configurarse como uno de los sectores más solventes de la economía internacional³⁸. En este contexto, las formas de delincuencia organizada utilizan como medios a las transformaciones socioeconómicas desarrolladas en los últimos años en los campos de la industria, las finanzas, las nuevas tecnologías, buscando con la utilización de estos ámbitos beneficios económicos³⁹.

En palabras de DIEZ RIPOLLÉS, el lavado de activos consiste en un procedimiento por el cual la finalidad consiste en introducir en el tráfico económico financiero legal los beneficios obtenidos por actividades delictivas, posibilitando su disfrute totalmente jurídico⁴⁰. En esta definición como en la de muchos autores se determina que el lavado es un proceso de convertir en legal los recursos para disfrutarlos. En un sentido más elocuente y puntual

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Criminalidad y Globalización. Íter Criminis*, en Revista de Ciencias Penales. Ciudad de México: INACIPE, 2005, p. 2004.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. op. cit. p. 75.

³⁹ BERIA DI ARGENTINE, Adolf. "The Mafias in Italy", in SANOVA, E. U. *Mafia Issues. Analysis and Proposals for Combating the Mafia Today*. Milan: International Scientific and Professional Advisory Council of the United Nations Crime Prevention, and Criminal Justice Programme, 1993, p. 19.

⁴⁰ DIEZ RIPOLLÉS, José. "El Blanqueo de Capitales Procedente del Tráfico de Drogas. Actualidad Penal", en *Revista Jurídica*, N.º 32, p. 609.

se indica que esta actividad consiste en integrar capitales ilícitos a la economía general y transformarlos en bienes y servicios lícitos a la economía legal⁴¹.

Proceso del blanqueo de capitales (etapas o fases del lavado de activos)

Fase de colocación Como se mencionó anteriormente, el enorme desarrollo de intercambios económicos experimentados en nuestra realidad demuestran que cada día el dinero físico tiene más dificultades al momento de servir como medio para el cumplimiento de las obligaciones debido a la necesidad de que los pagos sean más ágiles y seguros, producto de los avances jurídicos y tecnológicos, por ello, la circulación de moneda de curso legal se ha visto limitada a las transacciones menos importantes a nivel financiero las mismas que hoy se realizan con otros medios como títulos valor, transferencias bancarias o la compensación electrónica⁴². Tomando en cuenta esto, la acumulación de papel moneda en grandes cantidades se constituye como un problema para la criminalidad, pues se llega al punto en que no es de gran importancia el papel dinero que posea un sujeto sino el valor y licitud que tiene ese papel dinero en el mercado legal⁴³. Debido a esto, las grandes organizaciones delictivas que tienen una gran masa de dinero físico se ven obligadas a transformar ese dinero corriente ilícito en otros activos que se puedan introducir en la economía.

⁴¹ PÉREZ LOMELA, Héctor. *Lavado de Dinero. Un Enfoque Operativo*, Buenos Aires, Desalma, 2000, p. 125.

⁴² CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *El delito de blanqueo de capitales*. p. 110.

⁴³ Para ejemplificar, ver en el artículo de "Dirty Money", publicado en el N.º 22 del periódico *Europa Times*, 1995, en el cual se determina que: se ha indicado que el 75 por ciento de dinero en metálico que circulaba en Los Ángeles está vinculado al tráfico de drogas y, especialmente al mercado de la cocaína.

La colocación consiste en deshacerse de importantes sumas de dinero metálico (monedas o papel moneda)⁴⁴. La etapa inicial del lavado o blanqueo consiste en la colocación de grandes cantidades de dinero metálico, mediante varios mecanismos, en esferas de lo lícito por medio del aparato financiero o trasladándolo al extranjero⁴⁵. Debido a los riesgos que componen el manejo de cantidades de dinero masivo se forma la necesidad de transformar todo ese dinero efectivo en algún título jurídicamente reconocido o cualquier otra forma que cumpla el mismo objetivo que sea capaz de documentar la mayor parte del dinero y que de la misma manera pueda ejecutarse o transferirse fácilmente.

Algunas de las maneras de realizar este procedimiento son los depósitos bancarios, sin embargo, se produce un inconveniente cuando el depósito de la suma de dinero es extremadamente alta, por ello se acostumbra a fraccionar la totalidad del dinero e ingresar en cantidades menores por ventanilla por periodos extendidos de tiempo, ya sea en efectivo o por medio de otros instrumentos⁴⁶.

Fase de conversión o control

Anteriormente la práctica financiera se concentraba en obtener el dominio real sobre los bienes; en nuestros días ese apego por la posesión y el dominio de las cosas se han reemplazado por la idea

⁴⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Aranzadi, 2002, p. 64.

⁴⁵ GROUPE D'ACTION FINANCIERE. *La lutte contre le blanchiment de capitaux. Rapport demandé par les chefs d'État lors du Sommet de l'Arche*. París: 1990, pp. 18 y 19.

⁴⁶ GÓMEZ INIESTA, DIEGO. "Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el Derecho español", en ARROYO ZAPATERO, Luis, y TIEDEMANN, Klaus, *Estudios de Derecho penal económico*. p. 139.

de crédito, por toda actividad económica que genere un interés sobre el capital y por las proyecciones que se generen sobre él descartando así la práctica de la inmovilización de la riqueza. Por ello, las actividades con grandes movimientos de numerarios no se constituyen como el único proceso de blanqueo o lavado, sin embargo, no hay manera de evitar que todo el dinero procedente de actividades ilícitas deba someterse a un ciclo de blanqueo con el objetivo de borrar los antecedentes ilícitos del mismo y separarlo definitivamente de ese origen⁴⁷. De este modo se debe entender que la circulación del dinero no solo es el movimiento material del capital, sino toda intervención sobre los mismos que de alguna forma los aleje de su procedencia ilícita⁴⁸.

En esta fase se trata de distanciar al dinero ilegal mediante un sin número de transacciones financieras complejas a fin de establecer capas para su no descubrimiento⁴⁹, por lo tanto, la función de esta fase consiste en ocultar el origen del producto⁵⁰.

Esta fase se considera exitosa cuando los blanqueadores hacen más difícil la detención de los bienes mediante la realización de múltiples transacciones con el propósito de acumular una tras otra diferentes movimientos o transacciones y de esta manera dificultar el descubrimiento del proceder del dinero⁵¹.

⁴⁷ CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *El delito de blanqueo de capitales*. p. 134.

⁴⁸ COLOMBO, Gherardo. *Il riciclaggio. Gli strumenti giudiziari di controllo dei flussi monetari con le modifiche introdotte dalla nuova legge antimafia*. Milán: Giufre, 1990, p. 16.

⁴⁹ HOGARTH, "Beyond the Vienna International Convention Efforts to Suppress Money Laundering", en *International Conference on Preventing and Controlling Money Laundering and the Use of Proceeds of Crime: a Global Approach*. p. 2.

⁵⁰ FERRUSQUÍA CANCHOLA, Manuel. *El sistema jurídico en lavado de dinero*. p. 18.

⁵¹ BLANCO CORDERO, Isidoro. op. cit., p. 70.

Con la generalización de las transferencias telemáticas y el uso del Internet, se ha vuelto una tarea complicada rastrear la procedencia de los activos utilizados en ellas, esto producto del tipo de entidades financieras utilizadas en esta actividad⁵². Se debe diferenciar los tipos de entidades financieras puesto que si en la otra etapa de blanqueo -colocación- se utilizaba entidades financieras de tipo minorista, en esta etapa es más frecuente utilizar entidades financieras corresponsales, debido a que en este espacio la normativa reguladora de los mercados financieros en cada zona geográfica se encuentra debilitada, lo que proporciona oportunidades eficaces a la criminalidad⁵³.

Fase de integración

Si los capitales ilícitos no son utilizados para financiar nuevas actividades delictivas, la última fase se constituye por una integración final de esa riqueza en los canales económicos oficiales⁵⁴. Una de las características de esta etapa es que las redes de blanqueo introducen los capitales en negocios no provechosos, que no incrementan el capital introducido, pero que si sirven para lavar el dinero, esto resulta compensatorio desde donde se lo vea, pues el beneficio que implica el disfrute de capitales ilícitos subsana cualquier pérdida dineraria en la que se incurriere con la inversión⁵⁵. Lo que debe quedar claro es

⁵² ÁLVAREZ PASTOR, Daniel, y EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *Manual de prevención del blanqueo de capitales*. p. 32.

⁵³ ZAGARIS, Bruce, and McDONALD, Scott. "Money Laundering Financial Fraud and Technology: the Perils of an Instantaneous Economy", *George Washington Journal of International Law & Economics*. N.º 26, 1992, p. 62.

⁵⁴ CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *El delito de blanqueo de capitales*. p. 149.

⁵⁵ PRADO SALDARRIAGA, Víctor, et al. *El combate al lavado de activos desde el sistema judicial. Edición especial para el Perú*. Lima: Organización de los Estados

que solo puede considerarse integración cuando el sujeto activo destina la riqueza ilícita a la adquisición de bienes o servicios con el fin de negociarlos, pues el solo gasto del dinero en compra de bienes, es simple consumo y no lavado de dinero⁵⁶.

Algunas de las actividades para realizar esta última fase del lavado consisten en la transacción de inmuebles, cuando se adquiere una propiedad por medio de una sociedad interpuesta que paga con dineros ilícitos, sin embargo después esta propiedad adquirida es vendida y el producto de la venta ser considerado un capital lícito⁵⁷. Existen muchas actividades para realizar este proceso, aún, en esta fase terminal podría incurrirse en modos enunciados en las anteriores fases, en fin se puede apreciar que el proceso del lavado mucho va depender de que nivel de ilicitud tenga el dinero a lavar.

3. EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD EN EL LAVADO DE ACTIVOS Y SU RELACIÓN CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO (BIEN JURÍDICO, LESIVIDAD Y VALORACIÓN EN EL COIP)

En un sentido mayoritario la doctrina ha adquirido nuevamente la posición de VON LISZT acerca del bien jurídico, concibiéndolo como los intereses vitales del individuo o de la comunidad que son reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, mas no creados por el mismo⁵⁸. La protección de estos intereses es

Americanos, 2006, p. 86.

⁵⁶ CAPARRÓS, Eduardo Fabián. op. cit., p. 151.

⁵⁷ ZARAGOZA AGUADO, Javier. "El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos", en *Cuadernos de Derecho Judicial. El encubrimiento, la recepción y el blanqueo de dinero. Norma Comunitaria*. Madrid: 1994, p. 138.

⁵⁸ LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*, t. II, Madrid: Reus, 1916, p. 2.

garantizada por el Derecho ya que las acciones que son idóneas para menoscabar estos intereses serán susceptibles de recibir sanción producto de la prohibición de la norma penal⁵⁹, por ello, este se constituye como la base para el establecimiento de los tipos penales, lo contrario sería despojar de su contenido material a la norma lo que resultaría ilegítimo⁶⁰. Desde esta perspectiva, el bien jurídico no cumple únicamente la función de *lege lata*, adicionalmente cumple la tarea imprescindible de *lege ferenda*, es decir, de un papel limitador al poder punitivo del Estado ya que al vincular al bien jurídico con la Constitución se marca una referencia limitativa a la actividad del legislador que es el encargado de la creación de tipos penales.

Anteriormente se concebía al ciudadano desde una ser individual que protegía sus intereses frente al poder⁶¹, es así que el Estado queda obligado a tutelar posiciones del ser humano en su contexto social como la de ser trabajador, consumidor, etc⁶². Así pues, el principio de lesividad se despliega por las libertades del ciudadano frente a los poderes públicos a través de varias manifestaciones, como el impedimento de la aprobación de normas que sancionen conductas que no lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos, o el desuso de normas sancionadoras que no convergen con un derecho liberal, y finalmente el establecer una proporcionalidad entre la lesión y la sanción.

⁵⁹ JESCHECK, Hans. *Derecho Penal. Parte General*. 5.ª Ed., Granada: Comares, 2014, p. 274.

⁶⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Trotta, 2006, p. 182.

⁶¹ CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *El delito de blanqueo de capitales*. op. cit., p. 180.

⁶² ARROYO ZAPATERO, Luis. *Estudios del Derecho Penal Económico*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, p. 19.

En el presente trabajo, dado que el estudio se enfoca en el lavado de activos, la relevancia de la conducta impide la vinculación con delitos contra el patrimonio individual, pues no resulta fácil diferenciar entre la riqueza privada de la riqueza en la que se encuentran relaciones macro-sociales, pero sin duda el Derecho Penal tiene como objetivo proteger el modelo económico vigente de un Estado⁶³, desde esta posición aparece la necesidad de penalizar aquellas conductas de carácter intolerables dirigidas a frustrar las actuaciones de los poderes públicos que estén encaminadas a regular el mercado⁶⁴.

El interés, el bien jurídico y la tutela penal

En cuanto a la existencia de un interés que debe protegerse dentro de la conducta de lavado de activos, existen dos posturas totalmente antagónicas. La primera que sostiene que no se encuentra justificada la tipificación en el delito de lavado, pues se determina que esta actividad no es relevante para el Derecho penal y que es responsabilidad de los poderes públicos proporcionar una labor revisora en los mecanismos de inspección de un país⁶⁵. La segunda opinión, la cual es la mayoritaria dentro de la doctrina, señala que no se puede partir desde un prisma netamente económico sino que debe ser una valoración jurídico-

⁶³ PEDRAZZI, Cesare. "El bien jurídico en los delitos económicos", en *La reforma penal, Delitos socio-económicos*. Madrid: Universidad Complutense, 1985, p. 308.

⁶⁴ PEDRAZZI, Cesare. "Interessieconomici e tutela penale", en *Bene giuridico e riformadella parte speciale*,. Milán, Jovene Editore, 1985, p. 300.

⁶⁵ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. "Derecho Penal Económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales", en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedeman*. Madrid, 1995, p. 74.

económica, pues la lesividad del blanqueo no se la puede medir en términos contables, sino que debe entenderse lo reprochable de admitir en la economía legal fondos de origen delictivo⁶⁶. Un argumento sólido de este planteamiento radica en que la empresa que tiene como finalidad exclusiva el blanqueo de capitales, subordinará toda su actividad a este fin, lo que repercutirá en sus planteamientos de mercado, por ejemplo, fijando precios y salarios al margen de la oferta y la demanda; esto condiciona e inestabiliza el buen funcionamiento de las demás empresas, consecuentemente se estaría afectando un interés comunitario⁶⁷.

Existen varias posturas en cuanto a determinar cuál es el bien jurídico a protegerse por el tipo penal de blanqueo o lavado de activos. Una de ellas determina que el bien jurídico lesionado es el mismo bien jurídico que ha lesionado el delito previo⁶⁸, sin embargo esta postura tiene su crítica en el principio de la personalidad de la pena pues se impondría una pena sobre un sujeto distinto de aquel cuyo comportamiento se quiere evitar⁶⁹. Otra posición determina que se lesiona la Administración de Justicia, pues la actividad de lavar dinero oculta un delito previo cometido⁷⁰. La contra-postura a esta posición se da porque

⁶⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. p. 197.

⁶⁷ PALMA HERRERA, Manuel. *El blanqueo de capitales*. Reunidas S.A., 2000, p. 272.

⁶⁸ BACIGALUPO, Enrique. "Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados miembros de la UE sobre represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido", en *Curso de Derecho penal económico*, Madrid, Dialnet, 1998, p. 207.

⁶⁹ SUÁREZ GONZALES, Carlos. "Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española", en *Anuario de Derecho penal*, 1996, p. 148.

⁷⁰ DE LA MATA, Norberto. *Límites de la sanción del delito de recepción: la recepción sustitutiva y la teoría del mantenimiento*. Madrid: 1989, p. 59.

siempre con el blanqueo se lesiona a la Administración de Justicia, sobre todo en sus primeras fases, sin embargo el lavado afecta a otros intereses merecedores de protección⁷¹.

Un sector sostiene que el blanqueo de capitales es un delito pluriofensivo pues lesiona el mencionado interés de Administración de Justicia, el orden económico, la transparencia del sistema financiero y la legitimidad de la actividad económica⁷². Así se entiende que esta conducta menoscaba el orden socioeconómico, pero en razón a su naturaleza de encubrimiento también lesiona la Administración de Justicia⁷³. La doctrina tiene diferentes posturas referente el bien jurídico que es lesionado con esta conducta, sin embargo, para la determinación del bien jurídico lesionado en los diferentes ordenamientos jurídicos de los países es necesario remitirnos al texto redactado por el legislador para constituir el tipo penal.

4. EL ARTÍCULO 317 EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL Y EL BIEN JURÍDICO (COIP - ECUADOR)

La doctrina tiene un intenso debate sobre la determinación de la lesividad del lavado de activos por la variedad de sus conductas, sin embargo en este apartado la intención es plantear una directriz de valoración en cuanto a este problema. Si bien no se concuerda

⁷¹ BLANCO CORDERO, Isidoro. op. cit., p. 200.

⁷² VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina. "La última reforma del Código Penal en materia de drogas (Novedades introducidas por la Ley Orgánica de 12 de noviembre 1992), en *Revista General de Derecho*, N.º 583, p. 91.

⁷³ VIVES, Antón, y GONZÁLEZ CUSSAC, José. *Comentarios al Código Penal 1995*. vol. II. Valencia: 1995, p. 1464; en el mismo sentido, MORENO CANOVES, Antonio, y RUIZ MARCO, Francisco. *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código Penal*. Castellón: 1996, p. 440.

en que el lavado de activos es un delito autónomo con diferente naturaleza del delito que le antecede⁷⁴, o si tiene una diversidad de bienes jurídicos protegidos según la legislación de cada país o si es un delito pluriofensivo⁷⁵, es necesario analizar el caso particular de la legislación ecuatoriana.

Referente al lavado de activos el COIP unifica en un solo artículo lo concerniente a la descripción de las conductas de lavado y la proporción de las penas en cuanto a las circunstancias de ejecución de la conducta, está dentro del Capítulo V, en los delitos contra la responsabilidad ciudadana en su Sección VIII que concierne a los delitos económicos, con ello se le da una autonomía frente a las conductas típicas precedentes.

En este punto se tiene que analizar dos posturas, la primera es que en referencia a los primeros 6 numerales del artículo 317 basta con que el autor conozca de la procedencia ilícita del dinero, por lo que resulta irrelevante la intención del autor ya sea para transferir, utilizar, ocultar, etc., lo relevante es el conocimiento sobre los orígenes del dinero, esto implica un efecto en el análisis del bien jurídico, ya que no se pretende ocultar el bien o lesionar la Administración de justicia, lo que si se lesiona es el orden económico al recibir bienes o capitales de carácter ilícito⁷⁶.

Ahora bien, la segunda postura considera que los verbos constitutivos de la conducta de los numerales enunciados tienen como finalidad

⁷⁴ GILMORE, William C. *Dirty Money: The Evolution of International Measures to Counter Money Laundering and Financing of Terrorism*. Germany: Council of Europe Publisher, 2004, p. 345.

⁷⁵ DURRIEN, Robert. "El bien jurídico protegido en el Delito de Lavado de Dinero", en *Anuario de Doctrina del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*. Buenos Aires: julio de 2011, p. 34..

⁷⁶ VIVES, Antón, y GONZÁLEZ CUSSAC, José. op. cit., 1995, p. 1464.

encubrir el origen ilícito de los dineros. Lo cierto es que la redacción del tipo penal no establece de una manera clara el bien jurídico protegido por lo que se debe dar una directriz sobre el tema.

Para realizar esto se debe partir de la ubicación que realiza el legislador en el COIP, al ubicar el lavado de activos en los delitos contra el régimen económico se marca una diferencia de los delitos contra la Administración de Justicia o de cualquier otro bien jurídico, determinando al orden socioeconómico como bien jurídico a proteger, el mismo que se puede considerar como el interés del Estado en conservar el orden de la economía legal, adicionalmente comprende el interés del individuo en particular en los bienes de consumo y del desarrollo de una actividad económica legal en todo aspecto⁷⁷. Debe entenderse al legislador al plantear de esta manera el tipo, pues su intención es proteger la estabilidad y solidez del sistema financiero ya que al ingresar activos de origen ilícito el sistema financiero de un Estado pierde credibilidad⁷⁸.

En el COIP se reconoce al lavado de activos como un tipo penal que cumple la protección de un bien jurídico colectivo, ya que el adecuado desenvolvimiento del orden socioeconómico provoca una satisfacción de las necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad⁷⁹. Es claro que esta clase de bienes no suplantando a los bienes individuales ya que su incidencia está en el modelo del

⁷⁷ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de Lavado de Activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la ley No. 27765*. Lima: Juristas Editores, 2009, p. 43.

⁷⁸ DURRIEU, Roberto. *El Lavado de dinero en la Argentina*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 99.

⁷⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Los bienes jurídicos colectivos", en *Control Social y Sistema Penal*, Barcelona: PPU, 1987, p. 197.

Estado social por encontrarse al servicio de bienes micro-sociales, por esta razón y en función de una eficaz política criminal y en cumplimiento de la finalidad de la pena, la conducta de lavado debe ser tratada de una manera autónoma que debe proteger la participación del individuo en sociedad⁸⁰.

Frente a esta discusión es necesario tomar una postura respecto del bien jurídico a valorarse. El delito de lavado no puede orientarse a la protección de la salud pública, desde la lucha contra el narcotráfico pues sería restrictivo, adicionalmente, los tratados internacionales referentes a la lucha contra el lavado, desde sus inicios fueron evolucionando y lo que en un principio se asociaba a esta conducta exclusivamente con las actividades de narcotráfico, en tratados posteriores se determinó que el lavado de capitales se debía combatir en razón de todas las conductas delictivas que generaban capitales de origen ilícito⁸¹, tampoco resulta factible considerar que el lavado de activos protege al Estado desde la perspectiva de la corrupción de los órganos estatales ya que resultaría demasiado amplio y se podría incurrir en arbitrariedad al momento de sancionar.

Es más adecuado considerar al lavado de activos como un delito contra el orden socioeconómico por la propia ubicación sistemática que da el legislador en el cuerpo legal, además que se sigue la línea manifestada por el Preámbulo de la Convención de Viena, vinculando a las actividades de lavado con el narcotráfico

⁸⁰ CARO CORIA, Dino Carlos. "Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos", en *Imputación objetiva, delitos sexuales y reforma penal*, Ciudad de México: UNAM, 2002, p. 16.

⁸¹ FARIA COSTA, José. "El blanqueo de capitales", en *Hacia un Derecho Penal económico europeo, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedeman*. Madrid, 1995, p. 670.

y con todas las actividades de organizaciones criminales que socavan las economías lícitas. Con ello el delito de lavado se constituye como un tipo penal que protege directamente un bien jurídico socioeconómico⁸².

Al tener una postura sobre este tema se cuenta con una ventaja estructural, pues como se analizó en el inicio de este trabajo el lavado de activos o blanqueo de capitales se constituye por tres fases (colocación, conversión e integración), y de esta manera se conecta de manera directa con la fase de integración, la misma que al ser la última fase del proceso incluye todas las fases intermedias, y se deja de lado aspectos parciales que si vulnerarían la Administración de Justicia⁸³.

Se reconoce las dificultades que existen para diferenciar los delitos patrimoniales de los delitos que afectan el orden socioeconómico por la estrecha relación que los une en cuanto a los bienes y capitales que se intercambian⁸⁴, lo cierto es que con esta ubicación y siguiendo la doctrina española del Código Penal de 1995 se propone sancionar penalmente las conductas delictivas que incorporan capitales ilícitos al tráfico económico legal mediante un tipo amplio, no limitado a los delitos patrimoniales⁸⁵.

⁸² DIEZ RIPOLLÉS, José. "La política sobre las drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente", en *Anuario de Derecho penal*, 1987, p. 395.

⁸³ FORTHAUSER, Román. *Geldwäscherei de lege lata et ferenda*, München, VVE, 1992, p. 147.

⁸⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. "Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma", en *Hacia un Derecho Penal económico europeo, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedeman*. Madrid: 1995, p. 272.

⁸⁵ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*. Madrid, Civitas, 1978, p. 40.

La exposición de motivos de la ley en contra del Lavado de Activos expedida el 2005 plantea una valoración demasiado amplia en cuanto a la valoración del bien jurídico pues determina que:

Que el lavado de activos es uno de los mayores flagelos contra la sociedad, por sus nefastos efectos en la economía, en la administración de justicia y la gobernabilidad de los Estados, lo que afecta gravemente a la democracia.

Después de lo planteado en el presente trabajo y la consideración de que el bien jurídico a valorarse es el orden socioeconómico no se puede estar de acuerdo con lo que plantea la Ley del 2005 y tampoco con la postura de uno de los juristas más conocidos a nivel nacional, el mismo que considera que los bienes jurídicos lesionados son la economía de un país, la administración de justicia y la gobernabilidad⁸⁶. Más allá de lo laxo que resulta valorar de esta manera, no se toma en cuenta la verdadera finalidad del lavado y su última fase (integración), la misma que integra con la lesividad del orden socioeconómico todas las otras fases del tipo penal.

⁸⁶ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *Lavado de Activos. Aproximación desde la Imputación Objetiva y la Autoría Mediata*. Quito, CEP, 2012, p. 40.

Conclusiones

- Los instrumentos internacionales respecto del lavado de activos si bien tuvieron en un inicio la finalidad de proteger entidades financieras de cada país, después ampliaron su regulación al ámbito normativo de cada Estado, en primero lugar asociando a la conducta de lavado con la actividad de narcotráfico para después tomar en cuenta todas las actividades que generan capitales de origen ilícito.
- El Ecuador a partir de la sanción impuesta por el GAFISUD se ha esforzado por implementar normas y mecanismos para combatir el lavado de activos consiguiendo así el levantamiento de la sanción en el año 2011.
- La sociedad experimenta en todo momento una evolución, en cuanto a sus avances tecnológicos lo que permite que los sistemas financieros sean mucho más vulnerables, por lo que la sanción a la conducta de lavado de activos se convierte en algo imprescindible para los ordenamientos jurídicos.
- El lavado de activos o blanqueo de capitales es un tipo penal que requiere en su manera de ejecución realice un proceso, que en su inicio procura maquillar el dinero físico para terminar introduciéndolo en el sistema financiero lícito de un Estado. Este proceso se compone por la fase de colocación, posteriormente la fase de conversión utiliza de manera directa transacciones financieras mucho más complejas utilizando los avances tecnológicos para este fin y por último se realiza la fase de integración, la misma que consiste en destinar los activos de carácter ilícito a la adquisición de bienes o servicios negociables así constituya esta inversión una pérdida de dinero.

- Para que un tipo penal no sea ilegítimo es necesario que cada uno cumpla con el principio de lesividad, es decir que tenga una parte material que vulnere o ponga en peligro un bien jurídico, por ello es necesario determinar cuál es el bien jurídico que lesiona la actividad del lavado de activos ya que este es un tema muy debatido en la dogmática. Debido a la naturaleza de este delito se lo ha asociado con la lesión al delito previamente cometido para obtener el capital ilícito, sin embargo esto se iría en contra de la finalidad de la norma penal y la personalidad de la pena ya que la determinación de la conducta por un tipo penal podría no recaer sobre el sujeto que realiza el lavado consecuentemente se impondría una pena sobre un sujeto distinto de aquel que se quiere evitar un comportamiento, sin embargo estas dos posturas iniciales no abarcan toda la lesividad que provoca el tipo penal de lavado, consecuentemente en una opinión personal estarían equivocadas.
- El ordenamiento jurídico ecuatoriano de una manera acertada sigue la corriente española en el tema del bien jurídico, pues el legislador lo ha ubicado en el Código Orgánico Integral Penal en el Capítulo de los delitos vulneradores del orden socioeconómico de un Estado. De esta manera se marca una diferencia sustancial entre los delitos contra la Administración de Justicia, además que se pretende proteger la estabilidad financiera de un país considerando que este es un interés colectivo de un Estado y también se comprende intereses del individuo en particular abarcando así todas las fases del lavado de activos hasta su fase de integración.

BIBLIOGRAFÍA

ADRIASOLA, Gabriel, “Legitimidad de la intervención del Derecho penal en la actividad económica”, en RUBINSKA, Ramiro, y SCHURJIN ALMENAR, Daniel. *Derecho penal económico*, Tomo I. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

ÁLVAREZ PASTOR, Daniel, y EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *Manual de prevención del blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

ARROYO ZAPATERO, Luis. *Estudios del Derecho Penal Económico*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 1994.

BACIGALUPO, Enrique. “Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados miembros de la UE sobre represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido”, en *Curso de Derecho penal económico*. Madrid: Dialnet, 1998.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*. Madrid: Civitas, 1978.

_____. “Derecho Penal Económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedeman*. Madrid: s/e, 1995.

- BASSIOUNI, Cherif.** “International Mechanism to Control the Profits of Illicit Activity”, en International Conference of Preventing and Controlling Money Laundering and The Use of Proceeds of Crime: a Global Approach. Aosta Valley: Cormayeur Mont Blanc, 1994.
- BAUCHÉ, Eduardo.** *El lavado de dinero*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2006.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al.** *Cursos de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Ediciones Experiencia S.L., 2004.
- BERIA DI ARGENTINE, Adolf,** “The Mafias in Italy”, en SANOVA, E. U. *Mafia Issues. Analyses, and Proposals for Combating the Mafia Today*. Milán, International Scientific and Professional Advisory Council of the United Nations Crime, Prevention, and Criminal Justice Programme, 1993.
- BLANCO CORDERO, Isidoro.** *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Aranzadi, 2002.
- _____. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales. Estudio particular de la omisión de la comunicación de operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales*. Granada: Comares, 1999.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan.** *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Trotta, 2006.

_____. “Los bienes jurídicos colectivos”, en *Control Social y Sistema Penal*. Barcelona: PPU, 1987.

CAPARRÓS, Eduardo Fabián. Tipología y Lógica del Lavado de Dinero, en *Combate del Lavado de activos desde el sistema judicial*. OEA, República Bolivariana de Venezuela y Banco Interamericano de Desarrollo, 2007.

CARO CORIA, Dino Carlos. “Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos”, en *Imputación objetiva, delitos sexuales y reforma penal*. Ciudad de México: UNAM, 2002.

COLOMBO, Gherardo. *Il riciclaggio. Gli strumenti giudiziari di controllo dei flussi monetari con le modifiche introdotte alla nuova legge antimafia*, Milán: Giufre, 1990.

DE LA MATA, Norberto, *Límites de la sanción del delito de receptación. La receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento*. Madrid: 1989.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *El blanqueo de capitales en el Derecho español*. Madrid: Dykinson, 1999.

DIEZ RIPOLLÉS, José. “El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas. Actualidad Penal”, en *Revista Jurídica*, N.º 32.

_____. “La política sobre las drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente”, en *Anuario de Derecho Penal*, 1987.

DURRIEN, Robert. “El bien jurídico protegido en el Delito de Lavado de Dinero”, en *Anuario de Doctrina del Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires*. Buenos Aires: s/e, julio 2011.

_____. *El Lavado de dinero en la Argentina*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

EVANS, John. “The Proceeds of Crime: Problems of Investigation and Prosecution” in *the International Conference on Preventing and Controlling Money Laundering, and Use of the Proceeds of Crime: a Global Approach*. Aosta Valley: Courmayeur Mont Blanc, 1994.

EL FINANCIERO DIGITAL, “GAFISUD levantó la sanción que pesaba sobre el Ecuador”. Ecuador, 2010.

FARIA COSTA, José. *El blanqueo de capitales. Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedeman*. Madrid: s/e, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. “Criminalidad y Globalización. Íter Criminis”, en *Revista de Ciencias Penales*. Ciudad de México: INACIPE, 2005.

FERRUSQUIA CANCHOLA, Manuel. “El sistema jurídico”, en *Lavado de Dinero*. Ciudad de Mexico: Flores Editorial y Distribuidor, 2013.

FINKLEA, Kristin, “Organized Crime in the United States: Trends and Issues for Congress”, in *Journal on Current Issues in Crime, Law, and Law Enforcement*, N.º 1, Volume 2, 2009.

- FISHER, Jhonatan. “The Vulnerability of Her Majesty’s Revenue & Customs to Penetration by Criminal Actors”, in *Journal of Money Laundering Control*, N.º 2, Volume 15, 2012.
- FORTHAUSER, Román. *Geldwäscherei de lege lata et ferenda*. München: VVF, 1992.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de Lavado de Activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la ley N.º 27765*. Lima: Juristas Editores, 2009.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico*. Piura: Ara Editores, Universidad de Piura, 2003.
- _____, *Sobre el delito de lavado de activos*. Trujillo: Triskel Editores, 2014.
- GILMORE, William. *Basic Documents on International Efforts to Combat Money Laundering*. London: 1992.
- _____. *Dirty Money: The Evolution of International Measures to Counter Money Laundering and Financing of Terrorism*, Germany: Council of Europe Publisher, 2004.
- GÓMEZ INIESTA, Diego. “Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el Derecho español”, en ARROYO ZAPATERO, Luis, y TIEDEMANN, Klaus. *Estudios de Derecho Penal económico*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 1994.
- JESCHECK, Hans. *Derecho Penal. Parte General*. Granada: Comares, 5.ª edición, 2014.

- KENT**, Christopher. “The Canadian and International War Against Money Laundering: Legal Perspectives”, in *The Criminal Law Quartely*, N.º 1, Vol. 35, 1992.
- LEVI**, Michael, “Crimes of Globalization: Some Measurement Issues”, en JOUTSE, Matti. *New Types of Crime Proceedings of the International Seminar Held in Connection with HEUNI Thirtieth Anniversary Helsinki October 20, 2011*. Helsinki, Heuni, 2012.
- LISZT**, Franz von. *Tratado de Derecho penal*. Tomo II. Madrid: Reus, 1916.
- LOMBARDERO**, Luis Manuel. *Blanqueo de capitales*. Barcelona: Bosch, 2009.
- LLOBET RODRÍGUEZ**, Javier. “El lavado de dólares producto del narcotráfico”, en *Iustitia*, N.º 38, 1990.
- MORENO CANOVES**, Antonio, y **RUIZ MARCO**, Francisco. *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código Penal*. Castellón: s/e, 1996.
- MUÑOZ CONDE**, Francisco. “Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma”, en *Hacia un Derecho Penal económico europeo, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedeman*. Madrid: 1995.
- _____. *Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2004.

ORSI, Omar. *Lavado de dinero de origen delictivo.* Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2007.

PALMA HERRERA, Manuel. *El blanqueo de capitales.* Madrid: Editorial de Derecho Reunidas S.A., 2000.

PEDRAZZI, Cesare. “El bien jurídico en los delitos económicos”, en *La reforma penal. Delitos socio-económicos.* Madrid: Universidad Complutense, 1985.

PÉREZ LOMELA, Héctor. *Lavado de Dinero. Un Enfoque Operativo.* Buenos Aires: Desalma, 2000.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *El combate al lavado de activos desde el sistema judicial. Edición especial para el Perú.* Lima: Organización de los Estados Americanos, 2006.

_____. *El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú.* Lima: IDEMES, 2002.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española.* Madrid: Talleres gráficos de la Editorial Espasa-Calpe, 1984.

RICARDES, Raúl et al. *Delincuencia Transnacional Organizada. Lavado de activos narcotráfico y financiamiento del terrorismo. Cátedra Jurídica.* Buenos Aires: 2011.

SUÁREZ GONZÁLES, Carlos. “Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española”, en *Anuario de Derecho penal*, 1996.

THIERRY, Jean Pierre, et DE MÉRITENS, Patrice. *Crime et blanchiment*. Paris: 1993.

VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina. “La última reforma del Código Penal en materia de drogas (Novedades introducidas por la Ley Orgánica de 12 de noviembre de 1992)”, en *Revista General de Derecho*, N.º 583.

VIVES, Antón, y GONZÁLEZ CUSSAC, José. *Comentarios al Código Penal 1995*. Valencia: Volumen II, 1995.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *Lavado de Activos. Aproximación desde la Imputación Objetiva y la Autoría Mediata*. Quito: CEP, 2012.

ZARAGOZA AGUADO, Javier. “El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Norma Comunitaria*. Madrid: 1994.

**CONVENIOS INTERNACIONALES,
RECOMENDACIONES Y NORMATIVA**

- Declaración y Programa de Acción de Ixtapa.
- Comisión Interamericana para el control de abuso de drogas, Reglamento Modelo Sobre Delitos De Lavado De Activos Relacionados Con El Tráfico Ilícito De Drogas, y Otros Delitos Graves.
- Convención de las Naciones Unidas Contra La Delincuencia Organizada Transnacional.
- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.
- Convención de Naciones Unidas Contra la corrupción
- Declaración de Principios del Comité para la Reglamentación Bancaria y las Prácticas de Vigilancia de Basilea.
- Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico ilegal de drogas.
- Recomendaciones adoptadas por el Grupo de Acción Financiera sobre el blanqueamiento de dinero.

**NI POSITIVISMO JURÍDICO
NI NEOCONSTITUCIONALISMO:
UNA DEFENSA DEL CONSTITUCIONALISMO
POSTPOSITIVISTA ¹**

MANUEL ATIENZA²

RESUMEN

El proceso de constitucionalización en los sistemas jurídicos del mundo occidental ha generado un interesante debate; por un lado, se presenta el positivismo jurídico (con sus variantes), que principalmente entiende al Derecho como conjunto de normas, cuyo atributo más importante se halla en la autoridad y forma de su expedición, desligada totalmente de la moral; y por otro lado, el llamado “neoconstitucionalismo”, que en total oposición al anterior, ve al Derecho como un conjunto de principios (reconocidos en la Constitución), cuya aplicación es meramente valorativa y sustantiva y, por lo tanto, requiere la moral en el Derecho. Frente a estos escenarios antagónicos y hasta cierto punto insostenibles, se presenta, como alternativa, el constitucionalismo postpositivista. Éste concibe al Derecho de una manera más amplia, completa y compleja, que incluye

¹ Artículo entregado por el autor el 9 de junio de 2016 y aprobado el 17 de mayo de 2017.

² Abogado, catedrático de filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante y director de la Revista Doxa. Ha sido profesor en la Universidad Autónoma de Madrid y la Universidad de Valencia, así como de la Academia Europea de Teoría del Derecho. Ha sido profesor visitante en numerosas universidades de Europa y América.

aspectos descriptivos, normativos y valorativos, orientando la práctica del jurista en el contexto del Estado Constitucional.

PALABRAS CLAVE

Neoconstitucionalismo, constitucionalización, positivismo jurídico, postpositivismo constitucionalista

ABSTRACT

The process of founding constitutions in the legal systems of the Western world has generated an interesting debate; on the one hand, legal positivism (with its variants), which principally understands Law as a set of rules, whose most important attribute lies on the authority and the way it is expedited, totally detached from morality. On the other hand, the so-called “neo-constitutionalism”, which in total opposition to the previous one, sees the Law as a set of principles (recognized in the Constitution) whose application is purely evaluative and substantive, and therefore, requires morality in Law. Facing these antagonistic and to some extent unsustainable scenarios, postpositivist constitutionalism appears as an alternative. It conceives Law in a broader, more complete, and complex way, which includes descriptive, normative and value aspects, guiding the practice of the jurist in the context of a Constitutional State.

KEY WORDS

Neo-constitutionalism, process of founding constitutions, legal-positivism, postpositive constitutionalism

1.

Si alguien me preguntara hoy ¿qué es eso del neoconstitucionalismo?, creo que le contestaría lo mismo o algo muy semejante a lo que aparece en el *Diccionario de los lugares comunes* de FLAUBERT, en relación con el Derecho: “No se sabe qué es”. No estoy diciendo que yo no lo sepa, sino que no se sabe, que no se puede saber. Pero si lo que se me preguntara fuera si yo soy o no un neoconstitucionalista, mi respuesta inequívoca, incluso enfática, sería que no. Tampoco, por cierto, me considero un iuspositivista (de ninguno de los diversos tipos ahora existentes), aunque sí creo saber qué significa centralmente ser un autor iuspositivista. Veamos si soy capaz de explicar lo que en principio tiene todo el aire de una paradoja.

El término “neoconstitucionalismo” o “neoconstitucionalista” ha adquirido, como todo el mundo sabe, un gran predicamento en la teoría del Derecho de los países latinos -europeos y americanos- en los últimos años. Pero no parecen existir expresiones equivalentes en otros ámbitos culturales; o, si existen, tienen un significado muy diferente. La procedencia de la expresión parece estar en la escuela genovesa, en varios representantes de la misma, que la introdujeron con un propósito manifiestamente crítico y descalificador: para referirse a una concepción del Derecho contraria al positivismo jurídico que ellos profesaban y profesan: digamos, al iuspositivismo metodológico o conceptual (la connotación de iuspositivismo realista podemos dejarla aquí de lado). Probablemente ese origen polémico tenga que ver con el uso tan confuso al que la expresión ha dado lugar.

La confusión se debe, en principio, a una serie de ambigüedades que arrastra el término, más o menos obvias, pero de las que no siempre es consciente quien lo utiliza. Es evidente, por ejemplo, que a veces se habla de “neoconstitucionalismo” para referirse a un determinado fenómeno (ciertos cambios que han tenido lugar en los sistemas jurídicos en los últimos tiempos: la existencia de constituciones con ciertas características y que desempeñan un papel especialmente relevante en el conjunto del ordenamiento jurídico), pero otras veces (y en ocasiones al mismo tiempo) a la conceptualización de ese fenómeno: el neoconstitucionalismo como teoría del Derecho. Que el neoconstitucionalismo puede entenderse, esencialmente, como una doctrina (o un fenómeno) político, aunque también cabe poner el acento en su dimensión jurídica. O que a veces se usa el término para referirse a teorías o fenómenos que conciernen exclusivamente al Derecho constitucional (la interpretación de la Constitución, por ejemplo), mientras que en otras ocasiones el universo del discurso es el ordenamiento jurídico en su conjunto. Y por si esto fuera poco (o, si se quiere, como consecuencia de todos esos sentidos amontonados), el prefijo “neo” viene todavía a aumentar la confusión: pues en algunos de los anteriores significados puede comprenderse que se use esa expresión, “neoconstitucionalismo”, pero la misma resulta desconcertante si a lo que queremos referirnos es a una teoría –a una concepción-general del Derecho: simplemente porque no ha habido ninguna anterior que pudiera llamarse (que se haya llamado) “constitucionalista”. De manera que el “neo”, simplemente, está de más, y uno está tentado a pensar que el éxito que ha conocido pudiera deberse a razones semejantes a las que hacen que se prefiera hablar de “influnciar” en lugar de “influir”, de “concretizar” en lugar de “concretar” o de “direccionar” en lugar de “dirigir”. O sea, una corrupción

de la lengua basada en la falsa impresión de que alargar una palabra es una forma de agregarle sofisticación, profundidad a su significado.

Demos entonces un paso más y centrémonos en el que podría considerarse como significado principal de la expresión, al menos cuando quienes hacen uso de la misma son filósofos del Derecho: el (neo)constitucionalismo como concepción o teoría general del Derecho. De hecho, el artículo que suele considerarse como el primero en introducir la expresión es uno de Susana POZZOLO (1998): “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”. Pues bien, en el mismo, la noción de “neoconstitucionalismo” dista, en mi opinión, de estar clara. Lo caracteriza en términos de alternativa: principios versus normas (reglas), ponderación versus subsunción, Constitución versus independencia del legislador, y jueces versus libertad del legislador. Los neoconstitucionalistas serían entonces aquellos autores que subrayan la prevalencia del primero de los términos en cada una de esas oposiciones. Pero esto, sin duda, es muy poco claro, y cuando POZZOLO lo especifica, yo creo que se aparta significativamente de lo que defienden los autores que ella incluye bajo ese rótulo: DWORKIN, ALEXY, ZAGREBELSKY y “sólo en parte” NINO (POZZOLO Neoconstitucionalismo 339). Así, no me parece que sea cierto que ellos animen a los jueces a recurrir en la mayor medida posible a los principios, ni que planteen la ponderación como un procedimiento casuístico, que prescindan como criterio interpretativo de la deferencia al legislador o que promuevan que los jueces lleven a cabo una “interpretación moral del caso”, puesto que “ahora el juez debe interpretar el Derecho a la luz de las exigencias de justicia vehiculadas por el caso” (POZZOLO Neoconstitucionalismo 342).

En trabajos posteriores, POZZOLO subraya la ambigüedad de la expresión “neoconstitucionalismo” y la analiza en términos en mi opinión más adecuados, en cuanto insiste sobre todo en el carácter no positivista de las tesis de los anteriores autores. Pero, aparte de lo desacertado de la expresión, creo que se equivoca también al pensar que esos autores terminan por “reducir lo normativo del Derecho, justamente, a la moral” (POZZOLO 2003 195), o que “[I] o que permitiría, en última instancia, calificar como “jurídico” un sistema normativo o una norma singular, por tanto, sería el contenido de justicia que expresarían” (POZZOLO Un constitucionalismo 191). El error, en mi opinión, consiste en que ella no ve que los autores a los que se refiere no tratan de “reducir” el Derecho a la moral, sino de defender que el Derecho implica *también* un elemento moral, valorativo. Sobre esto volveré más adelante.

Otra caracterización del (neo)constitucionalismo que ha tenido cierta fortuna (y está, desde luego, en línea con la anterior), es la de Paolo COMANDUCCI (2003), quien parte de la triple distinción que BOBBIO efectúa entre el positivismo jurídico en cuanto teoría, en cuanto ideología y en cuanto enfoque o método y traslada ese esquema al neoconstitucionalismo. Se trata entonces de ver cómo se contraponen positivismo jurídico y neoconstitucionalismo.

Pues bien, el neoconstitucionalismo en cuanto teoría se opondría a tesis como la del estatalismo, el legicentrismo o el formalismo interpretativo, que fueron defendidas por los positivistas de épocas anteriores (del XIX) y que a COMANDUCCI le parecen obsoletas. En ese sentido, él considera aceptable la teoría del neoconstitucionalismo, o sea, una teoría que trata de dar cuenta de las nuevas realidades de nuestros Derechos y, por tanto, del cambio que supone que las normas constitucionales

se sitúen en el vértice de nuestros ordenamientos jurídicos; piensa incluso que esa nueva teoría puede considerarse como “el positivismo jurídico de nuestros días”. Pero con ello se está refiriendo a un neoconstitucionalismo en sentido débil, esto es, el neoconstitucionalismo que profesarían quienes consideran la Constitución simplemente como un conjunto de normas que se diferencian de las otras (de las legislativas) por tener una jerarquía superior. No valdría para quienes suscriben una “versión fuerte” del neoconstitucionalismo, esto es, quienes asumen un concepto sustantivo o valorativo de Constitución que les lleva a defender que la ciencia del Derecho tiene también un carácter normativo, de manera que no es meramente descriptiva o explicativa (FERRAJOLI) o que la ciencia del Derecho debe elaborarse desde un punto de vista interno, de manera que sus cultivadores tienen que adherirse a los valores constitucionales (ZAGREBELSKY).

Precisamente, en cuanto ideología, el neoconstitucionalismo se caracterizaría por valorar positivamente el proceso de constitucionalización de nuestros Derechos y por propugnar su defensa y ampliación. Pero, a partir de ahí, y de la tesis de la necesaria conexión entre el Derecho y la moral, muchos de sus promotores (COMANDUCCI cita a ALEXY, a DWORKIN y a ZAGREBELSKY) pasan a sostener la tesis de la obligación moral de obedecer a la Constitución y eso hace que ese neoconstitucionalismo pueda ser considerado como una variante del positivismo ideológico, es decir, de la doctrina (errónea y peligrosa) que predica la obligación moral de obedecer el Derecho.

Y, en fin, en cuanto metodología, algunas variantes de neoconstitucionalismo, según COMANDUCCI, defienden la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa entre el Derecho

y la moral. Frente al positivismo metodológico o conceptual en el que se sitúa COMANDUCCI, que sostiene que siempre es posible identificar y describir el Derecho como es y distinguirlo del Derecho como debería ser, lo que estos autores neoconstitucionalistas dirían es que los principios constitucionales vienen a ser como un puente entre el Derecho y la moral y que cualquier decisión jurídica (en particular judicial) está justificada si deriva en última instancia de una norma moral. Pero esto le parece a COMANDUCCI rechazable: si se interpreta como tesis descriptiva, es falsa, porque los jueces justifican sus decisiones ofreciendo razones que son normas jurídicas y no morales; y si se entiende como tesis teórica, además de tautológica (los neoconstitucionalistas –escribe– asumen que, “por definición”, toda justificación última en el dominio práctico está constituida por una norma moral), sería insostenible o bien inútil o, en todo caso, contraria a los propios valores democráticos.

Pues bien, esa caracterización del neoconstitucionalismo permite matizar algunas cosas, en cuanto lleva a una comparación, digamos, sistemática entre el neoconstitucionalismo y el positivismo jurídico. Pero sigue presentando varios problemas. Por un lado, COMANDUCCI no justifica (o no lo hace satisfactoriamente) por qué emplear esa expresión, “neoconstitucionalismo”, en lugar de “constitucionalismo” o “no-positivismo”. Por otro lado, el esquema bobbiano del que parte para caracterizar el positivismo jurídico, a pesar de su gran difusión, no me parece muy convincente: prueba de ello es que un autor, yo creo que inequívocamente positivista, como FERRAJOLI, no lo sería sin embargo en ninguno de los tres sentidos anteriores (tampoco en sentido metodológico, pues FERRAJOLI (2012) considera que con el constitucionalismo –con la presencia en nuestros sistemas de constituciones rígidas– se habría producido una especie de identificación entre el ser y el deber ser del Derecho, el final

de la contraposición entre el Derecho positivo y el Derecho natural, entre Creonte y Antígona. Y, finalmente, COMANDUCCI incluye, bajo el rótulo de “neoconstitucionalismo”, concepciones del Derecho muy distintas entre sí y de las que, además, no da cuenta adecuadamente. De nuevo, lo que muchos de esos autores sostienen es algo distinto, en mi opinión, de lo que COMANDUCCI piensa que sostienen. Pero como antes decía, este punto lo trataré más adelante.

Una visión radicalmente crítica del neoconstitucionalismo puede encontrarse también en diversos trabajos de Juan Antonio GARCÍA AMADO (2008). Tan crítica que, a pesar de reconocer que se trata de una categoría sumamente difusa a la que “son adscritos” (no que ellos mismos se adscriban) autores como DWORKIN, ALEXY, NINO O ZAGREBELSKY (son los únicos nombres que menciona), parece hacerles responsables (o corresponsables) de esa indefinición, lo que viene a ser como responsabilizar a los mulatos de contribuir a oscurecer, dado el color de su piel, la noción de “blanco” o de “negro”. En todo caso, GARCÍA AMADO señala tres componentes filosóficos “muy rotundos” que tendría el neoconstitucionalismo (se supone que cualquier neoconstitucionalismo, o sea, que esas notas podrían encontrarse en todos los autores antes mencionados por él):

En lo ontológico, el objetivismo derivado de afirmar que por debajo de los puros enunciados constitucionales, con sus ambigüedades y su vaguedad, con sus márgenes de indeterminación semántica, sintáctica y hasta pragmática, existe un orden constitucional de valores, un sistema moral constitucional, bien preciso y dirimente. En lo epistemológico, el cognitivismo resultante de afirmar que las soluciones precisas y necesarias que

de ese orden axiológico constitucional se desprenden pueden ser conocidas y consecuentemente aplicadas por los jueces. En lo político y social, el elitismo de entender que sólo los jueces o prioritariamente los jueces, y en especial los tribunales constitucionales, están plenamente capacitados para captar ese orden axiológico constitucional y lo que exactamente dicta para cada caso, razón por la que poseen los jueces el privilegio político de poder enmendar al legislador excepcionando la ley y justificando en el caso concreto la decisión contra legem que será decisión pro constitutione, por cuanto que es decisión basada en algún valor constitucional (GARCÍA AMADO 4).

Bueno, esa caracterización podría convenir más o menos a los autores que él considera como “neoconstitucionalistas”, pero siempre y cuando esas notas las formulase en términos “no rotundos”, lo que supone, claro está, un cambio cualitativo: construir un concepto distinto al que él construye. O sea, hay una forma de defender el objetivismo y el cognoscitivismo moral y de reconocer el papel destacado que la jurisdicción (especialmente la constitucional) tiene en nuestros sistemas que, efectivamente, cuadra con lo sostenido por algunos autores llamados comúnmente “neoconstitucionalistas”. Pero con ello nos estaríamos refiriendo a algo tan distinto a lo que GARCÍA AMADO parece tener en mente que, si se quiere evitar la confusión, sería mejor elegir otra expresión, por ejemplo, “constitucionalismo teórico” (sin el “neo”) o “postpositivismo” o bien “constitucionalismo post-positivista”. Bastante distinto a los anteriores, al menos en principio, es el planteamiento de Luis PRIETO. Yo creo que lleva toda la razón al afirmar que “lo primero que llama la atención del neoconstitucionalismo es que parece ser una corriente de

pensamiento con muy pocos militantes” y que “los autores que suelen citarse como principales impulsores del movimiento, muy heterogéneos entre sí, por otra parte, no suelen calificarse a sí mismos como neoconstitucionalistas”, a lo que añade que: “a su vez, quienes hacen uso de esa expresión generalmente adoptan un sentido crítico y en ocasiones destructivo” (PRIETO 19). También me parece que acierta al pensar que lo que parece haber detrás del término es una discusión acerca de los desafíos que los cambios ocurridos en los sistemas constitucionales plantean a la teoría tradicional del Derecho, al positivismo (PRIETO 20). Pero lo que parece más discutible es la solución por la que aboga: la de hablar de “neoconstitucionalismos” (en plural). En su opinión, la heterogeneidad de planteamientos que puede encontrarse entre los autores a los que usualmente se denomina como neoconstitucionalistas es tal que no cabe considerar que con ello se designa una temática o una teoría, sino más bien una filosofía del Derecho del mismo tipo que el iusnaturalismo o el positivismo jurídico: una filosofía del Derecho –añade– tan totalizadora y pluralista como pueden ser estas dos últimas, o incluso más, por cuanto combina elementos de ambas procedencias [iusnaturalistas y positivistas]” (PRIETO 72). Y digo que me parece discutible, porque a lo que ello da lugar es a englobar bajo un mismo rótulo concepciones no sólo distintas entre sí sino, en muy buena medida, incompatibles, lo que no puede producir otra cosa que confusión: el arco trazado por PRIETO iría desde GARCÍA FIGUEROA hasta FERRAJOLI, pasando por DWORKIN, ALEXY O NINO. Dicho de otra manera, lo que él hace es considerar el rótulo como un verdadero cajón de sastre: al parecer, quien no sea ni positivista ni iusnaturalista, en el sentido más o menos tradicional de esas expresiones, estaría hoy condenado a ser neoconstitucionalista. Yo no lo creo.

En fin, una caracterización del “neoconstitucionalismo” que recientemente ha dado lugar a una profusa discusión es la que lleva a cabo un autor muchas veces calificado como tal, como “neoconstitucionalista”, pero, en su opinión, de manera errónea. Me refiero a Luigi FERRAJOLI y a su trabajo *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista* FERRAJOLI (2012) en el que defiende una serie de tesis que tienen una continuación en su último libro *La democracia a través de los derechos* (FERRAJOLI 2014).

En el primero de esos dos textos, FERRAJOLI contrapone dos tipos de “constitucionalismo jurídico”, entendida esta expresión en el sentido de una teoría o filosofía del Derecho. El primero, el principialista o argumentativo, sería, en su opinión, al menos “tendencialmente”, iusnaturalista y se caracterizaría por sostener la tesis de la conexión (intrínseca o necesaria) entre el Derecho y la moral; debido a la contraposición fuerte entre principios y reglas, y por atribuir un papel central a la ponderación en el ejercicio de la jurisdicción. Mientras que el constitucionalismo que él defiende, el normativo o garantista, niega esas tres tesis y, a diferencia del primero, sería una concepción positivista del Derecho; mejor aún, según FERRAJOLI, su concepción del Derecho –cuya completa exposición se encontraría en su monumental *Principia juris* (FERRAJOLI 2011)-, supone algo así como la culminación o el perfeccionamiento del positivismo jurídico. FERRAJOLI considera, por otro lado, que la primera de esas dos concepciones (comúnmente denominada “neoconstitucionalista”) es la más difundida en nuestros días, y de ahí su empeño por poner de manifiesto sus debilidades teóricas y sus peligros prácticos. Por positivismo jurídico, por otro lado, entiende “una concepción y/o un modelo de derecho que reconozcan como Derecho a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está

habilitado para producirlas, con independencia de cuales fueren sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia” (FERRAJOLI Constitucionalismo principalista 12).

Pues bien, FERRAJOLI es crítico tanto en relación con los autores iuspositivistas (normativistas o realistas) que, como es el caso de los genoveses, estarían anclados en un modelo del pasado, el del Estado legislativo de Derecho, como también en relación con los que defienden la primera de las concepciones constitucionalistas a la que me he referido. FERRAJOLI presenta por ello su constitucionalismo garantista como una vía media entre el paleo-positivismo y el neoiusnaturalismo, como la única teoría capaz de satisfacer las exigencias del constitucionalismo contemporáneo.

Los autores a los que califica de paleopositivistas son, además de los de la escuela genovesa, KELSEN, BOBBIO y, en general, todos aquellos que no habrían tenido en cuenta (o que no habrían tenido en cuenta suficientemente) el fenómeno de la constitucionalización de nuestros derechos, ocurrido después de la Segunda Guerra Mundial. Ese fenómeno, para él, consiste esencialmente en la existencia de Constituciones rígidas. En su opinión, esa subordinación de la ley a la Constitución implica todo un cambio de paradigma teórico que se plasma en la existencia de dos niveles de normatividad y de validez jurídica: la validez simplemente formal o vigencia (conformidad de las normas con criterios formales y procedimentales), y la validez plena (conformidad, además, con los criterios sustantivos establecidos en la Constitución, en los principios y en los derechos fundamentales). Es esa duplicidad de niveles lo que le lleva a concebir de una manera distinta (distinta a la de los positivistas clásicos) tanto el concepto y la estructura del Derecho como la

ciencia del Derecho (que ahora sería también normativa) y la jurisdicción (que pasaría a ser una jurisdicción comprometida con los principios constitucionales, aunque no activista).

Y a quienes defienden que el constitucionalismo sí exige un nuevo paradigma en la teoría del Derecho, aunque no pueda tratarse ya de un paradigma positivista, FERRAJOLI opone: la tesis de la separación (conceptual o metodológica) entre el Derecho y la moral; una concepción que, sin negar del todo la existencia de principios, tiende a considerar el Derecho (y, en particular, los derechos fundamentales) de manera casi exclusiva como un conjunto de reglas; y una concepción de la jurisdicción centrada en la subsunción y que no deja espacio para la ponderación. Ahora bien, las críticas que FERRAJOLI dirige a los autores a los que engloba dentro de los rótulos de “neoconstitucionalismo”, “constitucionalismo principialista o argumentativo” o “neoiusnaturalismo” (entre otros, DWORKIN, ALEXY o NINO), están también, en mi opinión, claramente distorsionadas (ATIENZA 2012). FERRAJOLI piensa, al igual que pensaba COMANDUCCI, que los constitucionalistas no positivistas identifican la justicia, la moral, con las normas constitucionales e incurrir, por ello, en una especie de “legalismo ético”, en el que tradicionalmente cayó tanto cierto tipo de iusnaturalismo como lo que suele llamarse el iuspositivismo ideológico; para ellos el Derecho no es un conjunto de normas establecidas por la autoridad, sino, esencialmente, una serie de principios morales que los juristas podrían interpretar de manera más o menos arbitraria (sin sujeción a los textos legales y constitucionales); al sustituir la subsunción (en cuanto método de aplicación de las reglas) por la ponderación (que sería el método característico para manejar los principios) estarían promoviendo la libre creación del Derecho por parte de los jueces y, en consecuencia, el activismo judicial.

2.

Me parece que lo dicho hasta ahora es suficiente para entender por qué yo decía al comienzo que no se podía saber qué es eso del neoconstitucionalismo. No se puede saber, y no tanto porque se trate de un término desafortunado (por sus muchas ambigüedades) y de un concepto difuso, impreciso (al fin y al cabo, qué concepto no lo es), sino más bien porque estamos frente a algo así como un espantapájaros conceptual construido por algunos autores iuspositivistas para oponerse a ciertas tesis que cuestionan postulados básicos de ese paradigma. Como hemos visto, los críticos del neoconstitucionalismo identifican una serie de notas que caracterizarían a ese concepto y que realmente son ampliamente coincidentes. Pero el problema está en que las presentan de una manera, por así decirlo, grotesca (como se hace cuando se construye un espantapájaros), lo que seguramente explica el hecho muy curioso observado por PRIETO: son muy pocos los autores que se califican a sí mismos de “neoconstitucionalistas” y, desde luego, no parecen haberlo hecho ninguno de los que con mayor frecuencia aparecen en la lista –DWORKIN, ALEXY, NINO y ZAGREBELSKY-, mientras que un autor que ha sido –y es–considerado por muchos como neoconstitucionalista, Luigi FERRAJOLI, ha rechazado explícitamente esa denominación FERRAJOLI (2012) ...aunque no ha tenido tampoco empacho en adjudicársela a los anteriormente mencionados y a todos cuantos, aceptando la necesidad de construir un nuevo paradigma teórico para el Derecho del Estado constitucional, rechazan que ese paradigma pueda seguir siendo positivista.

De todas formas, es también un hecho innegable que algunos juristas teóricos y, sobre todo, prácticos (de manera muy particular en Latinoamérica) parecen haber aceptado ese rótulo como identificador de su manera de concebir el Derecho. Por ejemplo, según Humberto ÁVILA, el neoconstitucionalismo habría inspirado la Constitución Federal brasileña de 1988 y, en particular, la aplicación del Derecho constitucional en ese país durante las últimas décadas. Pero de nuevo nos encontramos (él da una lista de teóricos del Derecho brasileños “neoconstitucionalistas”) con una caracterización sumamente difusa: “principios en vez de reglas (o más principios que reglas); ponderación en lugar de subsunción (o más ponderación que subsunción); justicia particular en vez de justicia general (o más análisis individual y concreto que general y abstracto); Poder judicial en vez de Poder legislativo o Ejecutivo (o más Poder judicial y menos Poder legislativo y ejecutivo); Constitución en sustitución a la ley (o mayor o directa aplicación de la Constitución en vez de la ley)” (H. ÁVILA 126). Y su conclusión es que “los mencionados cambios fundamentales de la teorización y aplicación del Derecho constitucional, preconizados por el movimiento “neo-constitucionalista” (...) no encuentran soporte en el ordenamiento constitucional brasileño” (H. ÁVILA 145). Y en Ecuador es frecuente considerar que la Constitución de 2008 está también dentro de la órbita del neoconstitucionalismo; hay incluso una sentencia del Tribunal Constitucional de ese país (de 23 de julio de 2009) en la que se afirma que “la ciencia jurídica que rige al Estado ecuatoriano es el neoconstitucionalismo” PONCE (2010). Pero uno de los principales adalides del movimiento neoconstitucionalista ecuatoriano, Ramiro ÁVILA, aclara que su “neoconstitucionalismo transformador” tiene matices diferenciadores con respecto al “neoconstitucionalismo europeo continental” (R. ÁVILA 17) y, de hecho, caracteriza su concepción como una síntesis (a decir verdad, una difícil síntesis) entre el garantismo ferrajoliano y el pluralismo jurídico de BOAVENTURA de SOUSA SANTOS.

De manera que la propuesta que yo quiero hacer aquí es la de utilizar el término de “neoconstitucionalismo” (obviamente se trata de una definición estipulativa) sólo para los autores que, efectivamente, aceptan esa denominación y que tal vez (esto lo digo con muchas dudas) podrían ser caracterizados de acuerdo con las notas que los iuspositivistas atribuyen a ese concepto. Pero esto quiere decir entonces que en la teoría del Derecho contemporánea, podríamos hacer una primera gran división entre, por una parte, quienes consideran que los cambios ocurridos con el fenómeno de la constitucionalización de nuestros Derechos no necesitan de un nuevo paradigma teórico, sino que de ellos puede darse cuenta permaneciendo en el positivismo, digamos, clásico: con acentos más bien normativistas o, por el contrario, realistas; y, por otra, quienes defienden que la constitucionalización del Derecho requiere de un nuevo paradigma teórico. Y, dentro de este segundo grupo, habría, a su vez, que hacer estas divisiones:

1. Los constitucionalistas positivistas, como FERRAJOLI;
2. Los constitucionalistas no positivistas o postpositivistas, como DWORKIN, ALEXY, NINO o ZAGREBELSKY;
3. Los neoconstitucionalistas (que sin duda no es una clase vacía, pero sí menos poblada de lo que se piensa); y (quizás),
4. Los constitucionalistas iusnaturalistas³.

Si yo decía al comienzo que, a pesar de no saber muy bien lo que es el neoconstitucionalismo, de lo que sí estoy seguro es de

³ En un reciente trabajo, VICO (2014) habla de un “neoconstitucionalismo iusnaturalista” que se distinguiría de lo que yo llamo aquí “constitucionalismo postpositivista”, fundamentalmente porque estos asumirían una inspiración kantiana (constructivista) en materia de ética, contrariamente a los iusnaturalistas, que serían personalistas o aristotélicos.

no serlo, es porque, efectivamente, no comparto ninguna de las notas formuladas por POZZOLO, COMANDUCCI, etc., mientras que mi concepción del Derecho está muy próxima a la de autores como ALEXY, DWORKIN o NINO, y creo que no muy distante a la de ZAGREBELSKY, en el sentido de que me parece compartir el fondo de lo que este último sostiene, si bien la formulación teórica de sus tesis no siempre me parece suficientemente clara y precisa.

En concreto, el tipo de teoría del Derecho que yo defiendo es:

1. Constitucionalista;
2. No positivista;
3. Basada en la unidad de la razón práctica, lo que supone negar que pueda trazarse una separación tajante (en el plano conceptual) entre el Derecho y la moral;
4. Que defiende un objetivismo moral mínimo;
5. Reconoce la importancia de los principios; y,
6. De la ponderación; así como,
7. El papel activo de la jurisdicción; y,
8. Subraya el carácter argumentativo del Derecho.

Mostraré ahora cómo creo que deben entenderse esos rasgos, lo que configura una concepción del Derecho claramente separada de la positivista y de la, así llamada, neoconstitucionalista y que, por lo demás, no supone para nada una vuelta al Derecho natural.

3.

Para que el constitucionalismo sea un rasgo distintivo de una teoría del Derecho no basta, obviamente, con reconocer el fenómeno de la constitucionalización del Derecho que, con grados distintos, caracteriza a muchos de los sistemas jurídicos del mundo occidental. Constitucionalistas serán, únicamente, las concepciones del Derecho que interpretan ese fenómeno de una cierta manera.

Así, no cabría llamar propiamente constitucionalista a una teoría del Derecho que considera que lo que distingue a las normas constitucionales es única o preponderantemente un elemento de tipo formal: la jerarquía normativa o la rigidez constitucional. Por eso, no son constitucionalistas las teorías a las que FERRAJOLI tacha de paleopositivistas, que tienden a subrayar la continuidad existente entre las normas legisladas y las constitucionales y a negar, por ello, la necesidad de construir un nuevo paradigma en la teoría del Derecho. Pero tampoco lo es, o no lo es del todo, la concepción del propio FERRAJOLI, pues, a pesar de subrayar la diferencia entre el nivel legislativo y el constitucional (que, como se recordará, le llevaba a plantear los dos conceptos de validez que, a su vez, tiene como consecuencia una forma comprometida de entender la ciencia del Derecho y la jurisdicción), él sigue pensando en la constitución en términos puramente formales y avalorativos: también para él, las normas constitucionales son, simplemente, las que tienen una jerarquía superior a las demás, garantizada mediante la existencia de tribunales constitucionales y que no pueden cambiarse de la misma manera que las otras,

sino mediante un procedimiento agravado. Pero lo que FERRAJOLI niega es que el Derecho del Estado constitucional se caracteriza también por rasgos sustantivos, valorativos: por el reconocimiento y protección (mediante las técnicas que se acaban de señalar) de los derechos fundamentales. Se me dirá que, precisamente, toda la construcción teórica de FERRAJOLI está dirigida a cumplir este último objetivo: la garantía efectiva de los derechos fundamentales. Pero ocurre que sus prejuicios positivistas le llevan a definir los derechos fundamentales en términos puramente formales, avalorativos, y a negar que tenga sentido incluso plantearse la pregunta del fundamento (moral) de los derechos: “los valores morales y políticos últimos no se demuestran (...) simplemente se eligen, se postulan y se defienden”, escribe en su último libro (FERRAJOLI *La democracia a través del Derecho* 104). De ahí que Josep AGUILÓ (2012), en frase feliz, haya podido afirmar que el de FERRAJOLI es un “constitucionalismo imposible”: si se asumen sus postulados teóricos, no es posible obtener (o aproximarse a) los objetivos del Estado constitucional.

Tampoco serían propiamente constitucionalistas los autores neoconstitucionalistas, de acuerdo con la caracterización que de esa concepción hacían sus críticos positivistas. En este caso, no lo serían por exceso, esto es, por su tendencia a identificar todo el Derecho con la Constitución (recuérdese: “más Constitución que ley”), interpretada además de la manera libre (o arbitraria) que les atribuyen sus críticos, lo que equivale, efectivamente, a prescindir del carácter autoritativo del Derecho. Un rasgo típico del neoconstitucionalismo sería, pues, el de no tener en cuenta a las leyes a la hora de solucionar un problema jurídico e irse directamente a la Constitución, o incluso el de prescindir del tenor literal de un artículo (una regla) de la Constitución y basarse directamente en los principios y valores constitucionales

para la resolución de un problema. Un ejemplo de esto último. La Constitución ecuatoriana (no se olvide, de 2008) contiene un artículo que define inequívocamente el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer. Sin embargo, algunos juristas (supuestamente neoconstitucionalistas) no creen que eso impida que pueda dictarse válidamente una ley que reconozca el matrimonio entre personas del mismo sexo: bastaría con argumentar –según ellos- que el no reconocimiento de ese tipo de matrimonio iría contra el principio de no discriminación por razón de sexo ATIENZA (2013).

Esto último me permite aclarar una crítica que es usual, como hemos visto, dirigir a los constitucionalistas no positivistas y que, en mi opinión, no pasa de ser una invención de sus críticos: el incurrir en legalismo ético o positivismo ideológico, al identificar la Constitución (el Derecho) con la justicia. Pero ninguno de los autores que he calificado de postpositivista sostiene eso, sino que, explícitamente, reconocen que puede haber normas jurídicas injustas. Considerar que la Constitución contiene un ingrediente valorativo no supone pensar que exista en la misma un orden de valores bien preciso. Al contrario. Las Constituciones son, o suelen ser, documentos típicamente ambiguos, puesto que reflejan las ideologías contrapuestas de las fuerzas políticas y sociales que las han impulsado; el acuerdo en cuanto a las finalidades y los valores que se expresa en una Constitución suele ser por ello precario o, si se quiere, está formulado en términos muy abstractos. De ahí la importancia de la interpretación en relación, por ejemplo, con los enunciados de derechos fundamentales. Por supuesto, no todo es posible, no todo está abierto, en cuanto al significado de los derechos. Pero los textos de nuestras Constituciones ofrecen casi siempre, o al menos con mucha frecuencia, al jurista la posibilidad de llegar

a una solución justa sin salirse del Derecho; como he dicho, con excepciones: en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo, la Constitución ecuatoriana no parece ofrecer una solución justa -conforme con la moral justificada-, pero sí, por ejemplo, la española. Para lograr arribar a esa solución, eso sí, se necesita interpretar la Constitución a la luz de alguna filosofía moral y política de carácter sustantivo; para decirlo con DWORKIN, habrá que remontarse a la filosofía que sea compatible con los materiales autoritativos del Derecho y que suponga el mayor desarrollo de los fines y valores que conforman la práctica constitucional. El jurista constitucionalista no parte, pues, de la existencia de un orden preciso de valores, sino que, si se quiere, se esfuerza por encontrarlo o construirlo... aunque no siempre lo logre. Su posición, cabría decir, es semejante a la del médico. No siempre se pueden curar las enfermedades, pero sería un extraño profesional de la medicina el que pensara que procurar curar las enfermedades no forma parte de sus tareas.

De manera que el constitucionalismo no es una ideología idealista, ingenua, que considera que el Derecho del Estado constitucional es el mejor de los Derechos posibles y que nuestras Constituciones se identifican sin más con la moral justificada. Ese Derecho es simplemente el mejor de los históricamente existentes, y no lo es por consideraciones formales, sino de carácter sustantivo: por los valores que trata de proteger. Por lo demás, ese modelo está hoy en riesgo por lo que se refiere al Derecho estatal y no ha penetrado tampoco en otras esferas jurídicas que son incluso más decisivas que las estatales para garantizar los derechos fundamentales de la gente. En este último aspecto no cabe sino adherirse al proyecto político que FERRAJOLI (2014) defiende en su último libro. El paradigma constitucional necesita una doble ampliación: en sentido extensivo, lo que supone llevar el

paradigma a todos los poderes (con la constitucionalización tanto del Derecho internacional como del Derecho privado y comercial de la globalización); y en sentido intencional, reforzando la garantía de todos los derechos. Ese proyecto político supone sin duda cambios radicales que configuran una especie de programa de *lege ferenda* para el jurista.

La crítica fundamental que cabe dirigir al positivismo jurídico es que se trata de una concepción demasiado pobre del Derecho, que no consigue dar cuenta de la complejidad de la experiencia jurídica, ni ofrece tampoco el instrumental teórico adecuado para que el jurista pueda desarrollar la que tendría que ser su tarea distintiva en el marco del Estado constitucional: la protección y el desarrollo de los derechos fundamentales. No puede hacerlo porque el positivista reduce el Derecho a una sola dimensión: la autoritativa, dejando fuera el componente de valor. Es a lo que le obliga la tesis de la separación entre el Derecho y la moral. La otra tesis que caracteriza el positivismo jurídico, la de las fuentes sociales del Derecho, o sea, que el Derecho no es algo natural, sino una construcción humana, relativa a las sociedades y a la historia, hoy no puede considerarse más que como un hecho indubitable, algo que nadie sensatamente podría discutir.

De manera que lo distintivo de las concepciones constitucionalistas pero no positivistas del Derecho es la afirmación de la naturaleza dual del Derecho que puede expresarse de distintas maneras. Una de ellas consiste en ver el Derecho no sólo como un conjunto de reglas, sino también de principios (el modelo clásico dworkiniano). Otra, en distinguir, como hace ALEXY, un componente de positividad y otro de idealidad en el Derecho, vinculado este último con la pretensión de corrección. O en considerar, en lo que tanto insistió NINO, que las normas jurídicas no suponen por

sí mismas razones justificativas autónomas, de manera que el razonamiento jurídico tiene que abrirse hacia las razones morales, lo que se conecta con la tesis de que el Derecho puede definirse (puede conceptualizarse, según los propósitos y los contextos) tanto descriptiva, como normativa y valorativamente. O bien, como hace ZAGREBELSKY, distinguiendo un aspecto formal y un aspecto material en el Derecho, aunque este último aspecto parece reducirlo a la moral social (ZAGREBELSKY 32).

De nuevo, la dualidad de planos en el interior del Derecho del Estado constitucional que establece FERRAJOLI (y que le lleva a distinguir entre la validez formal y la sustantiva o plena de las normas) le aproxima algo a los anteriores autores, pero sigue subsistiendo una diferencia fundamental que hace que FERRAJOLI sea efectivamente (si se quiere, coherentemente) un autor iuspositivista: la distinción que él traza tiene lugar dentro del Derecho entendido exclusivamente como un conjunto de normas fijadas por una autoridad (legislativa o constitucional). No queda, por lo tanto, espacio para los valores lo que, inevitablemente, supone una amputación de la experiencia jurídica: la práctica (las prácticas) del Derecho no pueden comprenderse sin ese componente.

La concepción neoconstitucionalista hay que entenderla también como una reacción contra el positivismo jurídico, contra una visión del Derecho que pone el foco en las reglas, en la positividad, en las formas, y se olvida por ello de la justicia. Pero también en este caso habría que decir que los autores neoconstitucionalistas llevan demasiado lejos esa actitud crítica y se olvidan, por así decirlo, de los valores del legalismo. La suya es también una visión unidimensional del Derecho que incurre en la ingenuidad de pensar que los valores del Estado constitucional pueden alcanzarse sin necesidad de someterse a los límites, las

constricciones, que impone el sistema de Derecho positivo. No se dan cuenta de que aquí ocurre como con la famosa paloma de Kant, que creía que podría volar aún mejor sin la resistencia del aire. Pues bien, la “resistencia” del Derecho positivo (digamos, las exigencias del principio de legalidad) es también, como elocuentemente nos ha recordado LAPORTA (2007), una condición de posibilidad para que pueda desarrollarse, entre otros, el valor de la autonomía.

En mi opinión, la mejor manera de expresar la naturaleza dual del Derecho consiste en ver en el mismo no sólo un sistema, un conjunto de normas, sino también (sobre todo) una práctica social con la que se trata de alcanzar (de maximizar) ciertos fines y valores, pero permaneciendo dentro del sistema: jugando al juego del Derecho. Por eso, el Derecho es, en parte, algo que está ahí fuera, algo dado (las normas establecidas por la autoridad), pero también, y de manera todavía más fundamental, una actividad, una empresa, una praxis: algo que se va construyendo y en lo que todos participamos. Si se quiere, los fines abstractos de la empresa han sido siempre los mismos (lograr un cierto orden social, asegurar una cierta idea de justicia), pero los cambios en las condiciones históricas de las sociedades, que se traducen en cambios en el sistema jurídico, repercuten también en la manera de contemplar y de participar en esa actividad y, en definitiva, en la forma de concebir el Derecho. De manera que así como la positivización del Derecho que tuvo lugar en Europa a finales del XVIII y comienzos del XIX acabó con la idea del Derecho natural e inauguró la época del positivismo jurídico (el Derecho pasó a entenderse como una obra humana, relativa a cada sociedad histórica, y no ya como una ordenación de la conducta con validez para todas las sociedades), la constitucionalización del Derecho supone también el final del positivismo jurídico: el Derecho no

es ya sólo el Derecho puesto por la autoridad, sino una creación humana cuyo sentido es el de satisfacer ciertos valores que se plasman en los derechos fundamentales; si se quiere, una síntesis entre el positivismo jurídico y cierta manera de entender el Derecho natural. En alguna ocasión, GONZÁLEZ VICÉN (1979) recordaba una frase de BLOCH que venía a decir que la escuela histórica del Derecho (una de las corrientes con las que se inicia el positivismo jurídico) había crucificado al Derecho natural en la cruz de la historia. Pues bien, lo que ha hecho en nuestros días el constitucionalismo es crucificar al positivismo jurídico en la cruz de la Constitución: nuestra idea del Derecho no puede ser ya puramente formal, sino que tiene que incorporar necesariamente elementos sustantivos y de valor. Por eso, el postpositivismo no significa, como supone FERRAJOLI, una regresión a una etapa pre-benthamita en la teoría del Derecho, sino la conciencia de que la teoría del Derecho que hoy necesitamos construir tiene que ser necesariamente post-benthamita.

La tesis de la unidad de la razón práctica supone que, en el razonamiento práctico, las razones últimas son las de carácter moral, de manera que, por ejemplo, el razonamiento justificativo de un juez tiene necesariamente una dimensión moral. Pero eso no quiere decir que el razonamiento jurídico y el moral se confundan ni tampoco que el razonamiento jurídico sea un caso especial del razonamiento moral (como, en mi opinión de manera equivocada, sostiene ALEXY). No lo es (al menos, no en todas sus instancias), aunque sí puede decirse que todos los tipos de argumentación jurídica (que, claro está, es algo distinto a todos los supuestos concretos de argumentación jurídica) pueden justificarse según las reglas del discurso racional, moral: la argumentación de los jueces, de los legisladores, de los abogados... El razonamiento jurídico –por ejemplo, la motivación de un juez- goza de cierta

autonomía con respecto al razonamiento moral debido, sobre todo, al carácter fuertemente institucionalizado del primero. NINO (1992) lo ha explicado muy bien. Según él, el razonamiento jurídico justificativo (por ejemplo, el de un juez) se mueve en dos niveles. En el primero, de carácter más básico, se deben articular las razones que legitiman esa práctica social basada en la Constitución. En el segundo nivel (cuando se trata de justificar acciones y decisiones: en el primero se justificaban instituciones) quedan excluidas las razones justificativas que sean incompatibles con la preservación de la Constitución; lo que quiere decir que puede haber (que hay) razones moralmente justificadas que, sin embargo, no pueden utilizarse en la argumentación jurídica.

Pues bien, lo que los positivistas (o, mejor, los positivistas metodológicos o conceptuales) no parecen ver es que la relación entre el Derecho y la moral es una cuestión compleja, también desde la perspectiva conceptual (nadie niega, como es bien sabido, que existan relaciones en un plano empírico o externo: que las normas jurídicas tengan causas o consecuencias morales). O sea, que desde ciertas perspectivas o en ciertos contextos es perfectamente posible (necesario) separar el Derecho de la moral, mientras que desde otros no puede hacerse: nada impide que un sociólogo, un historiador o un observador externo emita el juicio de que la norma N o el sistema S son jurídicos y, sin embargo, injustos; pero un juez no puede identificar el Derecho aplicable a un caso (o, por lo menos, no puede hacerlo en muchas ocasiones), sin acudir a razones morales, ni puede, en consecuencia, justificar su decisión, sin recurrir a la moral.

Hablando en términos generales, los positivistas parecen empeñados en establecer entre el Derecho y la moral un límite preciso, pero esto parece ir claramente contra la realidad de

nuestros sistemas jurídicos que contienen (sobre todo en sus Constituciones) enunciados con conceptos densamente morales (dignidad, libertad, igualdad, etc.); por no hablar del pluralismo jurídico o de la globalización del Derecho en cuanto fenómenos muy característicos de nuestras sociedades y que muestran que las fronteras entre el Derecho y el no Derecho son cada vez más fluidas. Pensemos, sin ir más lejos, en los informes que emite una comisión de bioética: ¿tienen carácter jurídico, moral o poseen una naturaleza más bien híbrida?, ¿y tendría mucho sentido empeñarse por adscribir ese tipo de práctica en exclusividad al campo del Derecho o bien al de la moral?

Mientras que el defecto de los neoconstitucionalistas es justamente el contrario. Siempre de acuerdo con sus críticos positivistas, el neoconstitucionalismo sería, en la expresión de GARCÍA AMADO, una concepción iusmoralista, que reduce el Derecho a la moral y, en consecuencia, es incapaz de dar cuenta de la especificidad del Derecho y del razonamiento jurídico. Así, es también como caracteriza a esa concepción FERRAJOLI, quien subraya además que, al reducir los derechos fundamentales a principios morales, el neoconstitucionalismo presenta una versión debilitada de los mismos, que pone en riesgo su efectiva protección.

Hay, por cierto, un tipo de positivismo jurídico (al que se suele denominar “inclusivo”), que acepta esta tesis de que la identificación del Derecho y la argumentación jurídica en el Estado constitucional suponen la utilización de criterios morales. Pero si siguen considerándose iuspositivistas es porque piensan que esa conexión metodológica o conceptual entre el Derecho y la moral es meramente contingente, no necesaria: podría haber sistemas jurídicos que no funcionaran de esa manera. A lo que parece fácil replicar que, puesto que esos no son los nuestros (ni ninguno

que podamos fácilmente imaginar), y si lo que nos interesa es construir una teoría del Derecho que pueda servir precisamente para los Derechos del Estado constitucional, entonces no se ve qué sentido tiene seguir considerándose iuspositivista ...salvo el temor de romper con la tradición de pensamiento en la que uno se ha formado ATIENZA y RUIZ MANERO (2009).

El presupuesto de lo anterior es el objetivismo moral, aunque sea un objetivismo mínimo. Si no fuera así, esto es, si pensáramos que no cabe ningún tipo de objetividad en relación con el discurso que apela a valores morales, entonces lo que estaríamos haciendo es abrir un enorme hueco de arbitrariedad en la construcción de la teoría del Derecho y alentando también a una práctica jurídica (en especial la judicial) abusiva, puesto que el ejercicio de su poder sería necesariamente arbitrario, ya que no cabe control racional a propósito de los valores. Esto es básicamente lo que piensan los autores positivistas cuando critican lo que ellos entienden por “neoconstitucionalismo”.

Ahora bien, el no cognoscitívismo en materia moral no fue en sus orígenes una señal de identidad del positivismo jurídico (el utilitarismo de BENTHAM es quizás la mejor prueba de ello). Y hoy sigue habiendo positivistas jurídicos que no son escépticos en materia de moral. Pero, sin embargo, los positivistas jurídicos del mundo latino (y no olvidemos que es en este ámbito en el que se habla de “neoconstitucionalismo”) han solido defender en los últimos tiempos, en materia de teoría moral, concepciones que oscilan entre el emotivismo y el historicismo (un historicismo, digamos, débil). Por un lado (o algunos de ellos) parecería que en materia de filosofía moral se han quedado en los años cincuenta del siglo XX y siguen pensando, más o menos, como KELSEN o como ROSS: el discurso moral (en lo que no tenga que ver con

relaciones de carácter lógico-formal o instrumental) cae fuera del dominio de la razón; pertenece al terreno de los sentimientos, de las emociones; los valores morales se pueden compartir con otros (con muchos) y uno puede estar dispuesto a luchar por ellos, pero lo que no puede en sentido estricto es justificarlos (recuérdense las palabras de FERRAJOLI). Y, por otro lado (y sin necesidad de abandonar el emotivismo moral), no faltan tampoco quienes consideran que los derechos humanos son “conquistas históricas” que, al parecer, valen en la medida en que exista una convención que las respalden. ¿Habrá que decir lo mismo en relación con los “valores” del neoliberalismo (el individualismo, la insolidaridad) que parece estar convirtiéndose en la ideología ampliamente dominante entre amplias capas sociales en el mundo contemporáneo?

En la discusión en torno al objetivismo moral hay probablemente algunos malentendidos que conviene deshacer. Los críticos del objetivismo parecen pensar que los que defienden la objetividad de los valores, del discurso moral, postulan la existencia de entidades misteriosas que vendrían a ser el equivalente a los átomos en el mundo físico: lo que DWORKIN, irónicamente, ha llamado los “morons” (DWORKIN 43). Pero ser objetivista no significa —o no significa necesariamente— ser realista moral. Se puede muy bien pensar que los valores son propiedades que atribuimos a ciertas acciones y estados de cosas, pero no de manera arbitraria, sino porque satisfacen necesidades básicas de los individuos o les proveen de capacidades indispensables para desarrollar una vida buena. Y lo que se quiere decir cuando se habla de objetivismo moral es que cabe una discusión racional a propósito de esos valores últimos; no significa ingresar en el campo de la irracionalidad o del discurso puramente retórico, persuasivo. Otro error frecuente consiste en confundir el objetivismo con el absolutismo moral, la

pretensión de corrección –cuando se sostiene en serio una tesis moral-, con la pretensión de verdad absoluta, con el dogmatismo y la intolerancia característicos del discurso religioso. Pero es todo lo contrario. Lo que hace el objetivista es exponer sus juicios al discurso racional, y en esto se diferencia precisamente tanto del escéptico como del absolutista. El objetivismo moral es, pues, una concepción falibilista (como pasa con la idea de verdad en la ciencia) de la corrección moral.

Es importante tener muy en cuenta que todo esto no es simplemente una discusión abstracta, sino que tiene consecuencias de gran trascendencia en relación con cómo conformar la ciencia del Derecho y la práctica jurídica. Pues al iusfilósofo escéptico en materia moral no le cabe otra opción que elaborar modelos muy prescriptivos (muy alejados de la realidad) en relación con la dogmática jurídica o con el ejercicio de la jurisdicción. Y de esta manera, en mi opinión, el precio que ha de pagar en términos prácticos es sumamente alto: la imposibilidad de incidir significativamente en la marcha de esas actividades, lo que viene a suponer casi una condena a la irrelevancia.

La predilección por los principios frente a las reglas que se atribuye a los neoconstitucionalistas (más principios que reglas) presupone aceptar una opción (que también afectaría a los positivistas), entre principios o reglas que no es, en mi opinión, otra cosa que una modalidad de la falacia de la falsa oposición. En el Derecho, en nuestros Derechos, no existe ningún problema de alguna relevancia para cuya solución no se requiera tanto de principios como de reglas. De manera que, en mi opinión, tan equivocados están quienes pretenden reducir el Derecho básicamente a reglas (los –mejor: algunos-positivistas), como quienes optan por la otra reducción (los neoconstitucionalistas)

y no ven en el Derecho (o, al menos, en el Derecho del Estado constitucional) otra cosa que principios.

Un ejemplo de esto último lo ofrece GARCÍA FIGUEROA que en España, me parece, es uno de los pocos filósofos del Derecho que se califica a sí mismo de neoconstitucionalista. En su opinión, el neoconstitucionalismo es una teoría del Derecho que no acepta la dicotomía entre reglas y principios, pero simplemente porque él cree que en el Estado de Derecho no existen reglas, sino que todas las normas serían principios. Lo que quiere decir con ello es que todas las normas tienen (o pueden tener) excepciones, esto es, pueden ser derrotadas y, por tanto, no pueden considerarse como reglas. Pone un ejemplo que, en su opinión, avalaría esta tesis de manera incontrovertible. Dejemos que lo cuente:

Hace unos meses, un bebé de nombre Noara necesitaba urgentemente un trasplante de hígado. Cuando son compatibles, esa operación puede practicarse entre personas vivas, pues el receptor sólo necesita un fragmento del órgano del donante. Felizmente Noara disponía de un donante idóneo: su propia madre, cuyo nombre era Rocío. El final previsiblemente feliz de la historia fue enturbiado por el apartado a) de la siguiente disposición legal contenida en el art. 4 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos:

D1: “La obtención de órganos procedentes de donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que el donante sea mayor de edad”.

El contenido de esta disposición puede reducirse, a los efectos que nos interesan, a la siguiente norma:

N1: Prohibido a todos los menores donar órganos.

Pues bien, Rocío tenía dieciséis años y por tanto no le estaba permitido donar órganos ni siquiera a su propia hija. La norma N1 que le impedía a Rocío donar una parte de su hígado a su bebé es lo que los teóricos de la distinción entre reglas y principios se complacen en llamar “regla” (GARCÍA FIGUEROA 126 y 127).

La conclusión que extrae de ello es la siguiente:

[E]ste caso demuestra la inviabilidad de cualquier intento de configurar las normas (ya sean constitucionales o infraconstitucionales como el art. 4 de la Ley de trasplantes) como reglas (i.e. normas inderrotables) y además este caso pone de manifiesto que el positivismo jurídico está desenfocado en su visión de las relaciones entre Derecho y moral (...) Como acabo de señalar, el caso Noara demuestra que la norma N1 (“prohibido a todos los menores donar órganos”) no es una regla y, por extensión, demuestra que no es posible hablar de reglas en un Estado constitucional. Un corolario de esta constatación sería que la dicotomía regla/principio no es adecuada(...) [T]odas las normas jurídicas en el Estado constitucional son principios (si asumimos la terminología al uso)(...) [E]stamos de acuerdo en rechazar la dicotomía regla/principio, pero ahí acaba nuestro acuerdo: A Ferrajoli le sobra la categoría de principio y a mí me sobra la categoría de regla” (GARCÍA FIGUEROA 129).

Bueno, si a GARCÍA FIGUEROA le sobra la categoría de regla es, me parece, porque comete un error conceptual que consiste en confundir lo que es una razón excluyente con una razón no derrotable en ningún ámbito, en ninguna circunstancia, esto es, con una razón absoluta. Las reglas (si se quiere usar la terminología de RAZ) son razones excluyentes, pero pueden ser derrotadas, aunque sea excepcionalmente (a diferencia de los principios, que no son razones excluyentes, sino razones no perentorias). Esto, sin embargo, no quiere decir que no haya reglas, y que todas las normas sean, en este aspecto, idénticas. Y, efectivamente, el error de los neoconstitucionalistas es simétrico al que cometen algunos iuspositivistas (me parece que es el caso de GARCÍA AMADO) cuando piensan que las reglas sólo pueden tener excepciones explícitas, pero no excepciones implícitas, lo que equivale a decir que no pueden ser derrotadas nunca.

A mí me parece obvio que ninguna de esas dos concepciones extremas puede servir para dar cuenta de nuestras prácticas jurídicas. Que lo que necesitamos es conjugar reglas y principios y buscar, por así decirlo, un equilibrio entre la certeza que procuran las reglas y la flexibilidad que requiere el manejo inteligente del material jurídico y que no es posible llevar a cabo sin los principios, es precisamente en los principios en donde se encuentra la justificación para aceptar en algunos casos la existencia de excepciones -implícitas, no formuladas en el texto de la ley-a las reglas.

La presunta necesidad de optar (en la teoría y en la práctica jurídica) entre subsunción y ponderación es un error que deriva en buena parte del anterior: otro ejemplo de la falacia de la falsa oposición. Y también aquí, tan absurdo, tan equivocado, es propugnar que el razonamiento justificativo del juez debe limitarse al esquema de la subsunción, como recurrir alegremente a la ponderación siguiendo el eslogan de “más ponderación que subsunción”.

Necesitamos obviamente los dos esquemas argumentativos, simplemente porque en ocasiones (pongámonos en la perspectiva de un juez) para la resolución de un caso se cuenta con una premisa normativa que es una regla (más exactamente, una regla de acción), mientras que en otras ocasiones el punto de partida no es una regla, sino un principio (o, mejor, una conjunción de principios que empujan hacia soluciones opuestas). Esto último puede ocurrir si se da alguna de estas dos circunstancias: que exista una laguna normativa en el nivel de las reglas, o que exista (se cree) una laguna axiológica, porque hay un desajuste entre (el significado textual de) las reglas y sus razones subyacentes, los principios que las dotan de sentido.

Me he referido en varias ocasiones (una de ellas, muy recientemente (ATIENZA y GARCÍA AMADO 2012) a cómo debe entenderse la ponderación y no es aquí cuestión de volver a repetirlo. Me limito a señalar que se trata de un procedimiento racional (formalizable desde el punto de vista lógico), en relación con el cual sí que pueden establecerse criterios de control racional, aunque no sean los de la lógica formal, sino los criterios de la racionalidad práctica.

Por lo demás, tampoco los criterios estrictamente lógicos son suficientes en el caso de la subsunción, puesto que su manejo supone el establecimiento de las premisas y esta última no es una operación lógico-deductiva. Y es también innegable que el razonamiento ponderativo supone siempre niveles mayores de discrecionalidad que el puramente subsuntivo y que, por lo tanto, debe recurrirse al mismo de manera excepcional, al tiempo que su uso requiere niveles particularmente exigentes de justificación.

Una consecuencia igualmente obvia de todo lo anterior es que el juez no debe incurrir ni en formalismo ni en activismo. Por

supuesto, se trata de dos términos de no fácil precisión, pero yo diría, en principio, que el juez formalista es el que atiende únicamente al texto de la ley y no toma en cuenta las razones subyacentes a las mismas, de manera que se olvida de los fines y valores que caracterizan esa práctica. Mientras que el activista es el que no tiene en cuenta los límites del Derecho, actúa como si el Derecho no fuera para él una práctica autoritativa, como si los materiales jurídicos no fijaran ciertos límites, dentro de los cuales él debe permanecer porque, de otra manera, ya no estaría jugando al juego del Derecho, lo que significa que estaría poniendo en riesgo valores esenciales del Derecho (del Derecho del Estado constitucional) que no son puramente formales: no lo son porque –como antes decía– suponen condiciones para que puedan darse los otros, los valores materiales.

Yo creo que el defecto fundamental de la cultura jurídica en los países latinos sigue siendo la propensión hacia el formalismo. Y esa puede ser una explicación para el hecho de que muchos juristas comprometidos con un proyecto político de transformación social se sientan atraídos por el neoconstitucionalismo. Pero el formalismo no se combate ignorando que en la cultura del legalismo hay valores que es importante preservar, que el positivismo jurídico no implica necesariamente formalismo y que, en definitiva, un juez activo no es lo mismo que un juez activista...aunque los límites del activismo no pueden ser trazados exactamente de la misma manera en países de institucionalidad, digamos, fuerte, en los que existen instancias distintas a la judicial en condiciones de asegurar la tutela de los derechos fundamentales allí donde no llega la acción judicial, que en otros, de institucionalidad más débil, en los que la no actuación por parte del juez puede suponer lisa y llanamente la no satisfacción de los derechos.

Todos los anteriores rasgos del constitucionalismo no positivista se conectan de manera muy estrecha con la argumentación jurídica: el Estado constitucional supone, sin duda, mayores exigencias de argumentación (a los jueces y, en general, a los juristas) que el Estado de Derecho legislativo; un límite notable del positivismo jurídico –que ha sido puesto de manifiesto por diversos autores- es su carencia de una teoría de la argumentación; la tesis de la unidad de la razón práctica supone la incorporación en el Derecho de la argumentación moral; el objetivismo moral es un presupuesto para entender la exigencia de que los órganos públicos tengan que fundamentar sus decisiones; la importancia de los principios va ligada a un incremento y una complejidad creciente de la argumentación en el Derecho; como se echa de ver sobre todo a propósito de la ponderación y el modelo de juez bosquejado en el anterior apartado (ni formalista ni activista) podría definirse también como un juez argumentativo, que se toma en serio la obligación de fundamentar sus decisiones y, por ello, acepta también la existencia de ciertos límites: los que marcan la diferencia entre lo que es y lo que no es argumentable en el Derecho.

Pero eso no quiere decir que se trate de una teoría argumentativa del Derecho, en el sentido en el que usa esta expresión (FERRAJOLI 2012) para referirse a una teoría que reduce el Derecho a principios y defiende una concepción débil de los derechos fundamentales, pues estos (en cuanto meros principios) necesitarían ser ponderados con otros, con los cuales entrarían en incesante conflicto. Como ya se ha visto, el Derecho no puede reducirse ni a principios ni a reglas. El concepto de derechos fundamentales implica, en el nivel normativo, tanto reglas como principios, pero, además hay otro nivel, el valorativo, necesario para dar cuenta de manera satisfactoria de la noción de derechos

fundamentales. Y, naturalmente, la afirmación de que alguien tiene un derecho no supone siempre un ejercicio de ponderación, pues muchas veces (la mayoría de las veces) los derechos están establecidos con claridad en una regla y su aplicación no hace surgir ningún conflicto entre derechos. Repitémoslo una vez más: el hecho de que las reglas pueden ser excepcionalmente derrotadas no supone que no podamos tener ninguna seguridad sobre la solución jurídica de los casos que regulan.

El constitucionalismo no positivista es una teoría argumentativa del Derecho en cuanto subraya que la práctica jurídica –y en especial en el Estado constitucional– tiene en buena medida un carácter argumentativo aunque, naturalmente, en el Derecho no todo es argumentación. Pero ser consciente de esa dimensión abre al jurista grandes posibilidades de actuación para transformar dicha práctica precisamente en el sentido de aproximarla a los valores del constitucionalismo. De ahí la importancia de desarrollar una teoría, cuya mayor virtualidad, en mi opinión, consiste en vincular, de una manera que cabría llamar “natural”, la teoría con la práctica y, al mismo tiempo, la teoría del Derecho con las ciencias sociales y con la filosofía. Para ello se necesita un concepto de argumentación suficientemente amplio y sistemático que permita articular la dimensión lógico-formal con la dimensión material y la dimensión pragmática (retórica y dialéctica). Y que contribuya, por ello, a guiar a los juristas en la resolución de tres cuestiones capitales de su práctica: cómo entender y analizar una argumentación que ha tenido lugar en algún campo o instancia jurídica; cómo evaluarla; y cómo argumentar (ATIENZA 2013).

4.

Soy muy consciente de que todo lo anterior lo he presentado de manera muy telegráfica y que necesitaría de un desarrollo pormenorizado (que, en parte, creo haber efectuado ya en otros lugares). Pero espero al menos haber sido capaz de ofrecer razones de suficiente peso para justificar estas tres tesis:

1. El llamado neoconstitucionalismo es una teoría con pocos adeptos y que se caracteriza básicamente, según sus detractores, por tesis insostenibles;
2. El positivismo jurídico, en cualquiera de sus modalidades, no es una concepción del Derecho que pueda dar cuenta del fenómeno del constitucionalismo y, con frecuencia, sus representantes incurren en errores que son simétricos a los de los neoconstitucionalistas; y,
3. La única concepción que puede ofrecer una guía al jurista que se mueve en el contexto de los Derechos del Estado constitucional es el constitucionalismo no positivista, que evita los errores o las exageraciones de las dos anteriores doctrinas y ofrece un modelo no unilateral y suficientemente complejo del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, Josep. “El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli”, en FERRAJOLI, Luigi, 2012.
- ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta, 2013.
- _____, “Más allá del neoconstitucionalismo y del formalismo”, en el Diario El Universo de Guayaquil (2-XI-2013); puede consultarse en el blog: lamiradadepeitho.blospot.com
- _____, y GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Debate sobre la ponderación*, Lima-Bogotá: Palestra-Themis, 2012.
- _____, y RUIZ MANERO, Juan. “Dejemos atrás el positivismo jurídico, en *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima-Bogotá: Palestra-Themis, 2009.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre la “ciencia del Derecho” y el “Derecho de la ciencia”, en *Tendencias actuales del Estado constitucional contemporáneo*. Tomo V: Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica. Constitucionalismo y principio de proporcionalidad. Lima: Ara Editores, 2013.
- ÁVILA, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Alberto Acosta y Esperanza Martínez editores, 2011.

- CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico” en CARBONELL, Miguel, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*, Belknap: Harvard University, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *Un debate sobre el constitucionalismo*. (el libro se reproduce en el número 34 de la Revista Doxa). Madrid: Marcial Pons, 2012.
- _____. *La democracia a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2014.
- GARCÍA AMADO, JuanAntonio. “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, en *Controversias constitucionales*. Bogotá: Universidad del Rosario, F. Mantilla Espinosa (ed.), 2008; el texto puede consultarse en www.vida.edu.co/portal.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “Neoconstitucionalismo: Dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo justpositivista de Luigi Ferrajoli” en FERRAJOLI, LUIGI. 2012.
- GONZÁLEZ VICÉN, Felipe. *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, 1979.
- LAPORTA, Francisco. *El imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007.
- NINO, Carlos S. *Fundamentos de Derecho constitucional*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1992.

PONCE, Juan E. *Neoconstitucionalismo en el Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.

POZZOLO, Susana. “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en *Revista Doxa 21*. Volumen II, 1998.

_____. “Un constitucionalismo ambiguo” en CARBONELL, Miguel, 2003.

PRIETO, Luis. “Neoconstitucionalismos (Un catálogo de problemas y argumentos)”, en *Tendencias actuales del Estado constitucional contemporáneo*, Tomo V: Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica. Constitucionalismo y principio de proporcionalidad. Lima: Ara Editores, 2013.

VIGO, Rodolfo. “¿Dos o tres neoconstitucionalismos?”, en *Ex legibus*, N.º 1, octubre 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*. Madrid: Trotta, 2014.

ANÁLISIS DE LA TABLA DE MEDIDAS DE SUSTANCIAS CONTROLADAS Y SUJETAS A FISCALIZACIÓN, VIGENTE EN ECUADOR, EN TORNO A LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS ¹

YUDITH LÓPEZ SORIA ²

RESUMEN

En el Capítulo Tercero sobre los Delitos contra el Buen Vivir del Código Orgánico Integral Penal, Sección Segunda, encontramos regulados los Delitos por la producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, y exactamente en el artículo 220, se regula la figura delictiva del Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

El análisis de este tipo penal nos llevó a concluir que es de configuración legal insuficiente y defectuosa en el COIP, toda vez que la tabla de cantidades de sustancias catalogadas y sujetas a fiscalización, vigente en el Ecuador, para poder calificar la escala o las escalas a las que se comete el delito, no se ajusta al total contenido de la ley, exactamente al último párrafo dentro de este mismo tipo penal, dispone que: “La tenencia o posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso o consumo personal en las cantidades establecidas por la normativa correspondiente, no será punible”.

¹ Artículo entregado por la autora el 25 de julio de 2016 y aprobado el 23 de noviembre de 2016.

² Abogada, Máster en Derecho Penal, Profesora de la Universidad Regional Autónoma de los Andes.

Vislumbramos además, que al incidir en la configuración legal, incidirá también en su integración y aplicación, y por ende, encontrará pronunciamientos judiciales, que de aplicarse tal y como prevé la ley, encontrarán conflictos importantes entre los principios constitucionales de legalidad (*nullum crime, nulla poena sine lege*) y ante la duda a favor del reo, (*in dubio pro reo*). Para demostrarlo iniciaré este análisis.

PALABRAS CLAVE

Tráfico de drogas, cantidades permitidas, cantidades penalizadas. legalidad y ante la duda, a favor del reo

ABSTRACT

On Third Chapter entitled Crimes against Good Living of the COIP, on its Second Section, we find regulated the Crimes of Production or Illicit Traffic of Substances Cataloged, and Subject to Inspection, and precisely article 220 regulates the figure of illicit traffic in scheduled substances subject to inspection.

The analysis of this criminal type led us to conclude that there is an inadequate and defective legal configuration in the COIP, because the table of quantities of substances cataloged and subject to control, which exist in Ecuador, in order to qualify the scale or scales this activity is considered a crime, does not conform to the full content of Criminal Law, more exactly the last paragraph within this same article, which states that: “The possession or possession of narcotic or psychotropic substances for personal use or consumption in the amounts established by the corresponding regulations, shall not be punishable.”

We also perceive that by admitting the influence of its legal configuration, it will also affect the integration and application of this criminal type, and therefore, will find judicial pronouncements that, if implemented as provided for by law, will create important conflicts between the constitutional principles of legality, and when in doubt, in favor of the defendant. In order to demonstrate this hypothesis, let us begin the analysis.

KEY WORDS

Drug traffic, permitted quantities, penalized amounts, legality, and the principle when in doubt, in favour of the defendant

INTRODUCCIÓN

Es vital lograr una ley penal clara, capaz de aplicarse con seguridad jurídica, en la que vaya implícita toda una serie de garantías y principios de respaldo constitucional e internacional, que reúna las exigencias establecidas tanto doctrinalmente, como en la esfera práctica, sin embargo, realizado un análisis pormenorizado del delito de Tráfico de sustancias catalogadas y sujetas a fiscalización, previsto en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, nos percatamos de que esta configuración legal es imprecisa, oscura, contradictoria y, en consecuencia, violatoria de principios constitucionales tan importantes como el de legalidad *-nullum crime, nulla poena sine lege-* y el de, ante la duda a favor del reo *-in dubio pro reo-*.

El asunto estriba en que para poder calificar el tipo penal es preciso remitirse a la tabla de sustancias catalogadas y sujetas a

fiscalización, publicada en el Registro Oficial N.º 288, de 14 de julio de 2014, R.O. 002 CONSEP-CD-2014, la cual establece las cantidades según cada sustancia allí prevista.

Este trabajo persigue entonces como objetivo, demostrar y argumentar estas incongruencias que al ser legales, trascienden a importantes vulneraciones, incluso de principios constitucionales y proponer, además, una solución a dicha problemática legal. Se hizo necesario analizar la droga como sustancia ilícita, el delito de tráfico de drogas, la configuración legal del tipo penal previsto en el art. 220 del COIP, el contenido de la tabla de cantidades de sustancias catalogadas, así como hacer un somero análisis en aras de las restricciones de páginas para un artículo científico, sobre los principios de legalidad y ante la duda a favor del reo, que traemos a colación en nuestro análisis.

1. Drogas, sustancias estupefacientes, psicotrópicas o catalogadas y sujetas a fiscalización

El concepto de Droga, según la OMS, Organización Mundial de la Salud, e incluso, desde la óptica farmacológica, resulta aplicable a cualquier sustancia terapéutica o no, que introducida en el organismo humano, a través de cualquier mecanismo, ya sea ingestión, inhalación, administración intramuscular o intravenosa, etc., sea capaz de actuar sobre el sistema nervioso central de la persona que la consume y le provoca un cambio en su comportamiento, cambio que puede manifestarse en una alteración física o intelectual, una experimentación de nuevas sensaciones o una modificación de su estado psíquico; generalmente este cambio de comportamiento se caracteriza por:

- El deseo abrumador o necesidad de continuar consumiendo esa sustancia, que redundaría en lo que conocemos como dependencia psíquica;
- Necesidad de aumentar la dosis para aumentar los mismos efectos, conocido como, tolerancia; y,
- La dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia, que hace verdaderamente necesarios su uso prolongado, para evitar el síndrome de abstinencia.

Según la Convención Única de 1961, enmendada el 8 de agosto de 1975, los estupefacientes son sustancias destinadas a mitigar el dolor, pero que su uso indebido puede dar lugar a una toxicomanía.

En la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, BOE, N.º 270/1990, de 10 de noviembre de 1990, se hace una remisión a lo regulado en los dos instrumentos anteriormente señalados. Según ésta, por estupefacientes, se entiende cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la lista I o la lista II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de 1972, encontrando que sustancia psicotrópica sería cualquier sustancia, natural o sintética, que figure en las listas I, II, III o IV del Convenio sobre Sustancias psicotrópicas de 1971.

Son tres los grupos principales de las sustancias psicotrópicas, según los efectos generados en el sistema nervioso central:

- Las depresoras;
- Las estimulantes; y,
- Las perturbadoras o alucinógenas.

Existen en la naturaleza, tantas sustancias naturales que encuadran en este concepto, que nos hace pensar que su uso moderado y terapéutico estaría correcto. Sin embargo, es precisamente su uso desmedido o indebido, el que ha trascendido a la regulación jurídico-penal de su consumo en ocasiones, y el intercambio comercial, en otras, pues en la mayoría de casos, este intercambio se basa en la acción desmedida y ambiciosa, de un grupo importante de seres humanos, que con ánimo de lucro, insisten en distribuir todas estas sustancias en la población mundial a cambio de cuantiosas ganancias monetarias.

Así, todas las naciones han llegado a la necesidad de la regulación jurídica del delito de Tráfico de Drogas.

2. Tráfico de Drogas

Para concretar este análisis es preciso dejar definido el término tráfico, que, de acuerdo al Derecho Mercantil, da la idea de comercio, mercantilidad, de habitualidad en la actividad comercial y persecución de lucro, solo que hablando de drogas se convierte en un tráfico, en una comercialización, en una mercantilidad ilícita, una, por el objeto material del delito, en este caso la droga, y sus efectos, en otro sentido, dada la ilicitud por la falta de autorización o licencia para expender, o comercializar la droga en cuestión.

De modo que la difusión indiscriminada y el mal uso de las drogas, generaron la necesidad de intervención jurídica, tanto para su consumo, como para su distribución.

Hace aproximadamente un siglo, surgieron las primeras normas represoras sobre el tema referente a la droga, pues con el

aumento del consumo y del comercio, las leyes fueron adaptadas e incrementadas, e incluso, arreciadas, con la finalidad de impedir la diseminación de las drogas, sobre todo tratando de neutralizar la distribución que causa efectos tan nocivos, tanto en el ser humano que la consume, como en la familia o parte de la sociedad en la que está incluido él.

Estos delitos relativos a drogas tóxicas son delitos que clasifican por su resultado como delitos de peligro, para muchos teóricos y operadores del Derecho penal son delitos con los que se pretende evitar una futura lesión del bien jurídico protegido, que en este caso es la salud pública, en la mayoría de los ordenamientos jurídico-penales del mundo.

Claro que basta la puesta en peligro de un bien jurídico, para considerarlo, junto con otros elementos, que constituye un delito, pero es obvio que, la mera presencia de una cantidad de droga no puede implicar la existencia de un delito si no se acompaña de un cierto riesgo, riesgo que debe de ser determinado en primer lugar, de manera objetiva, estableciendo unos parámetros y en segundo, personalizándolo según las circunstancias concretas del caso y del autor.

3. El Principio *Nullum crime, nulla poena sine lege*, (Legalidad) y su vínculo con este tipo penal

BACIGALUPO, en este aspecto, en su libro *Principios Constitucionales del Derecho Penal*, señala que:

Desde 1978 la validez de los textos legales y de las interpretaciones del Código Penal depende, a diferencia de lo que ocurría antes, de su compatibilidad con principios

superiores. Más aun, la aplicación del derecho penal se debe llevar a cabo, en principio, mediante la técnica de una interpretación “conforme a la Constitución, es decir, que los tribunales ordinarios deben aplicar las normas de tal manera “que una ley de contenido ambiguo o indeterminado se determina por el contenido de la Constitución” y que “no cabe declarar la nulidad de una ley que pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución”. Asimismo, a los derechos fundamentales se les reconoce un efecto irradiante sobre el derecho ordinario. Está claro que no es posible un análisis de todos y cada uno de los efectos que la Constitución ha tenido sobre el derecho penal material. Por tanto, sólo nos referiremos a un principio básico del derecho penal democrático: el principio de legalidad³.

El *Nullum crime sine lege scripta, stricta y praevia* destaca aspectos esenciales como ley escrita y ley estricta, esto es, rige el principio de certeza y se afirma la legalidad criminal.

El *Nulla poena sine lege*, de base constitucional también, refuerza el carácter garantista del principio de legalidad, es así, que no pueden imponerse más penas que las establecidas por el legislador previamente, tampoco se pueden sustituir penas y, menos aún, crearlas o inventarlas.

El ordenamiento jurídico penal ecuatoriano reconoce, igualmente, el principio de legalidad, así queda establecido que ningún hecho puede considerarse delito si una ley previamente, no lo ha declarado antes

³ Bacigalupo, E., *Principios Constitucionales del Derecho Penal*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L. 1999.

de su perpetración y tampoco puede imponerse una pena, si no se encuentra descrita en la ley con anterioridad a la comisión del delito.

Esta regla determina que en materia penal rija el principio de reserva de ley. Esta reserva de ley significa que la materia penal debe ser regulada en virtud de disposiciones emanadas de aquel poder estatal que, según las leyes fundamentales, tiene la facultad de legislar. Es decir, son normas establecidas por el Poder Legislativo, lo cual resulta fácil de comprender, es decir, no cualquier persona ni natural, ni jurídica, puede ostentar la facultad de crear leyes.

Es reconocido como principio de legalidad la prevalencia de la ley sobre cualquier actividad o función del poder público. Esto quiere decir que, toda disposición estatal que emane de su poder, debe estar regido por la ley, y nunca por la voluntad de los individuos que conforman al Estado como ente jurídico, así como, que los Tribunales a la hora de decidir un determinado conflicto legal, deben aplicar las fuentes de Derecho reconocidas en su ordenamiento jurídico penal, entre ellas y como primera, la ley.

El principio de legalidad constituye un principio rector y justo dentro del Derecho Penal, cuya función es la de garantizar el respeto de los Derechos del ciudadano, y esa garantía dentro del principio de legalidad se traduce en:

Garantía Criminal: Consiste en que ningún hecho puede ser considerado como delito, sin que una ley anterior lo haya calificado como tal.

Garantía Penal: Esta garantía va encaminada a que no se podrá imponer una pena que no haya sido establecido previamente por la ley.

Garantía Jurisdiccional: Expone que nadie podrá ser condenado sino en virtud de sentencia firme, pronunciada por un tribunal; es decir, exige que tanto la existencia de un delito, como la imposición de la pena, sean determinadas por una sentencia judicial, estableciéndose, además, al juez de lo penal como único competente para emitir dicha sentencia.

Garantía de Ejecución: Esta garantía expone que no podrá ejecutarse pena alguna en forma distinta de la prescrita por la ley y reglamentos, implica que la pena ejecutada se debe hallar sujeta a una regulación legal.

Así como lleva este principio a garantías, también lleva implícita exigencias o requisitos para atender adecuadamente a las garantías que está obligado a presentar; estas son:

La reserva de ley: Cuando el Estado hace uso del *Ius Puniendi* o facultad de castigar, no basta que la ley sea quien defina las conductas punibles, ni tampoco bastaría que la ley sea positiva, o sea, escrita, sino que toda ley que esté escrita, deba ser clara y concreta, sin acudir a términos vagos o equívocos que dejen en la indefinición el ámbito de lo punible, es decir, que el legislador debe dejar palpable y definido qué es lo castigado mediante la norma penal.

El principio de taxatividad: Esta exigencia, que se conoce como principio de taxatividad, está vinculada a la seguridad jurídica y a la igualdad en la aplicación de la ley y encierra la obligatoriedad de que la ley penal sea redactada de modo claro, preciso y comprensible.

La prohibición de Retroactividad: La política criminal es la facultad del Estado para criminalizar ciertas conductas que culminan y se materializan, a través de la creación de normas

jurídicas encaminadas a prevenir y reprimir la criminalidad; si debe de existir una ley que defina las conductas que se consideran punibles, por lógica, esta ley debe de estar vigente al momento en que se cometen los hechos. Por regla, la ley penal es irretroactiva, pero excepcionalmente, y siempre que sea más beneficiosa al encausado, podrá aplicarse a hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor (aplicación retroactiva).

La prohibición de analogía: Como ya sabemos, la analogía es la relación de semejanza entre cosas distintas, y según esta definición y adecuándola al Derecho penal, se puede decir que el principio de legalidad impone al juez penal la prohibición de la ampliación de la norma a casos que no están contemplados en la fórmula legal. Siendo así, el juez no podrá salirse de los límites que imponga la ley y aplicarla a supuestos o casos, no previstos en la misma.

4. Principio *in dubio pro reo*, (ante la duda a favor del reo) y su contenido

Existe un consenso extendido entre los juristas más renombrados, pues coinciden en adjudicar el nacimiento del *favor rei*, al movimiento iluminista, no obstante, este aforismo latino, *in dubio pro reo*, está históricamente vinculado con la consagración del sistema de libre convicción del juez para apreciar la prueba, teniendo como efecto la supresión de la pena por la simple sospecha conocida antiguamente, como la pena extraordinaria y con la adopción de la máxima *ne bis in idem*, por la cual “nadie puede ser juzgado dos veces por lo mismo”.

MAIER, manifiesta que:

Aunque se discute sobre el verdadero nacimiento histórico de la máxima, su concepción actual proviene directamente del Iluminismo y del movimiento político que el formó, cristalizado en la presunción de inocencia declamada por el artículo 9 de la Declaración de los Derechos del hombre y el ciudadano. En verdad, la afirmación del aforismo viene históricamente unida a la supresión del sistema de prueba legal y a la imposición de la íntima o libre convicción en la valoración de la prueba; por lo demás, el aforismo solo alcanza su real valor adherido *al ne bis in idem*, esto es, suprimido cualquier tipo de *non linquet o absolutio ab instantia* y la pena aminorada contra el sospechoso (*poena extraordinaria*), pues solo así el mandato de absolver, cuando no se alcanza la certeza sobre el hecho punible imputado, tiene el sentido de una garantía material real. Esto, según creo, demuestra que todo el conjunto de seguridades individuales del Iluminismo conforma el sentido actual del aforismo⁴.

Según GARCÍA RADA, “la aplicación del principio *in dubio pro reo*, en caso de duda o de conflicto en el tiempo, de leyes penales, [implica que] el Juez se inclinará por la norma que sea más favorable al reo”⁵.

El término *in dubio pro reo* constituye una expresión latina que generalmente es traducida como: “ante la duda a favor del reo”, y usualmente conocida como “la duda favorece al reo”. Expresa el principio jurídico de que en caso de duda, por ejemplo, por insuficiencia probatoria, se favorecerá al imputado o acusado, reo.

⁴ Julio MAIER, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del puerto, 1997.

⁵ Domingo GARCÍA RADA, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima: Eddil, 1978.

Este principio es uno de los pilares del Derecho penal, que va íntimamente ligado al principio de legalidad y, así mismo, al de inocencia.

El principio *in dubio pro reo* es considerado una regla de garantía constitucional esencial en todo proceso penal, y tiene dos dimensiones que se deberían distinguir: una es la dimensión normativa y otra la dimensión fáctica.

La dimensión fáctica del *in dubio pro reo* se refiere al estado individual de duda o certeza de los jueces sobre determinado medio probatorio, o sobre el resultado de dicho medio probatorio, lo cual pertenece a la esfera íntima del juez; así cuando éste está realmente convencido respecto del sentido de una prueba que ha percibido directamente, emitirá entonces la correspondiente sentencia condenatoria.

Por el contrario, la dimensión normativa se manifiesta en la existencia de una norma que impone a los jueces la obligación de absolver de culpabilidad, exonerar de responsabilidad penal, liberar de sanción, cuando no se hayan podido convencer de la culpabilidad del acusado o de condenar por la hipótesis más favorable, a éste. Esta norma es vulnerada cuando se condena, sin haber alcanzado tal convicción.

Así, por ejemplo, vulnerará la norma que surge del principio *in dubio pro reo* un Tribunal que condene únicamente sobre la base de las declaraciones testimoniales que no expresan sino dudas, o invoque exclusivamente aportes o declaraciones policiales que sugieren sospechas o indicios, no verificados. Es claro que en tales casos, el juez o tribunal no puede fundamentar su certeza en la duda o la mera sospecha de los testigos o de los policías, y si

en estas condiciones ha condenado, habrá infringido, entonces, el principio *in dubio pro reo*, en tanto constituye una norma sustantiva, introductoria, una máxima legal, que debe observar todo juzgador, en la aplicación de la ley penal a la hora de juzgar a un ser humano como presunto responsable de determinado hecho delictivo.

Como era de esperarse en un estado democrático de derecho, el ejercicio del poder punitivo está sujeto a una serie de limitaciones conformes con los principios que salvaguardan las garantías en relación a la ciudadanía y en una sociedad garantista, el intervencionismo estatal no puede vulnerar la dignidad y seguridad de sus ciudadanos, pues el poder estatal no es absoluto.

De este modo, una serie de reglas básicas contenidas en la carta de principios, o Constitución de cualquier país, como es el caso también de la República del Ecuador, regulará los límites al *ius puniendi* que como facultad tiene el Estado, entre esos límites, contamos con el principio *In dubio pro reo*.

Según MIR PUIG:

Son tres los componentes de las respectivas limitaciones punitivas. El estado de derecho, de donde se origina el principio de legalidad; y estado social, donde se extraen los principios de utilidad de la intervención penal, el principio de subsidiaridad y el carácter fragmentario del derecho penal y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos; y por fin, el estado democrático, que exige la adopción del principio de humanidad de las penas, el principio de

culpabilidad, el principio de proporcionalidad y el principio de resocialización⁶.

Tratándose de una rama del Derecho de la naturaleza del Derecho penal, donde las consecuencias injustas o ilegales, del proceso resultan de difícil y, a veces, de imposible reparación, es necesario respetar estos principios y resguardarlos con suma cautela, no en balde, es un derecho de mínima intervención o de *última ratio*.

5. Análisis crítico del tipo penal de Tráfico de Sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, presente en el art. 220 del COIP en una configuración violatoria de los principios legalidad y ante la duda a favor del reo.

Comencemos esta parte consignando textualmente el art. 220 del COIP, para de este modo, analizar detalladamente su estructura y las peculiaridades del caso que les planteamos.

Artículo 220.- Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.- La persona que directa o indirectamente sin autorización y requisitos previstos en la normativa correspondiente:

1. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente, será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera:

⁶ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2004.

- a) Mínima escala de dos a seis meses.
- b) Mediana escala de uno a tres años.
- c) Alta escala de cinco a siete años.
- d) Gran escala de diez a trece años.

2. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de precursores químicos o sustancias químicas específicas, destinados para la elaboración ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si las sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, se oferten, vendan, distribuyan o entreguen a niñas, niños o adolescentes, se impondrá el máximo de la pena aumentada en un tercio. La tenencia o posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso o consumo personal en las cantidades establecidas por la normativa correspondiente, no será punible⁷.

A decir de ZAFFARONI:

Los delitos de intención el autor tiene en vista un resultado que no necesariamente y a veces nunca debe alcanzar. En los delitos cortados de resultado el tipo queda consumado con la acción, pero el sujeto tiene en mira un hecho que se debería producir después de ésta y sin su intervención. En los delitos incompletos de dos actos, la conducta típica

⁷ Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, Diario Oficial de la República del Ecuador, Quito, 10 de febrero de 2014.

es el medio para la realización de una segunda acción del autor. El grupo de los delitos de tendencia se caracteriza porque la voluntad de la acción asume una modalidad particular, que no se exterioriza en forma completa. Con la pura exteriorización de la voluntad no puede saberse si asume o no esa modalidad, sino que únicamente en algunos casos puede descartarse ésta⁸.

Cuestión similar ocurre con el delito de tráfico de drogas previsto en el art. 220 del COIP, que analizaremos. Con independencia a la voluntad del autor, en definitiva, la calificación o tipificación legal que hagamos depende de los hechos encuadrados una vez más en la norma, el autor no ha tenido en cuenta este particular, dentro de su intención; los límites para la calificación del ilícito vienen impuestos por la ley.

El Tráfico de Droga, previsto en el art. 220 del COIP, tiene como figura delictiva, la peculiaridad de tratarse por una serie amplia de verbos rectores o nucleares, que amplían considerablemente las posibilidades de incurrir en este ilícito penal, lo que se conoce en la doctrina como una cascada de verbos rectores, pues así encontramos que se incurre en este delito si se oferta, almacena, intermedia, distribuya, compra, venda, envía, transporta, comercializa, importe, exporte, tenga o posea o en general efectúe el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan.

Véase que cualquiera de estos verbos refleja acciones delictivas, lo que reafirma que la modalidad de comisión de este delito es la acción, el acto, el efectuar, el realizar algo.

⁸ ZAFFARONI, R. *Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar S.A. Editora, 2002.

Pero discurre entre tantos verbos que deja claro que no basta con que usted difunda la droga en cuestión, onerosamente, (comprar o vender), o sea, a cambio de dinero, puede hacerlo también gratuitamente, con el ánimo de compartir, e igualmente, incurriría en este tipo penal, siempre que no tenga ni autorización legal, ni licencia para hacerlo, o puede simplemente transportarla, almacenarla, ofrecerla u ofertarla, distribuirla, mediar para su distribución, importarla al país, exportarla a otro país, enviarla a algún lugar, o sencillamente poseerla o tenerla en su poder, cualquiera de estas acciones implicaría la tipicidad de este delito de tráfico de drogas, siempre que se adhiera el otro elemento que exige el tipo penal concreto, que es, que haga cualquiera de estas acciones en las cantidades reguladas en la normativa correspondiente, a través de las cuales esas cantidades unidas a la naturaleza y características de estas drogas, se convierten en peligrosas para la salud, que a fin de cuentas, es el bien jurídico protegido al tipificarse este delito.

Observemos que en la configuración legal de este tipo penal un verbo lleva al otro, o al final, se necesitan incluso varios verbos que denotarán varias acciones delictivas, que conforman el mismo delito de Tráfico, para completar el círculo de participación necesario para su integración, sobre todo si alcanzare este hecho, en algún momento, la dimensión de crimen organizado.

Por último, el legislador ecuatoriano emplea lo que conocemos como un tipo de bolso legal, previendo que si se quedara por mencionar taxativamente alguna acción, o el futuro deparara una nueva forma de actuar o ejecutar este ilícito penal, en aras de lograr la plenitud en el ordenamiento jurídico penal vigente, entrarían esas acciones a configurar otra forma de integración de este ilícito penal en concreto, pues cabrían en esta frase empleada

en el art. 220 del COIP: [...] “o en general efectúe tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan”.⁹

Otro aspecto legal a tener en cuenta para la comprensión íntegra de este injusto penal, es decir, de su configuración legal es evaluar el principio de insignificancia de la conducta vinculada a la droga, cualquiera que esta sea, siempre que esté regulada como tal por las convenciones y listas establecidas al respecto, sería una acción atípica, cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno a la salud, aparejado, obviamente, también a la naturaleza y características de la droga misma.

Este principio, solo se aplica de manera excepcional y restrictiva, cuando la absoluta nimiedad de la sustancia, ya no constituya una droga tóxica o estupefaciente, sino un producto inocuo.

Lo siguiente que debemos observar es que éste es un delito, que tiene la peculiaridad de no poseer un marco penal legal exclusivo, sino, que tiene tantos marcos penales sancionadores, como escalas se han concebido para el tráfico de drogas; por lo que tal y como está previsto, no es posible calificar el delito de tráfico de drogas sin recurrir a la normativa establecida independientemente para determinar la cantidad de droga traficada, a qué sustancia corresponde y de qué cantidad se estaría hablando en cada caso; de ahí que parte de la configuración legal constituya la tabla de sustancias, citada reiteradamente en este material.

⁹ *Código Orgánico Integral Penal de Ecuador*, Diario Oficial de la República de Ecuador, Quito, 10 de febrero de 2014.

Estas cantidades son simples referencias, susceptibles de matizaciones en cada caso concreto, teniendo que valorarse, además, como arriba ya mencionamos, el porcentaje de riqueza de la sustancia, pues éste resulta importante para determinar si existe o no delito. Se utiliza para saber si es capaz de causar riesgos para la salud y supone la proporción del principio activo contenido en ella, aunque solo es relevante en aquellos supuestos en que las cantidades son escasas; obviamente, en este caso debemos valorar lo que se conoce como dureza de la droga en cuestión, y su composición natural o química.

Observamos un Código Orgánico Integral Penal, que persigue, como uno de sus mayores logros, compilar toda la legislación penal vigente en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano; tenemos que salirnos de él y buscar una normativa aún dispersa, es decir, debemos localizar el Registro Oficial N.º 288, de 14 de julio de 2014, R.O. 002 CONSEP-CD-2014, que contiene las tablas de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el delito de tráfico de drogas de mínima, mediana, alta y gran escala.

Este delito consta de cuatro escalas para su calificación, ya enunciadas en el párrafo anterior, y que, a continuación, plasmamos en este texto dicha tabla, para que analicemos conjuntamente nuestra preocupación legal.

TABLA N.º 1

SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES								
Escala (gramos) Peso neto	Heroína		Pasta base de cocaína		Clorhidrato de cocaína		Marihuana	
	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.
Mínima escala	>0	1	>0	50	=0	50	>0	300
Mediana escala	>1	5	>50	500	=50	2.000	>300	2.000
Alta escala	>5	20	>500	2.000	12.000	5.000	=2.000	10.000
Gran escala	>20		>2.000		=5.000		=40,000	

SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS						
Escala (gramos) Peso neto	Anfetaminas		Metilendioxifenetilamína (MDAT)		Éxtasis (MDMA)	
	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.
Mínima escala	>0	2,5	>0	2,5	>0	2,5
Mediana escala	>2,5	5,0	>2,5	5,0	>2,5	5,0
Alta escala	>5,0	12,5	>5,D	12,5	>5,D	12,5
Gran escala	>12,S		>12,S		>12,S	

Fuente: Tabla del art. 1 Resolución 002 CONSEP-CD—2014 de 9 de julio de 2014, publicado en el 2.º Suplemento de Registro Oficial N.º 288, de 14 de julio de 2014.

Apreciemos, en primer lugar, que la mínima escala es sancionable, según plantea el inciso a) del artículo 220, cuyo texto íntegro le hemos consignado *ut supra*.

En este caso, cualquiera que sea el tipo de droga, sería sancionable de dos a seis meses de privación de libertad, pero valoremos que tanto para el caso de las sustancias estupefacientes, como psicotrópicas, las mínimas escalas comienzan según esta tabla en cero gramos (0 g), pues la unidad de medida para el peso establecida es el gramo, y aquí precisamente radica el problema legal que vislumbramos, no en la unidad de medida, sino, en que comienza a valorarse a partir de 0 gramos.

El inconveniente radica en que si el artículo 220 del COIP establece en su último párrafo que: “La tenencia o posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso o consumo personal en las cantidades establecidas por la normativa correspondiente, no será punible”¹⁰.

Evidentemente contradictorio resulta esto, pues si la tabla de gramaje de sustancias comienza por cero gramos, en el caso de todas las sustancias, o sea, heroína, pasta de cocaína, clorhidrato de cocaína, marihuana, anfetaminas, Metilendioxifenetilamina (MDAT) y éxtasis (MDMA) estamos, entonces, ante una encrucijada legal; primero, preguntémonos por qué la tabla no establece de modo taxativo, toda vez que tiene fuerza de ley, cuál es la cantidad permitida para el consumo, no considerada para ser punible en el caso de cada una de estas sustancias; segundo,

¹⁰ Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, Diario Oficial de la República de Ecuador, Quito, Ecuador, 10 de febrero de 2014.

si no lo establece la tabla, debió entonces ser elaborada de modo que consigne el comienzo de la mínima escala punible a partir de la cantidad no punible, establecida para tenencia, portación y consumo permitido.

Esta configuración legal enfrenta o pone en confrontación los principios penales otrora enunciados y explicados; primero, el de legalidad, porque si la ley expresamente refiere que de 0 a 300 gramos de marihuana, por poner un ejemplo, estaríamos ante un tráfico de drogas a mínima escala, el juez, en observancia a este principio y en franca obediencia a la ley, debe sancionar a la persona que posea 0,5 gramos de marihuana, llevándolo consigo en su cuerpo, cartera o vestuario, como responsable de un delito de tráfico de droga en mínima escala, obviando entonces lo consignado en el último párrafo del artículo 220 del COIP, que refiere que no será punible la tenencia o posesión de sustancias estupefacentes o psicotrópicas para uso o consumo personal en las cantidades establecidas en la normativa correspondiente, pero resulta que las cantidades establecidas en la normativa correspondiente; comienzan desde cero en cada una de las sustancias catalogadas y sujetas a fiscalización para el Ecuador. Evidentemente, esa cantidad permitida y aludida aquí, por el legislador debe estar implícita en esta tabla, sobre todo por la claridad que amerita la ley penal y la configuración de los delitos, por las consecuencias que arrostran.

Obedeciendo al principio de legalidad, tal y como establece el COIP, el juez actuante debiera sancionar a una persona que porte la cantidad de droga permitida para el consumo humano, por un delito de tráfico de droga, en mínima escala, previsto en el art. 220. a). Pues, analizando cada uno de los verbos rectores consignados en este ilícito penal por el legislador ecuatoriano,

cabe perfectamente el delito cometido por acción por el hecho de tener o poseer sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente, resultando, por ende, sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses, por encuadrar perfectamente en la mínima escala, si trae consigo, posee, o tiene en su poder, de 0 a 1 gramo de heroína, de 0 a 50 gramos de pasta base de cocaína, de 0 a 50 g de clorhidrato de cocaína, de 0 a 300 gramos de marihuana, de 0 a 2,5 g de anfetaminas, de Metilendioxifenetilamina (MDAT), o Éxtasis (MDMA), cualquiera que sea la sustancia de éstas reguladas como catalogadas y sujetas a fiscalización en el Ecuador.

Por otra parte, es preciso que evaluemos el concepto de posesión. Cuando se refiere a la droga, se piensa que esta posesión va dirigida a traficar, o sea, para poder traficar en cualquiera de sus modalidades, es preciso entonces, primero, tener o poseer, identificado con la disponibilidad de la droga misma, pues ya explicamos el por qué es clasificado como un delito de peligro e incluso, de peligro abstracto.

Este análisis conlleva a que se haga difícil poder identificar *a priori*, entre un consumidor y un traficante, cuando la posesión de drogas es en cuantías mínimas, aunque no deja de ser un elemento central del delito en cuestión.

Nuestro análisis estriba en que, siguiendo la letra del artículo 220.a), en concordancia con la Tabla de gramaje de sustancias catalogadas, aprobada por el CONSEP y vigente en Ecuador, el juez está obligado a calificar y sancionar la tenencia y portación de inocuas cantidades de droga, tal y como hemos explicado, respetando el principio de legalidad, pero, por otra parte, nos

encontramos en el dilema que se presenta con la aplicación del principio *in dubio pro reo*, que ya hemos dejado claro, radica en vertientes como: ante la insuficiencia probatoria, debe proceder el juez dictando un fallo absolutorio a favor del reo, o en segundo término, ante el conflicto de leyes penales de contenido diferente en cuanto a sanciones a imponer, debe acogerse la norma más favorable al reo, o acusado, (art. 5.2 del COIP, principio de favorabilidad), que está inmerso en la doctrina ante el propio principio *in dubio pro reo*.

Frente a este contenido, el juez debería absolver al acusado, en virtud de que el último párrafo del art. 220 prevé que como causa que excluye la punibilidad como elemento del delito, el legislador ecuatoriano entendió que la tenencia o posesión para uso y consumo personal en las cantidades establecidas en la normativa correspondiente no será punible y bien, pero nos preguntamos: ¿Cuál es la normativa correspondiente? y ¿cuál es la cantidad, si es que la normativa vigente que establece la tabla de gramaje comienza a contar a partir de cero gramos para calificar en mínima escala este delito? Pero en ese caso, estaría el juez, actuando de espaldas al principio de legalidad, y si, *a contrario sensu*, haciendo aplicación del principio de legalidad de modo íntegro, decide sancionar, según lo que establece la norma de modo expreso y taxativo, entonces quebrantaría el principio *in dubio pro reo*, y de favorabilidad, ya que pudiendo acoger una norma penal más favorable al reo, decide sancionarle basado en que el precepto legal que dice que, a partir de 0 gramos (0g) de cualquiera de las sustancias catalogadas estaríamos ante un delito de tráfico de drogas a mínima escala.

Entendemos entonces que con esta reflexión dejo vislumbrado el enfrentamiento o contraposición que denuncio con este material,

entre estos dos principios de rango constitucional, el de legalidad y el *in dubio pro reo*, encontrado al aplicar el precepto legal del art. 220 del COIP, en los términos legales que está regulado actualmente en el Ecuador.

Una tabla correcta y respetuosa de los principios ahora confrontados quedaría así, en cuanto a cantidades, y es nuestra propuesta:

TABLA N.º 2

SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES								
Escala (gramos)	Heroína		Pasta base de cocaína		Clorhidrato de cocaína		Marihuana	
	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.
Mínima escala	>0.1	1	>2	50	>1	50	>10	300
Mediana escala	>1	5	>50	500	=50	2.000	>300	2.000
Alta escala	>5	20	>500	2.000	12.000	5.000	=2.000	10.000
Gran escala	>20		>2.000		=5.000		=40,000	

SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS						
Escala (gramos) Peso neto	Anfetaminas		Metilendioxifenetilamina (MDAT)		Éxtasis (MDMA)	
	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.
Mínima escala	>0.040	2,5	>0.015	2,5	>0.015	2,5
Mediana escala	>2,5	5,0	>2,5	5,0	>2,5	5,0
Alta escala	>5,0	12,5	>5,D	12,5	>5,D	12,5
Gran escala	>12,S		>12,S		>12,S	

6. Necesidad de claridad de la ley penal

Como cualquier ley, una característica propia es la claridad y posible comprensión de su contenido, pero en el caso de la Ley penal, que es norma en un derecho reconocido en la actualidad, como de *última ratio* o mínima intervención, por las implicaciones tan severas que representa, no debe existir norma penal en blanco, ni lagunas legales.

La interpretación de la ley penal se puede definir como fijar el sentido y alcance del espíritu de la ley, es decir, que la interpretación de la ley penal se debe entender como una operación completa, que exige establecer el significado abstracto de la regla legal, es decir, la intelección de la ley y su significado concreto frente al caso a resolver o aplicación de la ley.

La historia y evolución del Derecho penal, nos remonta a conocer que en un principio existió un precepto prohibitivo de interpretar las leyes penales, VON BAR fue el primero en establecer estas prohibiciones, posteriormente a este, vinieron otros autores como CARRARA, BECCARIA, por mencionar algunos, pero la historia fue avanzando, se dividieron los poderes del Estado, rompiéndose con ellos las normas que establecían que el soberano o el juez eran los que creaban, aplicaban, ejercían y hasta dictaban sentencia, así que ya en un Estado de Derecho y debido a las necesidades o exigencias imperantes, la ley comenzó a ser interpretada.

Volvemos entonces a invocar el principio de legalidad y con ello a demostrar por qué está siendo vulnerado por la configuración legal aludida en este trabajo, el delito de Tráfico de Drogas, el cual para tipificarse requiere tener en cuenta la tabla en cuestión como parte de la configuración legal del propio tipo penal.

Ya tenemos claramente establecido que este principio es reconocido universalmente, pues se traduce esencialmente en la observancia de todas las normas, es decir, que se manifiesta en todos los ordenamientos en los cuales se tenga que sujetar el poder público a determinadas normas de observancia de modo obligatorio. En materia penal, el principio de legalidad garantiza que el Estado determinará de forma clara en la ley penal, qué infracciones constituyen delito y cuáles constituyen falta; y a la vez, está obligado a señalar las sanciones y las medidas de seguridad que se aplicarán en cada caso de violación a la norma, es decir, en caso de comisión de delito o infracción penal alguna.

Dada la argumentación anterior, podemos observar que la norma establecida en el art. 220 del COIP no es clara, ni precisa, por

tanto, no cumple con las exigencias reclamadas para la ley penal y, por ende, se vuelve incapaz de asegurar el cumplimiento de las garantías que debiera ceder a favor del acusado en cuestión.

CONCLUSIONES

Primera: Los tipos penales deben tener una configuración legal capaz de ajustarse a los principios que informan al propio Derecho penal y, en particular, deben ajustarse a los requerimientos legalmente establecidos para la tipicidad, partiendo de la tipicidad como principio mismo.

Segunda: Es difícil que un juez pueda emitir fallos judiciales sancionatorios o absolutorios, correctos e íntegros, en torno a tipos penales que están configurados de modo erróneo o desacertado, acorde a los principios que instruyen al Derecho penal.

Tercera: Se hace necesario reformular la configuración legal del delito de tráfico de sustancias catalogadas y sujetas a fiscalización, (drogas), previsto en el art. 220 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, específicamente con respecto a la tabla de sustancias vigente, que incide de modo negativo en el tipo penal, pues dicho tipo depende de esta tabla para poder calificarlo con exactitud, lo cual urge, debido a que su formulación actual contrapone y, por ende, vulnera los principios de legalidad y ante la duda a favor del reo, ambos de rango constitucional .

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, Enrique. *Principios Constitucionales del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L, 1999.

BANDIERI, Luis María. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: rápido repaso de límites y problemas” [en línea]. Presentado en Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Derecho natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Argentina. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/control-constitucionalidad-convencionalidad.pdf>, 2013.

BECCARIA, Cesare. *De los Delitos y Las Penas*. Buenos Aires: Editorial Orbis, 1984.

BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*, Tomo I. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

CARBONELL, Juan Carlos. *Derecho Penal: Conceptos y Principios Constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español*. Tomo I. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.

CLÉRICO, Juan Manuel. “Conciencia e imputación penal. Una aproximación a la luz del principio de finalidad”, en

Revista Prudentia Iuris, N.º 74. Disponible en:<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/conciencia-imputacionpenal-principio-finalidad.pdf>, 2012

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Nomos, 1999.

FLORES, Pedro. *Diccionario de Términos Jurídicos*. Lima: Editorial Científica, 1984.

GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima: Editorial Eddili, 1978.

GÜNTHER, Jakobs. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teorías de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1995.

MAIER, Julio. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997.

MAIER, Julio y **BINDER**, Alberto. *El Derecho Penal de Hoy*, s/d, 1995.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco, y **GARCÍA**, Mercedes. *Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

RUSCONI, Maximiliano. *Principio de inocencia e in dubio pro reo.* Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1997.

URQUIZO, José. *Derecho en General. Primera Parte.* Perú, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio. *Derecho penal. Parte General.* Buenos Aires: Ediar S.A. Editora, 2002.

LEYES

- Constitución de la República del Ecuador 2008. Registro Oficial N.º 449, de 20 de octubre de 2008. Última modificación: 13 de julio de 2011.
- Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, Diario Oficial de la República de Ecuador, Quito, 10 de febrero de 2014.
- Resolución 002 CONSEP-CD-2014, de 9 de julio de 2014, publicado en el 2.º Suplemento del Registro Oficial N.º 288, de 14 de julio de 2014.

**LOS DERECHOS
COMO MECANISMOS DE RESISTENCIA AL PODER
LA PLURINACIONALIDAD Y LOS DERECHOS INDÍGENAS
DESDE EL MOVIMIENTO INDÍGENA ECUATORIANO¹.**

JOHANNA ROMERO LARCO²

RESUMEN

A partir de la relación de los elementos estructura del Estado y derechos sociales, proponemos un análisis distinto al tradicional, que entiende en un sentido unidireccional, que los derechos sociales están determinados por la estructura de poder. Nuestra propuesta plantea la posibilidad de que los derechos pueden no ser capturados por el poder estatal, sino, a través de ellos mismos, poner en crisis la propia estructura del Estado.

La propuesta de este trabajo es evaluar, a partir del caso ecuatoriano, si la incorporación de derechos económicos, sociales y culturales de los derechos de pueblos y nacionalidades indígenas, es posible encontrar alguna vía de reestructuración del Estado y una ruptura al modelo clásico de concentración del poder. A través de las tesis del Estado Plurinacional, es que queremos sugerir una lectura más amplia de los derechos como herramientas que permitan no solo limitar al poder, sino desconcentrarlo.

¹ Artículo entregado por el autor el 30 de mayo de 2017 y aprobado el 15 de junio de 2017.

² Abogada por la Universidad de Cuenca, Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, candidata a Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA).

PALABRAS CLAVE

Estado Plurinacional, Plurinacionalidad, derechos económicos, sociales y culturales, estructura del Estado, movimiento indígena.

ABSTRACT

Based on the relationship between the elements State structure and social rights, we propose a different analysis from the traditional one that understands in an unidirectional way that social rights are determined by the power structure. Our proposal raises the possibility that rights may not be captured by State power, but through themselves, putting into crisis the very structure of it.

The proposal of this paper is to evaluate, from the Ecuadorian perspective, whether the incorporation of economic, social, and cultural rights of the rights of indigenous peoples and nationalities is possible to find some way of restructuring the State, and produce a rupture to the classic model of concentration of power. Through the thesis of the Plurinational State, we want to suggest a broader reading of rights as tools that allow not only to limit power, but also to defuse it

KEY WORDS

Plurinational State, plurinationality, economic, social, and cultural rights, structure of the State, and indigenous movement

INTRODUCCIÓN

En un trabajo reciente que revisa los dos siglos de Constitucionalismo en América Latina³ (1810-2010), Roberto GARGARELLA afirma que todo proceso de reforma legal que ha acontecido durante este período ha supuesto una convivencia -aunque sea transitoria- del Derecho vigente con aquel que se incorpora. Tal convivencia, agrega GARGARELLA, no es pacífica, y menos aún supone una adaptación temporal y progresiva de uno y otro derecho, sino que siempre se produce en una continua tensión e imposición de uno sobre otro.⁴

En materia constitucional, y de manera más específica en el ámbito de las reformas constitucionales, la tesis de GARGARELLA sostiene que en el contexto latinoamericano, la relación derecho vigente-reforma es asimismo conflictiva, pero además, el Derecho vigente, que resulta del pacto conservador-liberal, va a terminar por imponerse ante cualquier reforma o injerto que suponga alguna tensión o disminución de poder de ese primer pacto.

Característica de ese modelo de constitucionalismo conservador, según Gargarella, es la concentración del poder en el Ejecutivo, una forma de presidencialismo atenuado que, en tanto confiere cada vez más poderes al Ejecutivo, desplaza progresivamente al poder Legislativo.⁵

³ GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz, 2015.

⁴ GARGARELLA, R., *op. cit.*, p. 243.

⁵ GARGARELLA, R., *op. cit.*, pp. 49-89.

En un análisis que vincula los contenidos constitucionales y el contexto socio-político que se desarrolló en América Latina desde mediados del siglo XX, el autor pone de manifiesto la progresiva incorporación de los derechos sociales en el ámbito del constitucionalismo latinoamericano, a lo que cataloga como una forma de constitucionalismo de corte más radical, en el sentido de más democrático. No obstante ello, en un contexto en donde el Derecho vigente es de tinte conservador, pero además renuente a las demandas sociales, el resultado es que esos derechos sean leídos en clave conservadora⁶.

Las razones que explicarían esa lectura sesgada de los derechos, están –según GARGARELLA– en la tensión que se da entre los derechos económicos, sociales y culturales, por un lado, y el poder, por el otro, que en Latinoamérica se traduce en presidencialismo. En consecuencia, el presidencialismo se impone a los derechos, en la medida que estos últimos se constituyen en una limitación al poder, por lo que el Ejecutivo tiende a contenerlos, dando como resultado el deterioro en los derechos económicos, sociales y culturales.

Visto así, este posible fracaso de los derechos sociales en el Constitucionalismo Latinoamericano responde a que si bien existe un pliego de derechos, que ha ido incrementándose progresivamente en las Constituciones de los Estados latinoamericanos, la estructura del poder se mantiene intacta. Lo que GARGARELLA denomina como “Sala de Máquinas de la Constitución”, en donde se configura la estructura del Estado, no sigue la misma dinámica progresista de la parte dogmática, sino una vía totalmente contraria; la concentración. Así, aunque

⁶ GARGARELLA, R., p. 246.

se amplíen los derechos, y la “Sala de Máquinas” siga intacta, no hay posibilidad de éxito de los primeros, su lectura seguirá siendo fiel al pacto liberal-conservador y difícilmente podrá significar un límite al poder.

En este orden de ideas, GARGARELLA afirma que en gran medida el presidencialismo, que es característico de Latinoamérica, se constituye en uno de los factores que explican no sólo las graves crisis institucionales en la región, sino principalmente las graves afectaciones a los derechos sociales. De suerte que, aún en un contexto en donde el catálogo de derechos ha tendido a incrementarse, las amplias facultades del Poder Ejecutivo son factor de trasgresión a esos derechos⁷. La tensión entonces se da entre derechos sociales y presidencialismo.

1. La propuesta metodológica

A partir de la lectura anterior, es posible encontrar en las reformas constitucionales más recientes de la región, tales como Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), un claro ejemplo de lo que GARGARELLA menciona como una desatención en la “Sala de Máquinas”, y una excesiva preocupación por la declaración de derechos, cuando, según menciona, la salida estaría en dar igual o mayor atención a la estructura del Estado por sobre los derechos sociales, si lo que pretendemos es que estos últimos triunfen.

Se trata entonces de una tesis que mira a los derechos como sometidos o dependientes de la organización del poder, y no sólo en una simple interconexión entre la parte orgánica y dogmática,

⁷ GARGARELLA, R., *op. cit.*, pp. 269-208.

de forma que el triunfo o fracaso de los derechos depende de qué tanto se mueve la “Sala de Máquinas.” Se trata de una lectura que sostiene una sola vía de incidencia, el poder sobre los derechos, pero además circunscripta en la norma y en el Estado. En esta lectura no hay, o no es relevante para el autor, una incidencia en la dirección contraria, los derechos no podrían modificar la estructura del Estado con la misma intensidad que sobre ellos se genera, ni hay una posibilidad de tensión por fuera del Derecho, en una instancia no estatal. Es aquí donde consideramos que es posible plantear otro análisis, una posibilidad de mirar en los derechos como potenciales factores de resistencia al poder estatal y no estatal.

Utilizando la misma relación que propone el autor, estructura del Estado-derechos sociales, proponemos un análisis distinto de tal relación, en la que se evalúe si, contrario a lo que opina GARGARELLA, los derechos pueden no ser capturados por el poder estatal, sino a través de ellos mismos poner en crisis la propia estructura del Estado.

La propuesta de este trabajo es evaluar, a partir del caso ecuatoriano, si la incorporación de derechos económicos, sociales y culturales de los derechos de pueblos y nacionalidades indígenas pueden significar en alguna manera una reestructuración del Estado y una ruptura al modelo clásico de concentración del poder. A través de las tesis del Estado Plurinacional, es que queremos sugerir una lectura más amplia de los derechos como herramientas que permiten no solo limitar al poder, sino desconcentrarlo.

Si llevásemos la lectura de la “Sala de Máquinas” para el caso particular del movimiento indígena ecuatoriano, y las demandas que éstos han planteado desde el siglo anterior, uno podría

concluir que el movimiento indígena incurrió en el error de concentrar su atención en las declaraciones de derechos de tal sector social, descuidando la “Sala de Máquinas”. Es decir, que el posible fracaso de las luchas por los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, como pareciera inferirse del trabajo del autor, responde a que sus demandas no incorporan una modificación en la estructura del poder, aunque pudieron haberlo hecho, pues la plurinacionalidad supone la posibilidad de que la “nación” indígena reclame sus propias instituciones.

Si bien las demandas indígenas, principalmente las que se instalan en Ecuador desde fines de los años ochenta e inicios de los noventa, incluyen derechos de propiedad, salud, educación, etc., la consigna principal detrás de ellas es el reconocimiento por parte del Estado de la Plurinacionalidad, de una sociedad diversa, en donde conviven concepciones de vida diversas, heterogéneas, de manera que las demandas indígenas no suponen la simple declaración de derechos, sino que parten de una exigencia previa y externa por el reconocimiento del Estado como Plurinacional que, como se pretende analizar, significa un profundo cuestionamiento a la estructura conservadora del Estado. Aún más, esta demanda incluye un reconocimiento anterior del indio, de lo indígena en la sociedad, no como una individualidad aislada en la sociedad, sino como un sector predominante, influyente y característico del país.

Se propone, entonces, una comprensión del poder por fuera de la norma y el Estado, en tanto consideramos que abordarlo solamente desde esa faceta, desconoce todas las tensiones previas que cualquier conquista de derecho incluye. La idea es indagar el proceso político de positivización de los derechos de los pueblos indígenas, la lucha y el conflicto que le antecede a la incorporación

de derechos en las Constituciones. Así, contrario a la lectura de GARGARELLA sobre las reformas y procesos constituyentes, lo que se pretende evidenciar es que la incorporación de determinados derechos en las Cartas Políticas, son en sí mismas el resultado de una lucha de poder que el Estado no ha podido resistir, en donde las movilizaciones que ha dado el movimiento indígena han sido verdaderos mecanismos de resistencia al poder en su intento por ser invisibilizados y excluidos.

De lo que se trata es de pensar que en esa construcción de un saber, en este caso los derechos, hay un camino que va desde su formulación epistémica hasta su instrumentalización técnica, que está atravesada por las complejidades de un contexto histórico y político específico, que hacen evidente las relaciones de poder, dentro de luchas políticas que utilizan distintas formas de dominio, legitimación y justificación teórica.

Ahora bien, esta concepción pareciera no alcanzar para negar el planteamiento principal de GARGARELLA respecto de una “Sala de Máquinas”, que se fortalece por un presidencialismo que tiende cada vez más a la trasgresión de los derechos. Sin indagar muy a fondo, pues no es objetivo de este trabajo, se puede plantear la siguiente interrogante. ¿Existe en realidad la relación directa entre presidencialismo y la trasgresión de derechos? El caso del Peronismo en Argentina en los años cuarenta, el propio chavismo en los noventa, los períodos iniciales de gobierno de Rafael Correa en Ecuador y Evo Morales en Bolivia podrían contradecir esa premisa. Perón, Chávez, Correa y Morales han sido gobiernos sostenidos sobre sistemas presidencialistas muy marcados, y sin embargo, el avance efectivo en materia de derechos sociales no puede ser desmentido. Al parecer, la relación presidencialismo-derechos sociales no es directa como lo muestra GARGARELLA, es

muy probable que exista una variable intermedia que condicione tal relación. Nos aventuramos a pensar que esta variable intermedia no necesariamente es Estatal, ni jurídica, sino externa y económica.

Finalmente, junto al ámbito normativo (Constituciones) y socio-político antes esbozado, introducimos una última línea de análisis que tiene que ver con lo que consideramos un posible mecanismo de negación de lo indígena como herramienta de reacción a la crisis que la Plurinacionalidad plantea. A través de la revisión de los Censos Poblacionales, las variables usadas, las metodologías y cifras expuestas, se pretende mostrar que el Estado, en su intento por anular o negar la presencia masificadora de la organización indígena en el país, recurrió al control de esta población, mediante un mecanismo que validaba lo indígena desde su propia concepción, es decir, desde criterios determinados por el Estado.

En suma, se propone un análisis que intenta un estudio de la relación derechos-población-movilización, para evaluar si los actuales contenidos dogmáticos en las Constituciones pueden ser entendidos también como vías de tensión al poder, que no soportan su anulación. De manera que, sin considerar que la apuesta a las declaraciones de derechos es excesiva frente a la “Sala de Máquinas”, se pueden constituir también en espacios de poder.

2. Multiculturalidad y Plurinacionalidad antes de Montecristi

Para abordar la noción de Plurinacionalidad, tomaremos como referencia los aportes de Salvador SCHAVALZON, no solo por la actualidad y contexto de análisis, sino por el trabajo etnográfico desde el cual se aborda, lo cual ha llevado a Eduardo GUDYNAS a mencionar en el Prólogo de la obra que el trabajo de SCHAVALZON, constituye una suerte de “microhistoria de conceptos claves”⁸.

En una interesante propuesta por indagar los conceptos de Plurinacionalidad y Buen Vivir en los recientes procesos constituyentes de Ecuador y Bolivia, Salvador SCHAVALZON propone una indagación por la irrupción de mundos indígenas en la política moderna del sistema político ecuatoriano y boliviano; por encontrar en estos, ya no solo una fuerza de resistencia o choque entre mundos, sino el producto de la reorganización política indígena “...de la dinámica colonial y estatal que incorpora lo externo y de la crisis institucional, ambiental y política de la democracia capitalista occidental”⁹.

Para SCHAVALZON, el concepto de Plurinacionalidad, al igual que el de Buen Vivir, debe ser considerado como una combinación compleja de distintas miradas y experiencias políticas¹⁰; de allí como lo menciona GUDYNAS, este trabajo no postula ideas rígidas “...sino que advierte sobre proposiciones no siempre precisas, muchas veces difusas, con superposiciones y contradicciones...”¹¹.

⁸ GUDYNAS, Eduardo. Prólogo, en SCHAVALZON, op cit., p. 11.

⁹ SCHAVALZON, Salvador. *Plurinacionalidad y Vivir Bien/Buen Vivir. Dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador post-constituyentes*. Quito: Abya Yala, Clacso, p. 16

¹⁰ SCHAVALZON, S., op., cit.

¹¹ GUDYNAS, E., op cit.

En lo que nos interesa resaltar aquí, SCHAVELZON señala que la plurinacionalidad inspira toda una discusión sobre las formas políticas, en la cual se “[c]uestiona el aparente consenso sobre la república y la representación individual moderna, tan articulada como está con el Estado de derecho, la protección de la propiedad privada y tantos sentidos que son una continuación de la Colonia”¹².

En la década de los noventa, en el Ecuador, el movimiento indígena consigue introducir al debate político las demandas de derechos colectivos, territorialidad, plurinacionalidad, interculturalidad, justicia indígenas, los mismos que suponían un primer replanteamiento a la noción de Estado, de Nación, ciudadanía, autonomía y autodeterminación construidas en el contexto del liberalismo, occidental y moderno. Es así que, a través de la idea de plurinacionalidad, se lleva a cabo un cuestionamiento del modelo de Estado neoliberal, y se plantea la reconfiguración de un nuevo Estado, en el que la diferencia y la diversidad histórica y cultural se tornen como un factor relevante.

La Plurinacionalidad pone en crisis los fundamentos del Estado-nación, al introducir la cultura como categoría relevante que contribuya a la constitución de una sociedad más igualitaria en contextos de diferencia, y no a la exclusión como tradicionalmente fue utilizada. A través de la demanda por el Estado Plurinacional, el movimiento indígena coloca sobre la mesa la necesidad de promover diálogos interculturales, con lo cual el desafío implicaba abandonar la idea de una cultura universal, con valores y principios igualmente universales, en tanto existe un “otro” distinto, con igual derecho para vivir¹³.

¹² SCHAVELZON, S., *op cit*, p. 17.

¹³ DÁVALOS, Pablo. “El movimiento indígena ecuatoriano: la constitución de un

A este punto, la plurinacionalidad se posicionaba no solo como una demanda política, sino también como una construcción teórica que tiene la particularidad de no ser configurada como un proyecto indígena, sino como un proyecto social y político, con dimensiones de-coloniales para toda la población y que no se traduce en una superposición de culturas, sino de unidad en la diferencia.

Aunque en términos jurídicos la demanda del Estado Plurinacional empezó a insertarse desde la Constituyente de 1998, fueron las críticas de parte de las élites políticas conservadoras quienes, alegando un supuesto intento separatista de parte del movimiento indígena, hacían que esta demanda pierda adherentes y como consecuencia de aquello, el texto constitucional de entonces se limite a reconocer la interculturalidad. Según Mónica Chuji, el proyecto de plurinacionalidad empezó en 1998 con el reconocimiento de la interculturalidad, pero el abandono del carácter nacional, homogéneo y monocultural del Estado, debía ser superado en dirección a la construcción del Estado Plurinacional ecuatoriano¹⁴.

Así, aunque la Constituyente de 1998 no significara un triunfo, el movimiento indígena logró abrir un diálogo intercultural con la sociedad, a la vez que posicionó nuevos temas en la agenda política, y en lo que nos interesa aquí resaltar, visibilizó a los indios como un nuevo actor social. Señala Pablo DÁVALOS; “No se trataba solamente de afirmar la identidad propia frente a un sistema en permanente tarea de destrucción de los diferente, se trataba también de sumar voluntades, de lograr que sea la

actor político”, en <http://icci.nativeweb.org/papers/davalos1.pdf>. Internet (Visita 4-4-16).

¹⁴ SCHAVELSON, S., *op cit*, p. 111.

sociedad en su conjunto la que reconozca la interculturalidad y la plurinacionalidad”¹⁵.

3. Constituciones, censos y movilización social

En esta sección, se intentará cruzar tres elementos de análisis. Por un lado, las Constituciones de 1979, 1998 y 2008, procurando identificar en éstas las demandas indígenas incorporadas; por otro, los censos de 1950, 1990, 2001 y 2010, haciendo hincapié en las cifras obtenidas y las variables de identificación. Todo esto contrarrestado con un elemento socio-político que implica el desarrollo del movimiento indígena, es decir, cómo éste se ha venido organizando, cuáles han sido sus principales demandas y cuáles fueron las medidas adoptadas en determinados contextos.

Bajo estos tres elementos, Constitución, Censos y movilización, se propone evaluar cómo la incorporación en las Constituciones de nuevos derechos no son simples declaraciones insertas en el ámbito netamente jurídico, sino que son el resultado de constantes luchas entre el poder político, estatal y no estatal y el movimiento indígena, que por fuera del Derecho disputan, el reconocimiento étnico por el lado de los indígenas y la unidad del Estado por el lado del poder estatal.

La década de los noventa se constituye en la etapa de mayor movilización e influencia del movimiento indígena en Latinoamérica, que hace frente a la llegada del neoliberalismo en la región. El Ecuador, en ese contexto, se constituye en el epicentro del primer levantamiento indígena del continente del siglo XX, con el Paro Nacional Indígena de junio de 1990 y que generará réplicas en varios otros países¹⁶.

¹⁵ DÁVALOS, P., *internet*.

¹⁶ En 1994 aparecerá el EZNL en México, y en 1999 la Revolución del Agua en Bolivia.

Si bien la década de los noventa es el momento de mayor presencia y movilización indígena, su mención aquí merece también prestar atención a la etapa que precedió al Paro Nacional, con el propósito de encontrar en ella algunos elementos para entender lo que sucedería con posterioridad en los tres espacios que analizamos (Constitución-población-movilización).

En 1979, después de casi ocho años de gobiernos militares, las élites políticas veían la necesidad de construir un escenario propicio para estructurar una nueva institucionalidad social, política, económica y jurídica en el país. Osvaldo Hurtado, vicepresidente y entonces encargado del Estatuto del Referéndum de 1978, lo mencionaba así: “Era necesario crear instituciones políticas que respondieran a las nuevas realidades nacionales generadas por los cambios económicos y sociales originados en la aparición del petróleo”¹⁷. Las palabras de Hurtado reflejan, sin duda, la dirección que la Constitución de 1979 pretendía tomar; modernizar el Estado.

En lo que interesa mencionar aquí, la Constitución de 1979 significó, en el ámbito jurídico, un punto de partida. Se reconoció el quichua y demás lenguas aborígenes como “parte de la cultura nacional”,¹⁸ el voto voluntario de analfabetos (Art. 3319) que

¹⁷ HURTADO, Osvaldo. *Política Democrática: los últimos veinte y cinco años*. Quito: FESO, Corporación Editora Nacional, 1990.

¹⁸ Art. 1.- El Ecuador es un Estado soberano independiente, democrático y unitario. Su gobierno es republicano, electivo, responsable y alternativo. La soberanía radica en el pueblo que la ejerce por los órganos del poder público. El idioma oficial es el castellano. Se reconocen el quichua y demás lenguas aborígenes como integrantes de la cultura nacional...”

¹⁹ Constitución de Ecuador 1979, Decreto Supremo 000, Registro Oficial N.º 800, de 27 de marzo de 1979. Art. 33.- El voto es universal, igual, directo y secreto, obligatorio para los que sepan leer y escribir y facultativo para los analfabetos. Tienen derecho a voto los ciudadanos ecuatorianos que hubieren

junto a la adopción del sistema unicameral (Art. 56)²⁰ abrían la posibilidad de la participación política de nuevos actores políticos. No obstante este mismo proceso constituyente, introducía como parte de la idea modernizadora, la declaración del Estado como “independiente, democrático y unitario”, y la exigencia de un título académico para ser elegido²¹. Así, aunque la cuestión indígena empieza a ocupar un espacio en el ámbito jurídico, se ve, a la par, limitado por otras reformas de contenido liberal. Hay una primera identificación del indígena, pero que se limita a mirarlo como sujeto de derechos políticos.

De todas formas, tomamos a la Constitución de 1979 como el antecedente más remoto en el Constitucionalismo ecuatoriano, que introduce en el saber jurídico una demanda indígena; la lingüística. Este hecho, sin embargo, no es aislado. Proponemos

cumplido dieciocho años de edad y se hallen en goce de los derechos políticos. Los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo no hacen uso de este derecho.

El reconocimiento del voto facultativo, significó el incremento notable de participación de los indígenas en los procesos electorales a nivel local y nacional.

²⁰ Art. 56.- La Función Legislativa es ejercida por la Cámara Nacional de Representantes, con sede en Quito e integrada por doce representantes elegidos por votación nacional; dos representantes elegidos por cada provincia, a excepción de las de menos de cien mil habitantes, que eligen uno; y, además, por un representante elegido por cada trescientos mil habitantes o fracción que pase de doscientos mil. Los representantes son elegidos de entre los candidatos presentados por los partidos políticos reconocidos legalmente, en listas que son calificadas por la función electoral, de acuerdo con la ley. La base de elección de trescientos mil o fracción de doscientos mil, se aumenta, en la misma proporción en que se incremente la población nacional, de acuerdo con los censos. Excepcionalmente, la Cámara Nacional de Representantes se reunirá en cualquier otra ciudad.

²¹ Con la reforma constitucional de 1983, este requisito será eliminado. Esta Constitución fue reformada doce veces entre 1979 y 1998.

dos sucesos anteriores que consideramos repercuten, en algún sentido, en este ámbito.

Desde una perspectiva socio-política se puede observar que, previamente a la Constituyente de 1979, el movimiento indígena ecuatoriano se encuentra en pleno proceso de estructuración. Es la etapa en que se pasa de las demandas estrictamente clasistas a una más específica, la étnica. Es la fase que inicia la transición de la FENOC, Federación Nacional de Organizaciones Campesinas, a la CONAIE, Consejo de Nacionalidades Indígenas del Ecuador. Surgen; por entonces, movimientos indígenas y clasistas que se agrupan y concentran sus demandas en las condiciones económicas de los trabajadores de la tierra, con lo cual lo étnico ocupa un rol secundario; de allí que la Reforma Agraria, por ejemplo, no haya logrado erradicar la situación de pobreza, explotación y exclusión que mantenía a la población indígena en los huasipungos.

Es la etapa en la que, aunque se incorporan importantes reformas en materia laboral, que luego serán incluidas en la Constitución de 1978, la demanda étnica no es aún considerada relevante, por lo que la organización indígena que emergía toma el derecho a la tierra como la bandera de lucha en contra de los grandes hacendados respaldados por el Estado.

Es sólo en 1972, con la aparición en la Sierra, de la Confederación de Pueblos de las naciones Quechua del Ecuador (ECUARUNARI) y en la Amazonía de la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana (CONFENAIE) que la bandera étnica es finalmente incorporada al movimiento indígena. Para inicios de los ochenta, ambas agrupaciones integrarán el Consejo de Coordinación de las Nacionalidades Indígenas del Ecuador

(CONACNE), que luego se convertiría en la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE).

La CONAIE, que empezó por sostener como línea de lucha la recuperación de la tierra y de los territorios confiscados, posteriormente, tras el distanciamiento con las organizaciones de izquierda,²² se planteó pensarse desde su filosofía ancestral y desde allí proponer la construcción de un Estado que permita la redefinición de las relaciones sociales. Es entonces que se incorporan demandas como la reafirmación de las culturas y la unidad en la diversidad, la construcción de un poder alternativo propio, la reconstrucción de las nacionalidades y pueblos como entidades históricas y políticas, y, en lo que aquí interesa destacar, la construcción de un Estado plurinacional alternativo al Estado liberal, uninacional, incluyente e intercultural, que supere toda forma de opresión y explotación²³.

Por lo tanto, para los ochenta la línea étnica-cultural termina por articular las movilizaciones indígenas y generar un motor de fuerza para la organización, sin dejar de hacer énfasis en la condición de pobreza a la que se veían sometidos como rezago colonial en pleno ciclo liberal.

A este proceso socio-político de estructuración del movimiento indígena contraponemos otro, que, según creemos, tiene que

²² Este énfasis en lo étnico, como categoría distinta a la de clase, significó para el movimiento indígena, el distanciamiento con la izquierda, que hasta entonces incorporaban las demandas indígenas a una situación de clase.

²³ Maldonado, Luis. "Movimiento indígena y participación política en Ecuador", en *Incidencia de la participación política de los pueblos indígenas: un intercambio de experiencia de Bolivia, Ecuador y Guatemala*. Guatemala: Fundación Konrad Adenauer, 2006, p. 31.

ver con el mecanismo por el cual el indígena empieza a ser reconocido por el Estado, no como un sujeto de derechos, sino como parte de la población, es decir, como un individuo en la sociedad. Lo que se intenta sostener aquí es que a partir del levantamiento estadístico vía los censos poblacionales, el Estado no sólo que ve la necesidad de identificar al indígena, sino también de diferenciarlo, pero según sus propios criterios, no sólo como mecanismo de control de esa población, sino también de estigmatización.

Lo que se quiere mostrar es que ese fuerte proceso de configuración socio-política del movimiento indígena, que luego tendrá una primera muestra en el ámbito jurídico con la Constitución de 1978, tiene un paso intermedio en el reconocimiento mismo del indígena como parte de la población. No obstante, ese reconocimiento es apropiado por el Estado, de suerte que es éste quien determina quién y cómo se es indígena.

Aunque son varios los estudios que se han llevado a cabo sobre población indígena en el Ecuador, ha sido nota característica encontrar entre ellos grandes diferencias entre las cifras estatales y no estatales²⁴. Lo que aquí interesa observar es cómo ha identificado el Estado a la población indígena, por lo que tanto no interesan las cifras que no provengan desde alguna instancia estatal, por lo que se recurre como fuente principal a los datos que provee el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) a través de los censos de población.

²⁴ Estudios como los de Gregory KNAPP en 1987, considerado por la CEPAL el más completo, es un ejemplo de esto. KNAPP, Gregory. *Geografía Quichua de la Sierra del Ecuador. Núcleos, dominios y esfera*, Quito, Abya-Yala, 1987.

Lo que nos interesa es mirar a los censos poblacionales como un mecanismo o tecnología en la creación de identidades, en este caso la indígena, para clasificar, ordenar y administrar a esta población²⁵. No es, por tanto, extraño que la CEPAL haya mencionado en un diagnóstico sobre población, que solo a partir del Primer Censo Poblacional de 1950 se tiene una visión aproximada sobre la población indígena en el Ecuador²⁶.

Desde el primer censo poblacional de noviembre de 1950 hasta la actualidad, se han llevado a cabo siete procesos censales,²⁷ de los cuales solo cuatro de ellos (1950, 1990, 2001 y 2010) incorporaron, en distinta forma, alguna variable que permite identificar a la población indígena del país.

En el I Censo Poblacional de 1950, a través de la variable “idioma” se obtuvo una primera cifra del número de indígenas

²⁵ FOUCAULT, Michael. *Seguridad, Territorio y Población*, Trad. de Horacio Pons, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 139.

²⁶ CEPAL, “Población indígena y afroecuatoriana en Ecuador: Diagnóstico sociodemográfico a partir del censo de 2001”. Santiago de Chile, 2005, p. 16. Internet.

Aunque durante la colonia se efectuaron algunos censos, estos solo tenían un fin de recaudación tributaria. En 1780 el Primer Censo Colonial utilizando un criterio fenotípico que distinguía entre “blancos”, “indios”, “libres de varios colores” y “esclavos”, identificó que el 64% de la población nacional era indígena; de las 412.000 personas que integran la población tributaria, 265.000 eran indios. En el Censo republicano de 1850 se calculó una población total de 604.000, de los cuales, bajo el mismo criterio fenotípico, se registró a 280.000 indígenas, es decir el 46% de población nacional http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4140/S2005013_es.pdf?sequence=1

²⁷ 1950, el I Censo de Población; en 1962, el II Censo de Población y I de Vivienda; en 1974, el III Censo de Población y II de Vivienda; en 1982, el IV Censo de Población y III de Vivienda; en 1990, el V Censo de población y IV de Vivienda; en 2001, el VI Censo de Población Y V de Vivienda y en 2010, el VII Censo de Población y VI de Vivienda 2010.

que habitaban el territorio ecuatoriano. Esta cifra, que no hacía totalmente visible a la población indígena, no tenía como propósito el relevar datos étnicos, sino distinguir a la población monolingüe y bilingüe que habitaba el territorio. De suerte que es solo como consecuencia de esta variable, que fue posible extraer un primer dato²⁸.

Un dato que llama la atención en el documento del Ministerio de Economía que recoge los datos del censo es que para establecer los descriptores del carácter indígena de la población se vincularon en la tabulación de datos las variables idioma, alfabetismo, uso de cama y calzado y tipo vivienda (Tablas N.º 28 en adelante). De suerte que, como lo menciona Mercedes PRIETO, persistía en el imaginario común una asociación de lo indígena con un primitivismo, de donde la choza, la ausencia de cama y calzado eran “atributos” eminentemente indígenas²⁹.

Según este criterio lingüístico, el número de habitantes que hablaban un “idioma o dialecto aborígen” es de 343.745 personas. Esta cifra incluye monolingües (de quechua, cayapa, jíbaro y

²⁸ En el *Resumen de Características* del Ministerio de Economía, llama la atención que, según lo indica el documento “Para la clasificación se ha tomado en cuenta el idioma que hablaba cada persona con los miembros de su familia en combinación con otro idioma o dialecto que mejor hablaba el empadronado.” En *Primer Censo de Población del Ecuador, 1950, Resumen de Características*, Volumen único, Ministerio de Economía, Quito, 1960, (Tablas 12, 13 y 14).

²⁹ Ver *Primer Censo de Población del Ecuador, 1950, Resumen de Características*, Volumen único, Ministerio de Economía, Quito, 1960, p. 136 ss. Y Mercedes Prieto, *El estado ecuatoriano a mediados del siglo XX: el censo, la población y la familia indígena*, Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe, ERLACS, N.º 99, Octubre, 2015, pp. 29-46. Internet <http://www.erlacs.org/articles/abstract/10.18352/erlacs.10104/> (Visita 15/4/16).

záparo) y bilingües (castellano + idioma o dialecto aborigen, e; idioma o dialecto aborigen + castellano) de un total de 3'202.757 habitantes³⁰, es decir, el 10,7% de la población ecuatoriana fue considerada en 1950 como indígena³¹.

Luego del censo de 1950, se llevaron a cabo tres más, pero ninguno de ellos incorporó una variable que permitiera identificar a la población indígena, sino hasta 1990, con lo cual es posible pensar que la gesta movilizadora de los indígenas requería ser invisibilizada, y un mecanismo pudo ser éste.

En noviembre de 1990, cuarenta años después del primer censo, se realizó el V Censo Poblacional y IV de Vivienda, éste retomará el criterio lingüístico para identificar a la población indígena. La boleta censal de entonces incluyó la pregunta: “¿Qué idioma hablan entre sí los miembros del hogar?” en donde las opciones incluían: lengua nativa, español y lengua extranjera³². De suerte que a partir de una variable –nuevamente– lingüística, el Estado reconocía como indígena a quienes se comunicaban en alguna

³⁰ Hay que recordar que la población que es tomada en cuenta para extraer datos por la variable “lengua o dialecto”, es a partir de los seis años de edad. De allí que, el porcentaje sea en relación nacional registrada y no al número de censados para esta variable.

³¹ Según Chisaguano, la boleta censal introdujo la variable “lengua hablada” de donde se extrajo que de quienes hablaban una lengua distinta al castellano, el 97,5% habla quechua, y el 2,3% jíbaro. En, Silverio Chisaguano, *La Población Indígena del Ecuador. Análisis e Estadísticas socio-demográficas*, INEC, Quito, 2006. Internet: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2009/7015.pdf?view=1> (visitado el 28/3/16).

³² INEC, *Evolución de las variables investigadas en los censos de población y vivienda del Ecuador. 1950, 1962, 19974, 1982, 1990, 2001 y 2010*, Anexo. Internet http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Publicaciones/Evolucion_variables_1950_2010_24_04_2014.pdf(Visita 29-3-2016).

lengua indígena en el seno familiar³³. Un total de 363.500 personas respondieron que sí, es decir, el 3,8% de la población nacional que para aquel año era de 9´648.189 habitantes, se reconocía –a partir del censo- como indígena.

Llama la atención el cambio que entre 1950 y 1990 se da en las estadísticas poblacionales respecto de la población indígena. El paso de un 10.7% a un 3,8% sugiere detenerse para identificar algunos hechos que acontecieron previamente al censo de 1990.

El 28 de mayo de 1990, es decir, siete meses antes del V Censo Poblacional, cientos de indígenas y campesinos se tomaron en Quito, durante diez días la Iglesia de Santo Domingo. La medida se anticipaba y anunciaba un levantamiento indígena nacional para los días 4, 5 y 6 de junio de 1990 y con ella la proclama denominada “Mandato por la defensa de la vida y los derechos de las nacionalidades indígenas”; ésta incluyó las siguientes propuestas y demandas:

1. Entrega y legalización de tierras.
2. Solución de los problemas de agua para regadío, consumo y políticas de no contaminación.
3. No pago del predio rústico.
4. Cumplir y hacer cumplir el acuerdo de Sarayacu³⁴.

³³ La metodología utilizada por el INEC a través de esta pregunta, fue criticada por la dirigencia indígena, pues no reflejaba con claridad la realidad de ese sector. Según SÁNCHEZ-PARGA, la pregunta no permitió una respuesta múltiple, lo que daba lugar a subestimaciones dado que la población bilingüe quichua-castellano y castellano-quichua podía ser considerada indígena. SÁNCHEZ-PARGA, José. *Población y pobreza indígenas*. Quito: CAAP, 1996, p. 18.

³⁴ El Acuerdo de Sarayacu consistía en el acuerdo dado en mayo de 1989 y que implicaba el compromiso del gobierno en entregar los títulos de propiedad a las comunidades indígena, obtenida por reivindicación.

5. La creación de partidas presupuestales para las direcciones provinciales y nacionales de educación bilingüe. Entrega de recursos permanentes del convenio MEC-CONAIE.
6. Condonación de las deudas por parte de varios organismos,³⁵ de acuerdo a las exigencias de la CONAIE. Reforma del artículo primero de la Constitución de la República, por el cual nuestro país sea declarado un estado plurinacional.
7. Reforma al artículo 1 de la Constitución de la República, declarando al país un Estado Plurinacional.
8. Entrega inmediata de fondos presupuestarios para las nacionalidades indígenas, a través de un proyecto de ley presentado por la CONAIE.
9. Congelamiento de los precios de los productos industrializados de primera necesidad, mínimo por dos años y fijación de precios justos de los productos campesinos de la economía de subsistencia, a través de la autonomía en el mercadeo.
10. Cumplimiento, terminación y realización de las obras prioritarias de la infraestructura básica de las comunidades indígenas.
11. Libre importación y exportación para los comerciantes y artesanos de la CONAIE.
12. Aprobación de ordenanzas para el control, protección y desarrollo de los sitios arqueológicos por la CONAIE y sus organizaciones filiales.
13. Expulsión del Instituto Lingüístico de Verano.
14. Respeto a los derechos del niño y rechazo a las elecciones a la población infantil³⁶.

³⁵ Se refiere a instituciones crediticias como el FODERUMA (Fondo de Desarrollo Rural Marginado), el IERAC (Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización), FEPP (Fondo Ecuatoriano *Populorum Progressio*) y el Banco de Fomento.

³⁶ La protesta exigía que a las elecciones por parte de la población infantil le anteceda toda una política de educación y concientización en la realidad nacional.

15. Decreto de legalización y financiación de la práctica de la medicina indígena.
16. Derogatoria de los decretos que han creado instituciones paralelas a los consejos provinciales y municipales como el CONOFORT, instituciones dirigidas por un solo partido político, con fines electorales que trafican con la conciencia de nuestras comunidades indígenas³⁷.

El “Levantamiento Indígena Nacional” se manifestaba entonces con la consigna Tierra, Cultura y Libertad. La medida implicaba el cierre de vías y la toma de tierras de grandes haciendas, como una medida reivindicatoria por tierras que les pertenecía. Por lo que la movilización del sector indígena no solo incluía demandas por la propiedad comunitaria, sino además por su reconocimiento social, político y cultural, en un contexto nacional e internacional de auge del neoliberalismo.

Este levantamiento, que no solo significó el inicio de todo un ciclo de luchas de los indígenas en la región, tuvo además, en lo que aquí interesa destacar, el logro de visualizar la magnitud y fuerza del movimiento indígena, no solo frente al Estado, sino a la población en general, con lo cual se negaba la idea predominante e impregnada en el imaginario social hasta los ochenta, de que los indios eran una “raza” vencida en vías de extinción³⁸.

El indígena que no solo fue históricamente excluido, sino además simbolizado como ignorante y sin cultura, era en este momento

³⁷ CONAIE. “Mandato por la defensa de la vida y los derechos de las nacionalidades indígenas”, en *El levantamiento indígena y la cuestión nacional*, Quito: ILDIS, Editorial Abya-Yala, CDDH, 1996, p. 105.

³⁸ SILVA, Erika. *Identidad Nacional y Poder*, Quito: Editorial Abya Yala, 2005, p. 54.

el nuevo y más importante actor político en el país. La CONAIE, que se constituyó como contraparte al Estado, obtuvo legitimidad y reconocimiento al ser la interlocutora ante el Estado, y con ello, por primera vez en la historia una organización que representa al sector indígena, catalizaba el estado de descontento y de aspiraciones de estos.

Un hecho tan simple como el ingreso de varios indígenas al Palacio de Carondelet significó, que por primera vez un acto de protesta permitiera ingresar en el espacio del otro (...) en el núcleo mismo de la autoridad que se le ha impuesto y la cual de facto le reconocía como colectividad. Que la radio, la prensa y la TV hablen en primer plano de ella, completan el hecho³⁹.

No es, por lo tanto, casual que el INEC haya incorporado una pregunta que visualice a un sector que para esa época incursionaba de forma tan marcada en el escenario político. La dificultad se encuentra, al igual que en el censo anterior, en que continúa siendo el Estado quien establece los criterios para identificar lo indígena. Por tanto, aunque signifique un avance la identificación de este sector de la sociedad en las cifras de población, los criterios utilizados aún dan cuenta de sus limitaciones. En cuarenta años, tan solo 14.755 indígenas se sumaban a la cifra del censo de 1950, cuando durante el mismo período, la población nacional pasó de 2'855.012 a 9'285.689 habitantes.

³⁹ LEÓN TRUJILLO, Jorge. "Las organizaciones indígenas: igualdad y diferencia. La afirmación de los conquistados", en AAVV, *Indios. Una reflexión sobre el levantamiento indígena de 1990*, Quito: Editorial Abya-Yala, 1992, p. 411.

Es posible encontrar bajo estas cifras que la población indígena identificada en 1990 registra un crecimiento muy bajo respecto de la población nacional. Lo más preocupante se muestra cuando comparamos estas cifras con el censo de 1950. En el primer censo poblacional, el 13,6% de la población es indígena y para 1990, solo un 3,8%. No sólo que el porcentaje disminuye de manera llamativa (que estadísticamente es posible explicar por el propio crecimiento poblacional), sino que la tasa de crecimiento es muy baja respecto de la tasa de crecimiento nacional del mismo período. Mientras la población ecuatoriana tuvo en cuatro décadas una tasa de crecimiento del 22%, la población indígena mostró en el mismo período un crecimiento del 4,2%. Tan solo 15.000 personas en cuarenta años.

Si se contextualizan las cifras, es posible vincularlas con la década en la que el movimiento indígena experimentó las peores condiciones de exclusión y marginación social. A ello se pueden formular dos tesis. Una primera, que dando la razón a las demandas de inicio de los noventa, pone en evidencia las condiciones de extrema pobreza de la población indígena; y una segunda, que confirma que bajo los criterios estadísticos usados en el censo de 1990, el Estado se rehusaba a reconocer que un importante porcentaje de la población era indígena.

Lo cierto es que reconocer que la población indígena en el Ecuador era representativa significaría legitimar los eventos de junio de 1990 cuando el Paro Nacional Indígena paralizó al país, pero además significaba legitimar y confirmar la principal demanda de los indígenas por la declaración del Estado Plurinacional. De allí que, como plantearemos, la Constituyente de 1998 se verá obligada no solo a desconocer el Estado Plurinacional, sino a reafirmar la idea de un Estado unitario, reduciendo tal demanda

a lo pluricultural y multiétnico (Art. 1), reconociendo solamente la existencia de pueblos indígenas “que se autodefinen como nacionalidades ancestrales” (Art. 83).

No se puede dejar de mencionar que los noventa son también para el Ecuador la década de mayor crisis política e institucional. Luego del Paro Nacional Indígena de 1990, los indígenas continuaron gestando fuertes movilizaciones nacionales hasta 1996, y en 1997, cuando aparece el brazo político de la CONAIE, el Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik (MUPP), que, a pesar de las fricciones con el movimiento indígena, presentó a la Constituyente lo que se denominó la “Constitución del Pueblo”, con todas las demandas antes mencionadas. Como era de esperar; estas demandas no fueron aceptadas, pero permitió hacerlas públicas.

Las demandas indígenas van a chocar en la Constituyente de 1997 con un constitucionalismo liberal que, por un lado, se apoya en una idea de igualdad formal, que termina negando la amplia diversidad cultural del país, y por otro, en una idea de soberanía que, con base un sistema representativo excluyente, hace del campo político un círculo exclusivo, basado en la “raza”, en la clasificación de identidades sociales, en donde el blanco y criollo ocupan un lugar privilegiado, lo que Aníbal Quijano llamaría la “colonialidad del poder”⁴⁰.

Esto que GARGARELLA explica como la tensión entre el constitucionalismo liberal-conservador y una forma de constitucionalismo radical dejó entrever, a nuestro entender,

⁴⁰ QUIJANO, Aníbal. “Colonialidad y modernidad/racionalidad” en *Revista Perú Indígena*, Lima: Vol. 13, N.º 29, 1992.

que las demandas indígenas introdujeron al debate político tesis radicales de contenido anticolonial, que planteaban profundas reformas al sistema político, tanto que su reconocimiento lo colocaría en crisis. Se evidenció que lo indígena suponía para el poder político y económico un grave cuestionamiento a los procesos de desarrollo y modernización en un marco de una teoría liberal. De allí que desde las esferas del poder, se optaba por manejar un discurso de “cultura nacional”, sustentada en el mestizaje con la adopción de valores y prácticas de Occidente. El gobierno de Rodrigo Borja, por mencionar un ejemplo, deslegitimaba el discurso indígena, tachándolo de separatista, sectario y contrario a la idea de Estado unitario.

La Constitución de 1998, que se limitó a reconocer el carácter multiétnico y pluricultural del Estado (Art. 1) e incorporó algunos artículos sobre derechos colectivos para los pueblos indígenas (artículos 85 y 86)⁴¹, también declaraba que: “Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales (...) forman parte del Estado ecuatoriano único e indivisible”.⁴² El poder estatal se resistía, a pesar de las cifras, a reconocer la principal demanda indígena; el reconocimiento del Estado como Plurinacional, apelando a la unidad de éste.

⁴¹ Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables, e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declararlas de utilidad pública. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental y culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen”. No ser desplazados, como pueblos, de sus tierras.

⁴² Artículo 83, Constitución del Ecuador, R. O. N.º 001, de 11 de agosto de 1998.

Se debe tomar en cuenta que el reconocimiento del Estado como pluricultural y multiétnico es insuficiente ante la Plurinacionalidad, dado que contiene la noción liberal del multiculturalismo, que pone como límites a los derechos de las minorías, los principios de libertad individual, democracia y justicia social. La demanda por un Estado Plurinacional sobrepasa, pero además, cuestiona la teoría liberal del Estado y la democracia. La tesis del multiculturalismo fue vista bajo sospecha y con cierta distancia desde la organización social indígena.

Según Catherine WALSH, el multiculturalismo que se halla detrás de la idea de un Estado multiétnico y pluricultural merece "...verlo como una nueva estrategia de control político de la diferencia, ahora no sólo con intereses nacionales, sino también transnacionales y capitalistas."⁴³ Para Armando MUYOLEMA, el multiculturalismo "...sustenta la producción y administración de la diferencia dentro del orden nacional, volviéndola funcional a la expansión del neoliberalismo, por un lado y, por otro, contribuyendo eficazmente al desagravio ideológico frente a los indios aunque el orden de dominación no haya sido realmente afectado"⁴⁴.

En definitiva, la Constitución de 1998 significó un avance importante, pero no suficiente para el movimiento indígena; el poder político, sin embargo, no podía por mucho más insistir en el Estado unitario.

⁴³ WALSH, Catherine. "De-colonialidad e interculturalidad: Reflexiones desde proyectos político-epistémicos" en Yapu, Mario. *Modernidad y pensamiento descolonizador*. La Paz: IFEA-PIEB, 2006, p. 172.

⁴⁴ MUYOLEMA, Armando, citado por Walsh, C., *op cit.*, p. 172.

En noviembre de 2001, se lleva a cabo el VI Censo de Población y V de Vivienda, incorporándose por primera vez en la boleta censal la variable de autoidentificación. Junto a la pregunta por el idioma o lengua que se habla (Pregunta 5), se consultó además “Cómo se considera: ¿indígena, negro (Afro-ecuatoriano), mestizo, mulato, blanco u otro?”⁴⁵ El censo registró un total de 830.418 personas que se autoidentificaron como indígenas, cifra que representa el 6,8% de la población nacional, que para aquel momento llegó a 12'156.608 habitantes.

Aunque las opiniones sobre la pregunta en torno a la auto-identificación generó distintas opiniones sobre su conveniencia y efectividad, lo cierto es que la simple incorporación a la boleta censal significaba un avance importante respecto de los procesos censales pasados, pues establecía la posibilidad de que sea el propio individuo quien determine su identidad, lo cual significaba conferirle voz propia al indígena.

Visto así, el período 1991-2001 muestra un escenario totalmente distinto. En diecinueve años se registra un crecimiento que, aunque es reducido frente a la población nacional (3,8% a 6,8%), no es menor como tasa de crecimiento (129%). Una posible explicación a este cambio demográfico -consideramos- responde precisamente -entre otros factores- al proceso de reivindicación de derechos que antecedieron. En este sentido, CHISAGUANO menciona que el crecimiento poblacional puede deberse:

[a que] la población indígena protagonizó una nueva dinámica de convivencia social, tomando con mucha fuerza el proceso de reindianización y revalorización

⁴⁵ INEC, *Evolución de las variables investigadas...*, op cit., anexo.

cultural, lo indígena no lo toman ya más como un signo de inferioridad, sino que aprovechan de la situación de exclusión y marginación para problematizarla y tomarla como plataforma de lucha reivindicativa, sus propuestas son expuestas públicamente, sea en el país como en el exterior y son parte de las agendas de las organizaciones locales y nacionales⁴⁶.

Es posible afirmar, entonces, que en el ámbito estadístico, el período de caída de la tasa de crecimiento poblacional 1950-1990, cierra con el largo proceso de exclusión, pero principalmente de negación de lo indígena, en tanto que el período 1990-2001, se abre progresivamente como un nuevo y prometedor panorama político, social y económico para el sector indígena, hecho que, como se mencionó, lleva de la mano la ubicación de éste como un actor importante en la política nacional.

Entre 1998 y 2000, el movimiento indígena se articula con otros sectores en descontento con las políticas de ajuste que el gobierno de Jamil Mahuad impulsaba. La CONAIE, que se manifestaba desde Quito en contra de todo el aparato estatal, exigió la salida de los tres poderes y constituyó lo que denominó como “Parlamento Nacional de los Pueblos del Ecuador”. En enero de 2000 un grupo de indígenas y militares se tomó el Congreso e integró la “Junta de Salvación Nacional”. Mahuad abandonaría el cargo y lo asumiría el vicepresidente, Gustavo Noboa Bejarano. De todo este contexto político, lo que interesa aquí resaltar es el hecho de la diversidad de demandas que se conjugaron en el momento, debido a las distintas alianzas que se gestaron (sindicatos, organizaciones barriales, fuerzas armadas, gremios, partidos políticos, etc). Este

46 CHISAGUANO, *op cit.*, p. 18.

hecho, según CRUZ RODRÍGUEZ, generó algunas tensiones con las bases indígenas que criticaron el afán de tomar el poder cuando el objetivo era construirlo “desde abajo”⁴⁷.

En una siguiente fase, en la Constituyente de 2008, se genera un nuevo escenario socio-político; la situación del movimiento indígena que tras su alianza con Gutiérrez en 2003 había perdido cierta legitimidad, es distinta al contexto de 1990. Tras la Rebelión de los forajidos en abril de 2005, un nuevo actor ciudadano, de clase media y capitalino es el que empieza a ocupar ese lugar⁴⁸.

Más allá de esto y de cara a la Constituyente de Montecristi, la CONAIE anunció su intención por reintroducir el debate sobre plurinacionalidad, lanzando el documento “Constitución del Estado Plurinacional de la República del Ecuador”, y mediante un boletín de prensa, declaraba:

Es el momento preciso e histórico para que los pueblos y nacionalidades indígenas y los sectores sociales del país hagamos un cambio estructural, político y jurídico del Estado ecuatoriano. Desde 1830 hasta la actualidad se ha redactado 19 Constituciones sin la participación plena de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas y se ha constituido los poderes del Estado como un resultado del régimen colonial dominante. Tenemos que

⁴⁷ CRUZ RODRÍGUEZ, Edwin. “Redefiniendo la nación: Luchas indígenas y Estado Plurinacional en Ecuador (1990-2008)”, en *Nómadas, Revista Científica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Numero Especial, abril 2012. Internet <http://revistas.ucm.es/index.php/NOMA/article/view/41786> (visita 25-04-16).

⁴⁸ Sobre este hecho ver NAVAS ALVEAR, Marco. *Lo público insurgente. Crisis y construcción de la política en la esfera pública*. Quito: CIESPAL- Universidad Andina Simón Bolívar, 2012.

construir un Estado diferente, el Estado plurinacional para erradicar el regionalismo y la excusión que hemos sido sometidos por un Estado impuesto piramidal y su forma de gobierno excluyente, autoritario, represivo. Queremos construir un Estado Plurinacional, pluricultural, de democracia participativa y directa, como un nuevo modelo de organización política para la descolonización de nuestras naciones y pueblos, y para hacer realidad del principio de un país con unidad en diversidad e igualdad social⁴⁹.

En 2008, la Constituyente reconoce el Estado Plurinacional, no obstante, y es aquí en donde proponemos tomar atención, su reconocimiento parece no responder a la misma lucha que presidió en las Constituyentes de 1978 y 1998. En Montecristi, el discurso sobre plurinacionalidad es apropiado por el oficialismo, y aunque no dejó de generar resistencia en los debates constituyentes, su actual reconocimiento continúa entrando en tensión con un modelo liberal aún presente en la Constitución de 2008. No se puede desmerecer, sin embargo, que tanto la declaración del Estado Plurinacional, los principios del Sumak Kawsay, el reconocimiento de los Derechos de la Naturaleza, la invocación de la Pacha Mama en el Preámbulo, y varios otros derechos dirigidos a los pueblos y nacionalidades indígenas son nuevamente un efecto del proceso de lucha entre el poder y el sector indígena por su reconocimiento.

⁴⁹ “Resolución de la CONAIE, 22 de octubre de 2007”, en CONAIE, *Propuesta de la CONAIE frente a la Asamblea Constituyente. Principios y lineamientos para la nueva constitución del Ecuador. Por un Estado Plurinacional, Unitario, Soberano, Incluyente, Equitativo y Laico*, en internet. <https://www.yachana.org/earchivo/conaie/ConaiePropuestaAsamblea.pdf> (visita 20-04-16).

BIBLIOGRAFÍA.

AAVV, *El levantamiento indígena y la cuestión nacional*. Quito: ILDIS, Editorial Abya-Yala, CDDH, 1996.

_____, *Indios. Una reflexión sobre el levantamiento indígena de 1990*, Quito, Editorial Abya-Yala, 1992.

CEPAL, *Población indígena y afroecuatoriana en Ecuador: Diagnóstico sociodemográfico a partir del censo de 2001*. Santiago de Chile, 2005.

CHISAGUANO, Silverio. *La Población Indígena del Ecuador. Análisis e Estadísticas socio-demográficas*. Quito: INEC, 2006.

CRUZ Rodríguez, Edwin. “Redefiniendo la nación: Luchas indígenas y Estado Plurinacional en Ecuador (1990-2008)”, en *Nómadas, Revista científica de ciencias sociales y jurídicas*, Numero especial, abril, 2012.

DÁVALOS, Pablo. *El movimiento indígena ecuatoriano: la constitución de un actor político*.

FOUCAULT, Michael. *Seguridad, Territorio y Población*, Trad. de Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.

_____, *Defender la sociedad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008.

GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010).* Buenos Aires: Katz, 2015.

HURTADO, Osvaldo. *Política Democrática: los últimos veinte y cinco años,* Quito: FESO, Corporación Editora Nacional, 1990.

INEC, *Evolución de las variables investigadas en los censos de población y vivienda del Ecuador. 1950, 1962, 1974, 1982, 1990, 2001 y 2010,* Anexo.

KNAPP, Gregory. *Geografía Quichua de la Sierra del Ecuador. Núcleos, dominios y esfera,* Quito: Editorial Abya-Yala, 1987.

MALDONADO, Luis. “Movimiento indígena y participación política en Ecuador”, en *Incidencia de la participación política de los pueblos indígenas: un intercambio de experiencia de Bolivia, Ecuador y Guatemala.* Guatemala: Fundación Konrad Adenauer, 2006.

MINISTERIO de ECONOMÍA, *Primer Censo de Población del Ecuador; 1950, Resumen de Características,* Volumen único, Quito: Ministerio de Economía, 1960.

NAVAS ALVEAR, Marco. *Lo público insurgente. Crisis y construcción de la política en la esfera pública,* Quito, CIESPAL- Universidad Andina Simón Bolívar, 2012.

PRIETO, Mercedes. “El estado ecuatoriano a mediados del siglo XX: el censo, la población y la familia indígena”, en

Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe (ERLACS), N.º 99, octubre, 2015.

QUIJAJO, Aníbal. “Colonialidad y modernidad/racionalidad”, en *Revista Perú Indígena*, Lima: Volumen 13, N.º 29, 1992.

SÁNCHEZ-PARGA, José. *Población y pobreza indígenas*, Quito: CAAP, 1996.

SILVA, Erika. *Identidad Nacional y Poder*, Quito: Editorial Abya Yala, 2005.

YAPU, Mario. *Modernidad y pensamiento descolonizador*. La Paz: IFEA-PIEB, 2006.

EL NUEVO PROCESO DE EJECUCIÓN DE REPARACIÓN ECONÓMICA EN EL SENO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA¹

XIMENA VELASTEGUÍ AYALA²

RESUMEN

La autora realiza un estudio del proceso de ejecución de reparación económica vigente, a cargo de los jueces de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo del país, conforme lo ordenado por la Corte Constitucional, en sentencia N.º 011-16-SIS-CC, expedida dentro del caso N.º 0024-10-IS, sentencia que unificó el procedimiento a seguir para efectos de cuantificar el monto que por reparación económica se haya dispuesto en una sentencia de garantías jurisdiccionales, siempre que el obligado al pago sea el Estado, al amparo de lo establecido en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, fallo que surge como una respuesta al problema de incumplimiento de las sentencias constitucionales.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a la ejecución de sentencias constitucionales, reparación económica, proceso de ejecución y sentencia constitucional.

¹ Artículo entregado por el autor el 15 de julio de 2016 y aprobado el 31 de octubre de 2016.

² Doctora en Jurisprudencia y Abogada, Magister en Derecho, Jueza del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito.

ABSTRACT

This essay studies the process of implementation of existing economic repair in charge of the judges of the district courts of Contentious Administrative Law in the country, as ordered by the Constitutional Court in judgement N.º 011-16-SIS-CC, issued in case N.º 0024-10-IS, which unifies the procedure to be followed for the purpose of quantifying the amount of economic repair. This rule is specified in a judicial guarantees statement, providing always that the obligor to pay is the State under the frame of the provisions of article 19 of the Law for Organic Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control. This fault arises as a response to the problem of non-constitutional rulings.

KEY WORDS

Right to effective judicial protection, the implementation of constitutional rulings, economic repair, implementation process, and constitutional sentence.

INTRODUCCIÓN

En un trabajo anterior se analizó las complejidades que se presentaban a la hora de cuantificar el monto que por reparación económica se ordenaba en los procesos de garantías jurisdiccionales, cuando el obligado al pago era el Estado ecuatoriano, facultad consignada por ley a los tribunales contenciosos administrativos del país. Situación legal que generó un sinnúmero de procedimientos, ya que como se ha manifestado no existía un procedimiento claro y preciso al respecto, y por el contrario, la sana crítica del juez impulsó en la mayoría de casos a la asimilación al trámite ordinario previsto en el Capítulo IV, de la hoy derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, bajo la premisa del principio de legalidad. Esta situación adicionalmente generaba una serie de inconvenientes y demoras en la sustanciación de estos procedimientos, a pesar de existir lineamientos previos emitidos por la Corte Constitucional, mediante sentencia N.º 004-13-SAN-CC, expedida en la causa N.º 0015-10-AN, publicada en la Gaceta Constitucional N.º 003, de fecha 21 de junio de 2013, que sin duda generaron dudas en la sustanciación del trámite y forma de cuantificar los montos, con resultados insuficientes.

En este contexto, la Corte Constitucional, consciente que uno de los principales problemas que aqueja a la justicia constitucional es el incumplimiento de las sentencias constitucionales, en uso de las atribuciones que le confieren los artículos 82, numeral 2, literal b) y 86, numeral 3 de la Constitución de la República y, los artículos 6, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dictó la Sentencia N.º 011-16-SIS-CC, dentro del caso N.º 0024-10-IS, acción de incumplimiento de sentencia presentada por la señora María Eugenia Yépez Borja,

frente al incumplimiento de la Resolución dictada por la Primera Sala de la Corte Constitucional para el periodo de transición, el 8 de julio de 2009, dentro de la acción de amparo N.º 0384-08-RA3, sentencia que podría haber pasado desapercibida, sin embargo,

³ Conforme consta en la sentencia No. No. 011-16-SIS-CC, la accionante señora María Eugenia Yépez Borja presentó una acción de incumplimiento de la resolución dictada por la Primera Sala de la Corte Constitucional para el periodo de transición, el 8 de julio de 2009, dentro de la acción de amparo No. 0384-08-RA. La acción de amparo citada se presentó en contra del Director del Hospital Nivel 1 IESS del cantón Durán, impugnando el acto administrativo contenido en el oficio No. 322161101-1822-07 de 3 de diciembre de 2007, con el cual se le notificó con la conclusión de la relación laboral, en calidad de Médica Postgradista. En este sentido, se señala que el Juez primero de lo penal del Guayas, resolvió inadmitir la acción de amparo constitucional presentada, y en apelación la Primera Sala de la Corte Constitucional para el periodo de transición, revocó la resolución subida en grado, y concedió el amparo propuesto, disponiendo que se le reintegre a su cargo y se le devuelva el expediente al juez de instancia para los fines de ley. En la sentencia mencionada, frente a un incumplimiento de sentencia, la Corte Constitucional concluyó que “los representantes del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de Guayaquil han incumplido parcialmente la resolución dictada por la Primera Sala de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, dentro del caso No. 0384-08-RA, en lo que tiene que ver al pago de haberes dejados de percibir desde su separación hasta su reincorporación como médico especialista en neurología en el Hospital del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social del cantón Durán, al pago de su remuneración por el mes de diciembre del 2007; el retroactivo por reliquidación de remuneraciones desde enero del 2006 hasta junio de 2007 y, en su afiliación al IESS desde que inició su relación laboral hasta que fue reintegrada a su puesto de trabajo”. De esta forma, en la parte resolutive de la sentencia, sobre este punto se resolvió: “1.- Declarar el incumplimiento parcial de la resolución, dictada el 8 de julio de 2009, por la Primera Sala de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, dentro de la acción de amparo No. 0384-08-RA, en lo concerniente al pago de las remuneraciones dejadas de percibir por la accionante durante el tiempo que fue separada de su cargo hasta su reincorporación, esto es, entre el 2 de enero de 2008 y el 30 de noviembre de 2009, así como, el pago de su remuneración del mes de diciembre de 2007, el retroactivo de reliquidación de remuneraciones desde enero del 2006 hasta junio de 2007; y, su afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social desde diciembre de 2004 hasta el 30 de noviembre de 2009...”.

por su naturaleza, la Corte Constitucional se sirvió de ella, para normar un proceso de ejecución de reparación económica, -como así lo han denominado-, en sede contencioso administrativa, procedimiento necesario y que no se encontraba previsto en el ordenamiento jurídico. En este sentido, el presente trabajo tiene por objeto esbozar el trámite que debe guiar el trabajo de los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa y de los abogados en general, en materia de reparación económica, al amparo del artículo 19 ibídem, y que surge como una respuesta al problema del incumplimiento de las sentencias constitucionales en general.

1. Procedencia

Como se ha mencionado la sentencia N.º 011-16-SIS-CC, expedida por la Corte Constitucional dentro del caso N.º 0024-10-IS, viene a solucionar en parte uno de los problemas que inquieta a la jurisdicción constitucional y es aquel relacionado con el incumplimiento de las sentencias constitucionales. La sentencia que comento señala expresamente en su parte considerativa que la realidad procesal de aquellas causas en las cuales intervienen los tribunales distritales de lo contencioso administrativo para ejecutar las sentencias constitucionales era dramática, por la falta de unificación de procedimientos y de claridad a la hora de interpretar la norma legal. Se dice textualmente que:

De conformidad con la documentación remitida por los tribunales contenciosos administrativos del país, en atención a lo dispuesto en el oficio No. 263-2014-CCE-P del 11 de junio de 2014, por el presidente de la Corte Constitucional del Ecuador, se observó que en su mayoría los procesos de ejecución

de reparación económica no están siendo sustanciados con la celeridad que corresponde. Tanto es así, que de la última información presentada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 con sede en Quito, respecto del proceso de ejecución de reparación económica No. 17811-2014-1609, se encontró que dicho proceso duró aproximadamente nueve meses. Lo anterior, parece responder a una falta de uniformidad en la sustanciación de los procesos de ejecución de reparación económica, por parte de los tribunales contenciosos administrativos del país. De ahí que, de la información presentada se encontraron diferencias en la forma de ingreso de la causa a la judicatura, la presentación de alegatos por parte de los involucrados, apertura o no de periodos de prueba, la emisión de sentencias, la utilización de informes periciales y la ejecución de la decisión. Además, las diferencias se evidenciaron tanto dentro de la misma judicatura como entre los distintos tribunales contenciosos administrativos, como se advirtió de la información conocida por el Pleno del Organismo en sesión de 17 de marzo de 2016. De esta manera, la Corte Constitucional estima necesario esclarecer la forma como deberían sustanciarse en general los procesos de ejecución de reparación económica derivados de garantías jurisdiccionales⁴.

Ello conllevó a que la Corte Constitucional, en uso de sus atribuciones, se pronuncie sobre el tema, normando el mismo,

⁴ Sentencia N.º 011-16-SIS-CC, expedida por la Corte Constitucional dentro del caso N.º 0024-10-IS, p. 16.

aun cuando no es la primera vez que se manifiesta al respecto, puesto que con la sentencia N.º 004-13-SAN-CC, emitida en la causa N.º 0015-10-AN, el máximo órgano de justicia constitucional estableció que se trata de un proceso de ejecución y no de conocimiento, que debe sustanciarse en forma sumaria y rápida.

Ciertamente, el tema de fondo es lograr el respeto de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional o por los jueces constitucionales, puesto que conforme lo señala el órgano de control, se evidenció que en la mayoría de casos los fallos emitidos en materia de reparación económica no eran el fiel reflejo de lo ordenado por la Corte Constitucional, y que a su entender, era necesario precisar algunos detalles, como veremos a continuación. Lo cierto es que la Corte Constitucional se pronunció con acierto sobre un problema de ejecución de sentencias constitucionales, con la finalidad de garantizar la vigencia de la Constitución de la República, ya que el incumplimiento o el cumplimiento parcial genera malestar en el usuario y violenta el derecho a la tutela judicial efectiva, concretamente el derecho a la ejecución de la sentencia, consagrado en el artículo 75 de la Carta Magna.

La Corte Constitucional asume su papel de intérprete de la Constitución, y vía jurisprudencial realiza una interpretación del artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en lugar de optar por otros caminos cómo él de reforma legal, por ejemplo. De este modo, “la jurisprudencia constitucional abarca entonces un nuevo sentido, ya que no simplemente se trata de resolver conflictos legales concretos, al contrario otorga contenido a los principios y derechos constitucionales, pronunciándose respecto de la vigencia de una u otra norma dentro del ordenamiento jurídico

nacional, o el entendimiento del ejercicio de un derecho”⁵. Este camino utilizado por la Corte soluciona en parte el problema de la ejecución de las sentencias, en las cuales existe el mandato de reparación económica, cuando el obligado es el Estado; sin embargo, habrá que analizar más allá, puesto que si bien se intenta dar agilidad a los procesos de ejecución y establecer el trámite que debe darse a los mismos, es necesario también analizar el problema de fondo, en dónde se encuentra el verdadero cuello de botella a la hora de ejecutar las sentencias constitucionales, puesto que una causa importante del incumplimiento de sentencias se debe no solo a la vía de ejecución, sino primordialmente a los sujetos encargados de ejecutar y cumplir tales fallos, es decir, cuando el incumplimiento proviene sea de un particular, de un funcionario público y en general del Estado, o del propio Juez, que no exige a la parte obligada el cumplimiento oportuno de la sentencia. De todas formas, el objetivo del presente trabajo no es analizar las medidas adecuadas para garantizar el cumplimiento de las sentencias constitucionales, sino por el contrario, como se mencionó, se encamina a conocer el nuevo proceso de ejecución de reparación económica en los términos planteados por la Corte Constitucional.

De esta manera, la sentencia en análisis desarrolla en detalle el proceso de ejecución y los posibles inconvenientes que pueden surgir a lo largo del trámite. De lo revisado se pueden extraer algunos datos interesantes:

⁵ URIBE TERÁN, Daniel. “Cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales”, en MONTAÑA PINTO, Juan, y PORRAS VELASCO, Angélica. *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo 2, Quito: Corte Constitucional para el período de transición del Ecuador, CEDEC, 2011, pp. 258 y 259.

1.1. Denominación

La Corte Constitucional del Ecuador lo ha denominado “trámite del proceso de ejecución de reparación económica ante la jurisdicción contencioso administrativo”.

1.2. Objeto

Conforme lo señala la sentencia referida anteriormente, el trámite del proceso de ejecución tiene por finalidad “esclarecer la forma como deberían sustanciarse en general los procesos de ejecución de reparación económica, derivados de garantías jurisdiccionales”⁶, es decir, una vez que se emitió una sentencia en un caso de garantías jurisdiccionales, en el cual se haya ordenado una medida de reparación económica a favor de la víctima y cuando el obligado a satisfacer tal obligación sea el Estado, la autoridad competente para sustanciar, resolver y ejecutar el proceso de ejecución de reparación económica es el tribunal contencioso administrativo competente.

1.3. Base legal

La Constitución de la República concibe a la Corte Constitucional como el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, y para su adecuado funcionamiento le dota de autonomía administrativa y financiera⁷. Por su parte, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 170 establece que es un

⁶ Sentencia N.º 011-16-SIS-CC, expedida por la Corte Constitucional dentro del caso N.º 0024-10-IS, número 8, p. 16.

⁷ Véanse artículos 429 y 430 de la Constitución de la República del Ecuador.

órgano autónomo e independiente de los demás órganos del poder público, con jurisdicción nacional. Por ende, las decisiones que adopte son obligatorias y de inmediato cumplimiento, sin perjuicio de la interposición de los recursos de aclaración o ampliación.

El problema surge cuando la Corte Constitucional, por disposición legal – artículo 19 de la LOGJCC-, no cuenta con la atribución legal para ejecutar sus propias decisiones o las de los jueces constitucionales; cuando se trata de cuantificar montos por concepto de reparación material, cálculo que por ley esta atribuida a la jurisdicción contencioso administrativa. Surge, entonces, la problemática de la ejecución de las sentencias constitucionales, que por múltiples factores se ha visto agravada en los últimos años, y es justamente esa falta de interrelación entre la justicia ordinaria y la justicia constitucional, que se ve superada por la Corte Constitucional cuando interviene y vía interpretación unifica las diversas prácticas procesales creadas en el ámbito contencioso administrativo y regula un proceso de ejecución.

Con este antecedente, el proceso de ejecución de reparación material se fundamenta en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual consagra el derecho a la protección judicial como el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Para este fin, se establece en el mismo artículo que los Estados Partes se comprometen: a) Garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado

decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) Desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y, c) Garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso⁸.

Igualmente, encuentra amparo en los artículos 82, numeral 2, literal b) y 86, numeral 3 de la Constitución de la República y en los artículos 6, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Abonando a lo anterior, el Pleno de la Corte Constitucional expidió la sentencia N.º 004-13-SAN-CC, en la causa N.º 0015-10-AN, en la cual se emitió la regla jurisprudencial con carácter obligatorio, estableciendo que:

El monto de la reparación económica, parte de la reparación integral, como consecuencia de la declaración de la vulneración de un derecho reconocido en la Constitución, se la determinará en la jurisdicción contenciosa administrativa cuando la deba satisfacer el Estado y en la vía verbal sumaria cuando deba hacerlo un particular. Dicho procedimiento se constituye en un proceso de ejecución, en el que no se discutirá sobre la declaratoria de vulneración de derechos⁹.

Al mismo tiempo, la Corte Constitucional, en la sentencia N.º 004-13-SAN-CC, en ejercicio de la competencia establecida en

⁸ Véase artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁹ Véase Sentencia N.º 004-13-SAN-CC, expedida por la Corte Constitucional en la causa N.º 0015-10-AN, publicada en la Gaceta Constitucional N.º 003, de fecha 21 de junio de 2013, p. 23.

el artículo 436, numeral 3 de la Constitución de la República, declaró la inconstitucionalidad sustitutiva del artículo 19, frase final, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, referente a: “De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes”, por la frase “Solo podrá interponerse recurso de apelación en los casos que la ley lo habilite”¹⁰. Con ello, se trata de evitar dilaciones con la posible interposición de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que prevé la ley, e imponer una única interpretación que vaya a tono con el artículo 86, numeral 2, literal a) de la Constitución, que establece que el procedimiento constitucional será sencillo, rápido y eficaz.

1.4. Supuesto fáctico

El trámite que comento tiene como supuesto la reparación económica, que debe ser satisfecha por el Estado, siempre y cuando haya sido declarada en una sentencia de garantías jurisdiccionales, procedimiento que debe ser aplicado por los tribunales distritales de lo contencioso administrativo del país, atendiendo la circunscripción territorial de cada uno, a efectos de radicar la competencia en cada caso.

¹⁰ Véase Sentencia N.º 004-13-SAN-CC, expedida por la Corte Constitucional en la causa N.º 0015-10-AN, publicada en la Gaceta Constitucional N.º 003, de 21 de junio de 2013, p. 23.

1.5. Derechos constitucionales protegidos

Por regla general el procedimiento establecido por la Corte Constitucional tiene por fin la salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva, que comprende no solo el derecho de acceso a la justicia, sino a obtener una sentencia que resuelva el asunto de fondo y, sobre todo, que la sentencia se ejecute en forma efectiva e integral, en tiempo oportuno, consagrado así en el artículo 75 de la Constitución de la República. Esta garantía que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, se la conoce como el derecho a la eficacia de las sentencias, puesto que “de qué sirve impulsar un proceso judicial si luego de alcanzar una resolución favorable, ésta no puede ser cumplida”.¹¹

Así:

La tutela judicial no será efectiva si el mandato contenido en la sentencia no se cumple. La pretensión no quedará satisfecha con la sentencia que declara si está o no fundada, sino cuando lo mandado en la sentencia sea efectivamente cumplido. Si la sentencia declara que la pretensión es conforme al ordenamiento jurídico y accede a lo pedido, la tutela jurisdiccional no será efectiva hasta que se efectúe el mandato judicial y el que accionó obtenga lo pedido. (...) Como dice el Tribunal Constitucional Español: El derecho a la tutela judicial efectiva... no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia..., ni se limita a garantizar una resolución de fondo fundada..., si concurren todos

¹¹ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, *El Nuevo Recurso de Agravio Constitucional a favor del cumplimiento de sus sentencias*, 2016, p. 13.

los requisitos procesales. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellos comportan a favor de alguna de las partes en meras declaraciones de intenciones¹².

En este contexto, debe reconocerse no solo el derecho a exigir el cumplimiento de la sentencia por parte del ganador de la contienda, sino también la obligación del Estado y, concretamente de los jueces, de garantizar el tan anhelado cumplimiento, que se traduce en la doble dimensión que comportan los derechos constitucionales¹³.

Esto significa:

[...] que el derecho a la tutela judicial efectiva, y en concreto, el derecho a la eficacia de las sentencias, tiene una doble dimensión, una subjetiva cuyos titulares son la parte ganadora de un proceso, derecho que les asigna

¹² *Ibidem*, pp. 13 y 14.

¹³ Aclarando el tema, el profesor Juan Carlos RUIZ señala: “El derecho fundamental a la eficacia de la sentencia en consonancia con la doble dimensión de los derechos fundamentales, no solo implica el derecho subjetivo de reclamar y exigir judicialmente su cumplimiento objetivo sino, que también implica la obligación de todo magistrado y en general del Estado de su respeto y observancia material. Si bien, es a través del juez que el Estado cumple con su obligación de garantizar el respeto al derecho a la ejecución de las sentencias. Sin embargo, no solo el juez está obligado. Todo el aparato del Estado es el que se encuentra obligado a garantizar la vigencia efectiva de este derecho y, entre ellos, el TC de manera especial por su especialidad...”. Véase: RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *op. cit.*, 2016, p. 20.

la facultad de reclamar y exigir el cumplimiento de la misma, y de otra parte, una dimensión objetiva, que implica un deber del juez de hacer cumplir la sentencia, sin embargo, en el juez no se agota la responsabilidad del Estado, ésta alcanza, por ejemplo, al Poder Ejecutivo¹⁴.

Naturalmente, la Corte Constitucional está cumpliendo con su función de proteger los derechos constitucionales, de salvaguardar la plena vigencia de los mismos y de la Constitución de la República y de defensa de la eficacia de las normas jurídicas, y por ello, ha generado una serie de deberes para el Estado, los jueces y los particulares, con la finalidad de cumplir sus resoluciones judiciales y las demás emitidas en materia de garantías jurisdiccionales. Qué grave resultaría el incumplimiento de las sentencias constitucionales “no solo porque entraña la desaparición de la justicia constitucional, sino porque al eso ocurrir, elimina o debilita el mecanismo de protección y defensa de la Constitución, lo cual acarrea la perdida de efectos vinculantes de la Constitución en los hechos”¹⁵. Al respecto, el profesor Francisco GÓMEZ SÁNCHEZ señala que: “la omisión o renuencia de los funcionarios públicos en la ejecución de un mandato resulta claramente inconstitucional, pues “los derechos (...) deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución”. Así pues, a través del cumplimiento de las obligaciones a cargo de los funcionarios públicos, se obtendrá la plena eficacia de los derechos fundamentales, pues al encontrarse sustentados en el respeto de los procedimientos

¹⁴ *Ibidem*, p. 18.

¹⁵ *Ibidem*, p. 20.

establecidos por ley, estos surtirán efectos sobre dichos derechos tanto en el marco formal como en el material”¹⁶.

1.6. Beneficiario

De igual forma, el beneficiario de tal reparación económica, es la persona natural o jurídica a favor de quien se emitió la sentencia constitucional que se ejecuta, la cual debe estar plenamente identificada, es decir que la titularidad como beneficiario debe conocerse de manera fehaciente.

1.7. Carácter vinculante de la sentencia N.º 011-16-SIS-CC

En atención a la competencia atribuida a la Corte Constitucional, en el artículo 436, numerales 1 y 6 de la Constitución de la República, efectuó la interpretación conforme y condicionada con efectos *erga omnes* del artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es de obligatorio cumplimiento y, en caso contrario, se estará a lo dispuesto en la Constitución de la República, la LOGJCC y el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional¹⁷.

1.8. Características del procedimiento:

El proceso de ejecución de reparación económica es un proceso sencillo, rápido y eficaz, atento a lo dispuesto en el artículo 86, numeral 2, literal b) de la Constitución de la República.

¹⁶ GÓMEZ SÁNCHEZ TORREALVA, Francisco. *Proceso de Cumplimiento*, Perú: Editora Jurídica GRIJLEY, 2008, p. 18.

¹⁷ Ver Sentencia N.º 011-16-SIS-CC, expedida por la Corte Constitucional dentro del caso N.º 0024-10-IS, número 8, parte resolutive.

2. Etapas del procedimiento de ejecución

Como hemos manifestado, el procedimiento instaurado por la Corte Constitucional es una herramienta útil y necesaria para garantizar la eficacia del derecho a la ejecución de las sentencias constitucionales, que era necesario para la unificación de procedimientos, ya que a la hora de ejecutar las sentencias constitucionales, los jueces contenciosos administrativos realizaban diversas interpretaciones a la norma contenida en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. La Corte Constitucional cumplió con su función de tutelar los derechos constitucionales de las personas, quienes se veían avocadas a un nuevo proceso de ejecución que en la mayoría de casos, resultaba más extenso que el propio proceso de garantías constitucionales, a través de una interpretación del artículo 19, que generó una serie de mecanismos para que sus fallos y los demás emitidos por los jueces constitucionales en materia de garantías jurisdiccionales se ejecuten, tales como:

1. Carácter vinculante y obligatorio de sus decisiones.
2. Establecimiento de un proceso de ejecución rápido, sencillo y eficaz.
3. Conferir a los jueces contencioso administrativos la facultad de emplear todos los medios que sean adecuados y pertinentes para que se ejecute la sentencia, pudiendo incluso disponer la intervención de la Policía Nacional.
4. La declaración de incumplimiento de una sentencia constitucional y la sanción que deriva de dicho incumplimiento, es exclusiva y excluyente de la Corte Constitucional.

5. El archivo del proceso de ejecución de reparación económica en sede contencioso administrativo corresponde a la Corte Constitucional exclusivamente.

En este sentido, el proceso tiene las siguientes fases:

2.1. Inicio

Corresponde al juez de instancia la remisión de la sentencia y del expediente respectivo al tribunal contencioso administrativo competente, en el término máximo de 10 días, a partir de la notificación de la sentencia constitucional ejecutoriada; para el efecto, la propia Corte señala los tribunales distritales de lo contencioso administrativo que existen en el país, con sus respectivas jurisdicciones¹⁸.

Resulta conveniente precisar que los jueces constitucionales además de declarar en la sentencia la vulneración de derechos constitucionales, deben ordenar la reparación integral, material e inmaterial y especificar claramente las obligaciones positivas y

¹⁸ Conforme consta en la sentencia N.º 011-16-SIS-CC, existen cinco distritos contencioso administrativos en el país, cada uno con competencia para conocer y resolver causas en determinadas circunscripciones territoriales, a saber: 1.-Tribunal Contencioso Administrativo N.º 1, con sede en Quito, jurisdicción en las provincias de Pichincha, Bolívar, Carchi, Chimborazo, Imbabura, Napa, Orellana, Pastaza, Santo Domingo de los Tsáchilas, Sucumbias y Tungurahua. 2. Tribunal Contencioso Administrativo N.º 2, con sede en Guayaquil, jurisdicción en las provincias de Guayas, Santa Elena, El Oro, Galápagos y Los Ríos. 3. Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N.º 3, con sede en Cuenca, jurisdicción en las provincias de Azuay, Cañar y Morona Santiago. 4. Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N.º 4, con sede en la ciudad de Portoviejo, jurisdicción en las provincias de Manabí y Esmeraldas. 5. Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N.º 5, con sede en la ciudad de Laja, jurisdicción en las provincias de Laja y Zamora Chinchipe, p. 17.

negativas a cargo del obligado de la decisión judicial, es decir, sea el Estado, o un particular, conforme lo señala el artículo 86, numeral 3 de la Constitución de la República. En este punto, se hace especial énfasis a que las “sentencias constitucionales deberían aparecer formal y materialmente, como un título ejecutivo jurisdiccional, de manera que su cumplimiento se efectuará de acuerdo con las normas procesales que rigen los procesos de ejecución. Eso indudablemente comporta, en segundo lugar, que las sentencias constitucionales, dentro de su especialidad, en relación con las emanadas de la jurisdicción ordinaria han de poseer unos contenidos materiales “ejecutables”, es decir, que determinen los contenidos mínimos, a partir de los cuales se podrá considerar satisfecha la garantía de reparación, dejando a la jurisdicción ordinaria la concreción definitiva de la misma...”¹⁹.

En caso de incumplimiento, la petición de inicio del proceso la puede realizar el particular, beneficiario de la sentencia constitucional, y/o el sujeto obligado, es decir el Estado o el particular en contra del cual se dispuso la medida de reparación económica, ante la unidad contencioso administrativa competente en razón de la jurisdicción.

Para el caso en que sea la propia Corte Constitucional que emita la sentencia, ésta remitirá el expediente constitucional y la sentencia a la jurisdicción contenciosa administrativa en el término máximo de 10 días, contados a partir de la fecha de notificación de la sentencia.

¹⁹ APARICIO PÉREZ, Miguel A. “La Ejecución de las Sentencias Constitucionales en el Ordenamiento Jurídico del Principado de Andorra”, en el *I Coloquio de Justicia Constitucional del Principado D’Andorra*, s/p, ver: <http://tribunalconstitucionalad/i-col%C2%B7loquidejust%C3%ADciaconstitucional-del-principat-dandorra>.

2.2. Sustanciación

2.2.1. Auto de avoco conocimiento y notificación a las partes procesales:

Una vez que ha solicitado el inicio del proceso de ejecución de reparación económica, sea por el juez de instancia, por la Corte Constitucional o por el sujeto obligado, el juez competente avocará conocimiento de la causa en el término de 5 días, mediante auto, el cual será notificado a las partes procesales, en las casillas judiciales o correos electrónicos señalados en el proceso de ejecución, o en los que consten en el proceso de garantías jurisdiccionales, del cual devino la sentencia constitucional²⁰.

En el auto de avoco conocimiento, se debe nombrar un perito, a fin de que realice el cálculo de la reparación económica, debiendo disponer la fecha de su posesión, el término para la presentación del informe pericial, la fijación de los honorarios profesionales y la persona obligada al pago de tales honorarios y se establecerá, además, un término, a fin de que las partes procesales presenten la documentación necesaria para la elaboración de la pericia, bajo apercibimiento de que el informe pericial se elaborará en atención a la información presentada por cualquiera de las partes²¹.

Ahora bien, en caso de que no conste el original del expediente constitucional, el tribunal contencioso administrativo avocará

²⁰ Ver Sentencia N.º 011-16-SIS-CC, expedida por la Corte Constitucional dentro del caso N.º 0024-10-IS, p. 20.

²¹ Ver Sentencia N.º 011-16-SIS-CC, expedida por la Corte Constitucional dentro del caso N.º 0024-10-IS, p. 20.

conocimiento de la causa y solicitará la remisión inmediata del expediente al juez de instancia, y posteriormente, se dispondrá el nombramiento del perito.

Cabe una precisión importante, no existe la posibilidad de apertura de un término de prueba, puesto que, conforme la Corte Constitucional lo ha señalado, no se trata de un proceso de conocimiento sino de ejecución, en el cual, por su naturaleza, no cabe prueba alguna sobre hechos que ya fueron declarados en sentencia; situación que además genera la extensión innecesaria del proceso de ejecución, que deber ser sencillo y rápido.

2.2.2. Informe pericial

El perito deberá remitir el informe pericial en el tiempo fijado para su presentación, bajo pena de tener por caducado su nombramiento en caso de incumplimiento, sobre la base de la documentación presentada por las partes procesales y la que obre del expediente constitucional.

Presentado el informe, el tribunal correrá traslado de éste a las partes procesales por un término máximo de tres días, con el objeto de que se pronuncien y presenten sus observaciones sobre el mismo.

Se podrá solicitar al perito las aclaraciones, ampliaciones y correcciones que estime pertinente el tribunal, concediéndole, para el efecto, un término prudencial, caso contrario el tribunal deberá resolver sobre la base del informe pericial.

En este punto, la Corte Constitucional fijó límites, y en el caso de informes periciales emitidos con anterioridad a la vigencia

del Código Orgánico General de Procesos, éstos pueden ser impugnados vía error esencial, incidente que debe ser tramitado con base a los principios de celeridad, sencillez y eficacia. Para aquellos casos en que el informe pericial sea dispuesto después del 22 de mayo de 2016, fecha de entrada en vigencia del Código General de Procesos, no es admisible impugnación alguna, al no estar previsto el error esencial en dicho cuerpo normativo. Sin embargo, deja a salvo la posibilidad de que el juez pueda ordenar la práctica de un nuevo peritaje, que sirva de sustento para la resolución del proceso.

De esta forma, la Corte Constitucional trata de imponer límites en los puntos neurálgicos del proceso de ejecución, en los cuales se han presentado demoras en el despacho por la alegación de error esencial a los informes periciales, con el consecuente trámite que debe darse, y la posibilidad de nombrar nuevos peritos, convirtiéndose en una cadena sin fin, que en la práctica dilata la ejecución de la sentencia. Hoy en día serán admisibles máximo dos peritajes.

Igualmente, el juez debe considerar los siguientes aspectos al momento de determinar el monto de reparación económica:

1. La retención ilegítima de recursos económico sufrida por la persona beneficiaria, en razón de lo cual se deberán considerar los intereses sobre la base del valor del dinero en el tiempo;
2. El cambio de moneda adoptado en el Ecuador en el año 2000, mediante el cual se sustituyó el “sucre” como moneda de curso legal y se adoptó el “dólar de los Estados Unidos de América”;

3. El costo de la vida en los diferentes períodos, es decir, el correspondiente a los años en que se retuvieron los recursos económicos de la persona beneficiaria deben ser considerados en valor presente, siendo necesaria la realización de un cálculo actuarial, que de ninguna manera se traduce en la simple liquidación con base a lo dispuesto en la Ley para la Transformación Económica del Ecuador²².

Si bien el trámite parece sencillo, todavía existe la posibilidad de que el perito designado no se poseione y que deba nombrarse uno nuevo y transcurran, de esta forma, un número incierto de peritos que obren de igual forma; o que, eventualmente, una vez posesionado, no cumpla con la remisión del peritaje en el tiempo otorgado, eventualidad que podría darse en el proceso de ejecución²³.

2. 3. Resolución

Una vez que se cuente con el informe pericial, el cual fue puesto en conocimiento de las partes procesales, y con sus observaciones, el juez debe emitir su resolución, debidamente motivada, mediante auto resolutorio.

²² Ver Sentencia N.º 011-16-SIS-CC, expedida por la Corte Constitucional dentro del caso N.º 0024-10-IS, pp. 22 y 23.

²³ Deberá observarse en el proceso de ejecución el Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, pedido mediante Resolución No. 040-2014, el 10 de marzo de 2014, por el Pleno del Consejo de la Judicatura, reglamento que, conforme su artículo 1, regula el funcionamiento y administración del sistema pericial integral, en relación a la calificación, designación, obligaciones, evaluación, capacitación, régimen disciplinario y cualquier otro aspecto de los peritos que participen en los procesos judiciales que se lleven a cabo en la Función Judicial.

En este punto, la Corte Constitucional ha manifestado que no se trata de una sentencia, sino de un “auto resolutorio” en el cual se decide sobre la reparación económica, determinándose claramente el monto, que debe ser cancelado por el sujeto obligado, y la forma, tiempo y condiciones de pago. Así, la Corte señaló:

La Corte Constitucional es enfática en señalar que el proceso de determinación económica, como parte de la reparación integral, no es un nuevo proceso, sino tan solo un procedimiento de ejecución, razón por la cual la determinación de vulneración de derecho y la respectiva reparación integral constarán en sentencia o auto definitivo, de ahí que en el proceso de determinación económica no se puede nuevamente dictar una sentencia, pues lo que corresponde es un auto resolutorio en el que se cuantifica la determinación dispuesta en la decisión constitucional principal²⁴.

Concordamos con lo señalado por la Corte Constitucional al expresar la pertinencia de dictar un auto resolutorio y no una sentencia, que se justifica en la medida en que no se trata de un proceso de conocimiento, donde no se resuelve sobre la pertinencia o no de la reparación económica o vulneración alguna de derecho constitucional, sino se limita a cuantificar el monto que ya fue materia de una sentencia constitucional, en la cual el juez constitucional resolvió los términos de dicha reparación, los sujetos beneficiarios y aquellos obligados al pago.

²⁴ Ver Sentencia N.º 011-16-SIS-CC, expedida por la Corte Constitucional dentro del caso N.º 0024-10-IS, p. 22.

No cabe la interposición de recurso alguno, sin embargo, se prevé la posibilidad de que el particular se ponga en conocimiento de la Corte Constitucional, cuando las partes procesales consideren que el auto resolutivo es vulneratorio de derechos constitucionales, a través de la interposición de una acción extraordinaria de protección, cuando el auto resolutivo provenga de un proceso constitucional; en el cual no intervino la Corte Constitucional o con un escrito dentro del proceso constitucional, cuando quien ordenó la reparación económica fue la propia Corte Constitucional dentro del término de 20 días.

2. 4. Ejecución

Es la parte más importante del proceso, cuyo fin es que el auto resolutorio se ejecute íntegramente y se materialice el derecho a la tutela judicial efectiva, en su garantía del derecho a la ejecución de las sentencias; para el efecto, todavía no se ha logrado desentrañar la fórmula que posibilite tal cometido, dejando abierta la posibilidad a los jueces de adoptar los medios que sean adecuados y pertinentes²⁵, conforme dispone el artículo 21 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En este sentido, la doctrina concuerda que “uno de los terrenos convulsionados que se presentan en los procesos constitucionales, a diferencia de los procesos ordinarios donde es consustancial el cumplimiento de las obligaciones patrimoniales, es verificar cómo se ejecutan obligaciones patrimoniales que dimanar

²⁵ Ver Sentencia N.º 011-16-SIS-CC, expedida por la Corte Constitucional dentro del caso N.º 0024-10-IS, p. 23.

del fallo constitucional y que impone a los emplazados con la demanda típicas sentencias de condena”²⁶.

Así, el auto resolutivo tiene que ser cumplido de forma inmediata y, siendo más precisos, en los términos que establezca el Tribunal, pero de manera rápida y expedita, estableciéndose una doble carga; una al sujeto obligado de cumplir con lo resuelto y otra al juez la responsabilidad de hacer cumplir la sentencia en forma íntegra y eficaz. Adicionalmente, en esta etapa se exige al juez un mayor activismo, puesto que por la naturaleza del proceso constitucional se torna indispensable un impulso de oficio, a efectos de garantizar la vigencia de los derechos constitucionales.

En caso de no lograr la ejecución del auto resolutivo, el tribunal debe informar a la Corte Constitucional el incumplimiento en que incurrió el obligado al pago, para que éste órgano de control arbitre las medidas que estime pertinentes, conforme lo prevén los artículos 86, numeral 4 y 436, numeral 9 de la Constitución de la República. Según la Corte Constitucional, no es posible que existan extralimitaciones de las competencias de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo en este tipo de procesos, puesto que el único orgánico competente para sancionar el incumplimiento de sentencias en materia de garantías jurisdiccionales es la Corte. Así, sobre el particular, ha concluido que:

De esta manera, la declaración de incumplimiento
de una sentencia emitida en garantías

²⁶ GARCÍA BELAUNDE, Domingo, y ETO CRUZ, Gerardo. “Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Perú”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid: 2008, p. 285.

jurisdiccionales es de competencia exclusiva y excluyente de la Corte Constitucional, así como la sanción que deriva de dicho incumplimiento que, de conformidad con el artículo 86, numeral 4 de la Constitución de la República, comporta la destitución de las servidoras o servidores públicos que no han ejecutado lo ordenado²⁷.

El proceso finalizará una vez que el auto emitido se hubiere ejecutado integralmente, pero el tribunal contencioso administrativo deberá poner en conocimiento del juez que emitió la medida de reparación económica sobre el particular, para que sea esta autoridad quien ordene el archivo respectivo.

Conclusiones

El fallo N.º 011-16-SIS-CC, expedido dentro del caso N.º 0024-10-IS por la Corte Constitucional resulta trascendente debido a la interpretación que realizó del artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a propósito de un caso en el cual se dispuso la reparación económica, sentencia que marcó un camino de cambio y evolución constitucional en nuestro país. Era evidente los múltiples problemas que se estaban generando por el incumplimiento de las sentencias constitucionales, desde la vigencia de la Constitución, y el diagnóstico generado en este campo no era nada alentador. La Corte Constitucional, a nuestro juicio, consciente de que esta

²⁷ Ver Sentencia N.º 011-16-SIS-CC, expedida por la Corte Constitucional dentro del caso N.º 0024-10-IS, p. 25.

realidad no podía continuar y dando una verdadera dimensión a los hechos, adoptó las medidas correctivas que el caso ameritaba, en un punto específico, y al no ser viable una reforma legislativa, optó por la vía jurisprudencial; mediante una sentencia vinculante, y en uso de sus facultades, procedió a interpretar con efectos *erga omnes* el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, unificando de esta forma el procedimiento de ejecución, en sede contencioso administrativa.

Con ello, no consideramos que el problema está resuelto, puesto que la ejecución en sede contencioso administrativa es una parte importante en el cumplimiento de las sentencias constitucionales, pero no constituye el todo, ya que recordemos que se trata únicamente de una reparación económica, cuando el obligado a hacer el pago es el Estado. Por ello, consideramos que es necesario ir más allá y crear herramientas o mecanismos que permitan la ejecución de las sentencias constitucionales, como la implementación de un sistema efectivo de control del cumplimiento de sentencias constitucionales, que recoja todas las aristas de reparación material e inmaterial, con normas claras y sanciones disciplinarias a quienes no acaten las resoluciones judiciales, con lo cual se contará con cifras reales respecto al cumplimiento de los fallos, acrecentará la cifra de resoluciones cumplidas y de aquellas cumplidas voluntariamente y disminuirá ostensiblemente el número de actos lesivos a los derechos constitucionales de las personas.

En su conjunto, la sentencia comentada es un aporte significativo, debido a que la creación de normas procesales vía jurisprudencial, además de encontrarse plenamente justificada en el ordenamiento jurídico, es una ineludible obligación de la

Corte Constitucional, que debía acatarla, con el fin de reglar el cumplimiento de las sentencias constitucionales, pero dentro de un marco de justicia y respeto de los derechos constitucionales, sin atropellar las garantías constitucionales de las personas afectadas. Creemos, sin embargo, que el tema de fondo es un problema de orden institucional y estructural del Estado, más que un asunto de carácter procesal, que en el camino deberá ser resuelto vía reforma legislativa, incluyendo presupuestariamente los recursos económicos necesarios para el pago de los montos, que por reparación económica está obligado el Estado.

En resumen, la postura de los tribunales distritales contencioso administrativos del país en este tema ha sido prudente y consiente, del reto que asumió, el de, -en calidad de jueces constitucionales- ejecutar las sentencias constitucionales dictadas proceso de garantías jurisdiccionales aplicando el proceso de ejecución de reparación económica, en defensa y respeto de los derechos constitucionales, bajo las directrices emanadas por el máximo órgano de control constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús. “Puntos Críticos en la Ejecución de las Sentencias de Amparo”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Tomo V: Juez y Sentencia Constitucional, Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos. *La Ejecución de la Sentencia en el Proceso Contencioso Administrativo*, Ciudad de México: Editorial NOVUM, 2011.
- CRUZ QUIROZ, Osmar Armando, “Los Efectos Generales en las Sentencias Constitucionales”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Tomo V: Juez y Sentencia Constitucional, Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, y ETO CRUZ, Gerardo. “Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Perú”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid: 2008.
- GÓMEZ SÁNCHEZ TORREALVA Francisco. *Proceso de Cumplimiento*, Perú: Editora Jurídica GRIJLEY, 2008.
- HUTCHINSON, Tomás. “La Sentencia en los Juicios Administrativos, Efectos y Ejecución”, en *Revista de*

Derecho Público, Buenos Aires: RUBINZAL-CULZONI Editores, 2004.

RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*. Ciudad de México: Editorial NOVUM, 2011.

RODRÍGUEZ CAMPOS, Ismael. *Las sentencias, su ejecución y la responsabilidad en los juicios de amparo*, 2.^a edición, Ciudad de México: Editorial TRILLAS, 2009.

PALOMAR OLMEDA, Alberto, et al. “Ejecución de Sentencias y Disposiciones Comunes”, Tomo IV: *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2008.

PARDO IRANZO, Virginia. *La Ejecución de Sentencias por obligaciones de hacer y de no hacer*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.

URIBE TERÁN, Daniel. “Cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales”, en *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo II, Quito: Corte Constitucional para el período de transición del Ecuador, (CEDEC), 2011.

VELASTEGUÍ AYALA, Ximena. “Efectividad de las Sentencias Constitucionales de Acción de Protección y su Mecanismo de Cumplimiento”, en *Revista de Derecho Constitucional UMBRAL*. Quito: N.º 3, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2013.

Páginas web:

APARICIO PÉREZ, Miguel A., “La Ejecución de las Sentencias Constitucionales en el Ordenamiento Jurídico del Principado de Andorra”, en el I Coloquio de Justicia Constitucional del Principado D’Andorra, Ver: <http://tribunalconstitucional.ad/i-col%2%B7loqui-de-just%C3%ADcia-constitucional-del-principat-dandorra>.

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *El Nuevo Recurso de Agravio Constitucional a favor del cumplimiento de sus sentencias*.

Normas Internas:

- Constitución de la República del Ecuador
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Sentencias constitucionales:

- Sentencia N.º 011-16-SIS-CC, expedida por la Corte Constitucional dentro del caso N.º 0024-10-IS.
- Sentencia N.º 004-13-SAN-CC, expedida por la Corte Constitucional en la causa N.º 0015-10-AN, publicada en la Gaceta Constitucional N.º 003, de 21 de junio de 2013.

AUTORES PARA ESTE NÚMERO

MIGUEL ANGEL ANGULO, Abogado por la Universidad Central del Ecuador, Especialista en crimen organizado, corrupción y terrorismo por la Universidad de Salamanca, Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, Investigador del CEDPAL, Universidad de Göttingen y del Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal y Ciencias Criminológicas, abogado en libre ejercicio.

Telf. 0994020757

migue_51190@hotmail.com

MANUEL ATIENZA, Abogado, catedrático de filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante y director de la revista Doxa. Ha publicado varios libros sobre argumentación. Ha sido profesor en la Universidad Autónoma de Madrid y la Universidad de Valencia, así como de la Academia Europea de Teoría del Derecho. Ha sido profesor visitante en numerosas universidades, entre las que se destacan la Universidad de Buenos Aires, en Argentina y las universidades de Harvard y Cornell, en los Estados Unidos de América.

Telfs. (00) (34) 965909373 y (00) (34) 965909448

argumentación@ua.es

YUDITH LÓPEZ SORIA, Abogada, Máster en Derecho Penal, Profesora de la Cátedra de Derecho Penal en la Universidad Regional Autónoma de los Andes, UNIANDÉS.

Telfs. 0981054171, 03-2826892

yudithlopezsoria@hotmail.com

XIMENA VELASTEGUÍ AYALA, Doctora en Jurisprudencia y Abogada por la Universidad Central del Ecuador, Magister en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar, Actualmente Jueza del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito.

Telf. 0992527284

alegriavelastegui24@hotmail.com.

JOHANNA ROMERO LARCO, Abogada por la Universidad de Cuenca, Máster en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar, candidata a Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, profesora de la Universidad del Azuay.

Telf. 0979277028

jhoannamelyna@hotmail.com.

**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 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*.
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 figuras, estas se deberán entregar numeradas.

- 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 apearse 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.