

CAP JURÍDICA CENTRAL

REVISTA DE LA ACADEMIA
DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA
Y
DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

DICIEMBRE, 2019

CAP JURÍDICA CENTRAL

ISSN: 2550 - 6595

Año 3, N.º 5 julio - diciembre de 2019 - Quito-Ecuador - SEMESTRAL

Revista de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha y de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador

CAP JURÍDICA CENTRAL 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.

Esta revista debe citarse así:

CAP JURÍDICA CENTRAL. N.º 5, Quito, Colegio de Abogados de Pichincha y Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, julio-diciembre 2019.

Los artículos publicados en original en esta revista serán de propiedad exclusiva de ésta.

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.

- La revista se sujeta a las normas emitidas por el COMMITTEE ON PUBLICATION ETHICS - CODE OF CONDUCT IN BEST PRACTICES GUIDELINES FOR JOURNALS EDITORS (COPE).
 - La revista CAP Jurídica Central somete a los artículos originales recibidos al sistema antiplagio URKUND.
 - Los artículos emitidos por los autores son enviados a pares revisores externos, bajo el sistema de BLIND PEER REVIEW.
 - La instancia final responsable de la edición es la coordinación de la revista
 - El procedimiento de selección de los artículos se encuentra detallado en la sección *Instrucciones para los autores*.
-
- La revista CAP Jurídica Central se encuentra publicada, además, en medio digital (ISSN: 2600 - 6014), en los siguientes portales:
<https://www.publicacionesjurisprudenciauce.com.ec/>
<http://revistadigital.uce.edu.ec/>

COMITÉ EDITORIAL

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

Entidades editoras:

Colegio de Abogados de Pichincha
Vicente Piedrahíta N15-134 (e4-62) y Av. 6 de Diciembre, Quito - Ecuador
Código postal 170403; Correo electrónico: revistacap_juridica2.1@hotmail.com

Universidad Central del Ecuador
Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales
Av. Universitaria s/n, Quito - Ecuador, Código postal 170129
Correos electrónicos: decanato.fjcps@uce.edu.ec subdecanato.fjcps@uce.edu.ec

Para suscripciones y/o cualquier comunicación, dirigirse a:

Revista CAP Jurídica Central
Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales
Universidad Central del Ecuador, Quito - Ecuador
Correos electrónicos: decanato.fjcps@uce.edu.ec subdecanato.fjcps@uce.edu.ec

Codirectores de la revista:

Angélica Porras Velasco y Mauricio Enrique Pacheco

Coordinadora y responsable científica:

Eliana Alba Zurita

Edición de textos y diagramación:

Cristina Pólit García - Carlos Ortega Mora

Colaboración:

Andrea Yessenia Morales Lloré - Iris del Belén Franco López
Universidad Central del Ecuador

Impresión:

Imprenta Voluntad

**MIEMBROS DE LA ACADEMIA
DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA**

INÉS BALDEÓN BARRIGA
RENÉ BEDÓN GARZÓN
ALFREDO CORRAL PONCE
CÉSAR MONTAÑO GALARZA (Tesorero)
VÍCTOR GRANDA AGUILAR
ALÍ LOZADA PRADO
LENÍN NAVARRO MORENO (Secretario)
LUIS PARRAGUEZ RUIZ
ALEJANDRO PONCE MARTÍNEZ
ANGÉLICA PORRAS VELASCO
HERNÁN RIVADENEIRA JÁTIVA (Presidente)
ISABEL ROBALINO BOLLE
FARITH SIMON CAMPAÑA
JULIO CÉSAR TRUJILLO (†)

AUTORIDADES
DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

FERNANDO SEMPÉRTEGUI ONTANEDA
RECTOR

VICERRECTORES:

MARÍA AUGUSTA ESPÍN ESTÉVEZ
VICERRECTORA ACADÉMICA Y DE POSTGRADO

MARÍA MERCEDES GAVILÁNEZ ENDARA
VICERRECTORA DE INVESTIGACIÓN, DOCTORADOS E INNOVACIÓN

MARCO ARROYO POSSO ZUMÁRRAGA
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO

EDWIN PATRICIO SÁNCHEZ PADILLA
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

RAMIRO J. GARCÍA FALCONÍ
SUBDECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CÉSAR ROSENDO MUÑOZ PAZMIÑO
DIRECTOR DE LA CARRERA DE DERECHO

ÍNDICE GENERAL

- El femicidio como delito y falso instrumento de prevención.
Lectura: histórica, sociojurídica y política
DIEGO GERMÁN BENAVIDEZ NARVAEZ 15
- Análisis económico de las modalidades atípicas del empleo:
una mirada al contrato eventual de trabajo en el mercado de
servicios
JOSÉ ANTONIO BURNEO 65
- ¿Quiénes son los verdaderos formalistas en la teoría de la
decisión judicial?
JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO 97
- La incidencia de los medios de comunicación en la presunción
de inocencia
NADYA GARCÍA YÉPEZ 141
- Revisiones procesales para un *compliance* basado en el modelo
de responsabilidad penal en el Ecuador
MAURICIO ENRIQUE PACHECO 181
- Money Laundering, Cyber Crime and Criminal Responsibility
of Legal Persons
MIGUEL ABEL SOUTO 231
- Instrucciones para los autores 281
- Política de derechos de autor 287
- Responsabilidades de las personas revisoras externas 289
- Código de conducta y mejores prácticas para editores 293
- Políticas de ética y detección de plagio 313
- Políticas de preservación digital 315

EL FEMICIDIO COMO DELITO Y FALSO INSTRUMENTO DE PREVENCIÓN:
LECTURA HISTÓRICA, SOCIOJURÍDICA Y POLÍTICA

**EL FEMICIDIO COMO DELITO Y FALSO INSTRUMENTO DE
PREVENCIÓN: LECTURA HISTÓRICA, SOCIO JURÍDICA Y POLÍTICA¹**

DIEGO GERMÁN BENAVIDEZ NARVÁEZ²
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, QUITO - ECUADOR

RESUMEN:

La tipificación del femicidio no ha reducido la muerte de mujeres, como tampoco ha permitido evidenciar qué mecanismos penales, tales como la prevención específica y general, sean eficaces. A esto se suma que de un tiempo acá, el sistema jurídico ecuatoriano se encuentra imbuido por un populismo penal creciente, el cual sostiene que la creación de nuevos delitos y el endurecimiento de penas son las mejores herramientas para tratar un problema tan complejo como lo es la violencia contra la mujer; las estadísticas así lo demuestran: el número de casos de femicidio en el Ecuador han ido en aumento desde su tipificación, lo cual hace evidente que su inclusión, como delito en el campo penal, ha sido una cortina de humo, que disfraza y oculta una total falacia, tanto jurídica, como estadística que termina perjudicando justamente a quienes se busca defender: LAS MUJERES.

¹ Artículo recibido el 4 de noviembre de 2019 y aprobado el 28 de noviembre de 2019

² Abogado de los tribunales y juzgados de la República del Ecuador
ORCID: 0000-0003-0450-0822

PALABRAS CLAVE:

Femicidio/feminicidio, prevención general, Derecho penal del enemigo, falacias jurídicas

ABSTRACT:

The definition of femicide has not reduced the death of women, nor has it allowed evidence that criminal mechanisms, such as general prevention, are effective. To this, is added the conjunctural moment that the Ecuadorian legal system has been going through for several years: criminal populism is growing and it argues that the creation of new crimes and the hardening of sentences are the best tools to address such a complex and structural problem, as is violence against women. Statistics show that, the number of cases of femicide in Ecuador has been increasing since its classification, which makes it clear that its inclusion as a crime in the criminal field has been a smoke screen, that disguises and conceals a total fallacy, both legally and statistically, that ends up harming precisely those who seek to defend: WOMEN.

KEYWORDS:

Femicide, general prevention, criminal right of the enemy, legal falacies

INTRODUCCIÓN:

En muchas ocasiones es más fácil ignorar un problema, antes que analizarlo, tratarlo y luego resolverlo, circunstancia que se agrava aún más, si dicho problema se deriva de un conflicto social, que tiene una base netamente estructural como es la violencia intrafamiliar, y si a esto se le añade una aparente solución-respuesta, originada desde el ámbito penal, se tiene literalmente un producto convertido en tipo penal, denominado en el Ecuador como femicidio.

Si bien es cierto que en la sociedad ecuatoriana la violencia contra la mujer es un tema real y lo más alarmante es que éste va en aumento, sin embargo, la alternativa que se ha propuesto, desde el actual feminismo como respuesta para tratarlo, no ha sido la mejor o, a su vez, no ha sido la más eficiente.

El tipificar el femicidio como delito, hasta el momento, no ha reducido la muerte de mujeres, ni tampoco ha permitido evidenciar que mecanismos penales, tales como la prevención específica y la prevención general, estén funcionando como se esperaba.

Por otro lado, los medios de comunicación e, incluso, aunque suene un poco atrevido, desde el mismo Estado, se proyecta constantemente la idea de que la creación de nuevos delitos es la mejor herramienta para la construcción de una sociedad más segura; supuesto que al parecer, choca frontalmente con la realidad y que quizá no va más allá de ser una oferta venida desde un populismo penal creciente.

Dicho populismo utiliza al poder punitivo como una respuesta reaccionaria para abordar el problema y se convierte, además, en

un atajo, que le permite al Estado evitarse el engorroso y lento trabajo de enfocarse en opciones prácticas, reales y eficaces que permitan la disminución de la violencia no solamente contra las mujeres, sino contra todos en general.

Al respecto, es importante resaltar que en el delito de femicidio, en muchos de los casos se genera un efecto *espejo de violencia* entre agresor y víctima, puesto que las estadísticas reflejan un porcentaje considerable de casos en el que el hombre-agresor, luego de cometer el asesinato, éste decide también acabar con su vida, circunstancia que hace muy peculiar a este delito.

Por otra parte, en varios países centroamericanos y también del Cono Sur, actualmente existen leyes específicas en contra del femicidio, mientras que en otros países, por ejemplo, el Ecuador, se ha colocado al femicidio como un tipo penal específico, dentro de la norma sustantiva penal; sin embargo, desde la doctrina jurídica y crítica, la creación y tipificación de dicho delito se lo ha llegado a relacionar íntimamente con el Derecho penal del enemigo, puesto que quizás a quien se busca sancionar no es a un sujeto activo de la infracción en general, sino que existe implícita una cualificación dirigida y exclusiva hacia el hombre.

Finalmente, es importante resaltar que luego de más de cinco años de haber entrado en vigencia el COIP y, por ende, empezar a sancionar este delito en el país, poco o casi nada esto ha ayudado a prevenirlo. Si bien es cierto que cada año se ha judicializado y sancionado a muchos hombres y de manera exclusiva como autores de femicidio, lamentablemente, las muertes de mujeres han seguido incrementándose de manera progresiva estos últimos años.

La génesis del término *femicidio*

En su historia se encuentran palabras utilizadas desde la antigüedad para denominar la muerte de mujeres, entre ellas, se han registrado feminicidio, femigenocidio, ginocidio o generocidio.

DIANA RUSSELL es la autora mayormente reconocida por ser quien utiliza y divulga el término inglés «*femicide*»; sin embargo, ella reconoce que no es su creadora, ya que anteriormente habría sido ya utilizado, e incluso menciona, en una de sus investigaciones, que la idea de expresar la muerte referida exclusivamente de mujeres, mediante la utilización de una palabra, se remonta al siglo XIX, precisamente al año 1801, en la obra: *A Satirical View of London at the Commencement of the Nineteenth Century*³.

DIANA RUSSELL y JANE CAPUTI ponen en conocimiento al mundo entero el término *femicide* en el artículo *Speaking the Unspeakable*, publicado originalmente en la *Revista Ms.*, en el año 1990, en donde se lo define como: *el asesinato de mujeres realizado por hombres, motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de las mujeres*⁴.

En publicaciones posteriores, RUSSELL agrega al concepto de *femicide*, a más de la descripción del asesinato de mujeres por hombres, incluye como particularidad el hecho de ser mujeres, esto en lugar de continuar con lo que sostenía CAPUTI, quien se centraba particularmente en la cuestión del odio. Ésta es la definición que se ha mantenido hasta ahora.

³ RUSSELL, D. 2001, p. 13.

⁴ *Ídem.* 1990, pp. 34-37.

RUSSELL, en su libro *Preface*, desarrolla posteriormente el concepto de *femicide*, manifestando que: *Es el asesinato de mujeres por el hecho de ser mujeres, siempre y cuando ese asesinato sea cometido por hombres*⁵. Asimismo, CAPUTI junto con RUSSELL, en esta misma obra, lo describen así: *La forma más extrema de terrorismo sexista, motivado por el odio, el desprecio, el placer o el sentimiento de propiedad hacia las mujeres*⁶.

Al llamarlo *femicide*, consideran estas autoras que se está levantando el velo de los términos neutrales (*nongendered terms*) como el homicidio o el asesinato⁷.

Posteriormente, RUSSELL nuevamente lo redefine, pero ya no con el acompañamiento de CAPUTI, sino ahora lo realiza con otra feminista, llamada JILL RADFORD, definiéndolo como *el asesinato misógino de mujeres cometido por hombres*⁸.

Las dos autoras, creadoras de la obra *The Politics of Woman Killing*, clasifican y distinguen varias formas de violencia de género que padecen las mujeres, la cual desemboca, según su criterio, en lo que ellas denominan un *terrorismo sexual creciente*. Además, en su libro señalan varias categorías de violencia, entre las cuales el *femicide* se puede dar, indicando que éste representa el extremo de un *continuum* de terror anti-femenino, que incluye una amplia variedad de abusos verbales y físicos, tales como: violación, tortura, esclavitud sexual -particularmente por prostitución-, abuso sexual infantil incestuoso o extra-familiar,

⁵ RUSSELL, D. 1992, p. 14.

⁶ *Ibíd.* p. 15.

⁷ *Ibíd.*

⁸ RADFORD, J., y RUSSELL, D. 1992.

golpizas físicas y emocionales, acoso sexual -por teléfono, en las calles, en la oficina y en el aula-, mutilación⁹.

Es así que en razón de todo lo anteriormente expuesto, se puede mencionar que, si bien es cierto que el término *femicide*, propuesto originalmente por RUSSELL, ha venido cambiando y de algún modo se podría decir ha *evolucionado*, sin embargo y desde sus orígenes, se hace evidente la disyunción extrema, entre la víctima-mujer y el victimario-hombre, teniendo siempre como vínculo de disyunción, entre estos dos sujetos, el aparente odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad existente en el hombre hacia la mujer, a tal punto que serían precisamente estos sentimientos, el motor y los factores que incitan a él para que acabe con la vida de ella.

En el mismo sentido, no se puede desconocer la influencia que desde la génesis del *femicide* hasta ahora ha tenido la frase *por el hecho de ser mujer*, a tal punto que actualmente es un cliché feminista y mediático, sin embargo, desde lo gramatical, lo semántico y lo literal e incluso de acuerdo a como se encuentra tipificado hoy en el COIP, en el ámbito jurídico penal, resulta extremadamente complicado el atreverse a concebir una definición, en estricto sentido, de lo que dicha frase significa, dato importante y a tomar en cuenta *a posteriori*, puesto que en el campo penal, las interpretaciones están absolutamente prohibidas y atentan al principio rector de este campo como es el principio de legalidad.

⁹ RADFORD, J. y RUSSELL, D. 1992.

El concepto de *femicide* en América Latina

El *femicide* como término de origen inglés y, por ende, derivado de la cultura anglosajona ha traído para Centro y Sudamérica una gran particularidad, la cual desemboca en el momento de su traducción, puesto que varias autoras feministas mayormente centroamericanas lo traducen y lo definen como *femicidio*; otras, en cambio, defienden que su correcta traducción es *feminicidio*; mientras que hay un grupo que sostiene que tanto la primera como la segunda traducción son conceptos, que existen de manera independiente, pero que se encuentran interrelacionados de manera causalista dentro del tema.

Es así que en México, uno de los países del denominado *triángulo norte* o *corredor de la muerte* han sido dos las escritoras y activistas, que han puesto sobre la mesa la muerte de mujeres en Ciudad Juárez, frontera norte de dicho país.

La primera de ellas es la antropóloga, política y feminista MARCELA LAGARDE, quien sigue la línea teórica de DIANA RUSSELL, por lo tanto, acepta la definición propuesta por ella, respecto a que el *femicide* es el asesinato misógino de mujeres exclusivamente por hombres; LAGARDE le añade la característica de impunidad estatal, existente, a su criterio, en la investigación y sanción de la muerte de mujeres, en manos de bandas delincuenciales, dedicadas al narcotráfico y a la trata de personas. En el mismo sentido y a su criterio, la traducción correcta del término *femicide* debería ser: *Feminicidio porque en Castellano femicidio es una voz homóloga a homicidio y sólo significa asesinato de mujeres*¹⁰.

¹⁰ Disponible en la siguiente página web: <http://www.mujiresenred>.

En el pensamiento de LAGARDE, ella concibe al feminicidio como un concepto específico, por lo que en su paso por el Congreso mexicano como diputada, propuso la creación de un tipo penal específico para su sanción, puesto que según ella: el feminicidio está caracterizado por dos dimensiones: se trata de un crimen de género, misógino, de odio hacia las mujeres, que goza de una gran tolerancia social; y el Estado juega un gran papel en su impunidad, lo cual constituiría una de sus principales características¹¹.

En efecto, y parafraseando a LAGARDE, es el Estado el que tiene responsabilidad en la prevención, tratamiento y protección de las mujeres ante la violencia de género y, por ende, debe garantizar la libertad y la vida de las mujeres.

Para ATENCIO, la ausencia de sanciones y de castigo a los asesinos coloca al Estado como responsable, por acción u omisión, del feminicidio y éste tiene que asumir su complicidad, o responsabilidad directa¹².

La segunda escritora mexicana y activista en el tema es la socióloga JULIA MONÁRREZ, quien ha aportado instrumentos de análisis, documentos y registros de diversos tipos de feminicidio: feminicidio íntimo, a su vez, subdividido en infantil y familiar; feminicidio sexual sistémico, subdividido en organizado y desorganizado; y, feminicidio por ocupaciones estigmatizadas, información enfocada a hacer evidente la impunidad estatal y la omisión de las autoridades frente al aumento del narcotráfico en Ciudad Juárez.

net/spip.php?article141. (última consulta el 1 de noviembre de 2019)

¹¹ DEVINEAU, J. 2012, p. 54.

¹² ATENCIO, G. 2011, p. 3.

Su principal aporte ha sido el haber *obtenido respuestas teóricas y prácticas sobre los crímenes de mujeres y niñas con la creación de la Base de Datos Femicidio 1993-2005*¹³.

Al respecto, es importante mencionar que con dicha base de datos se permitió diferenciar los feminicidios de los asesinatos de mujeres, puesto que tal como sostiene RUSSELL: *El género femenino de una víctima es irrelevante para el perpetrador. Por ejemplo, un varón armado que dispara y mata a los propietarios, hombre y mujer, de un supermercado en el transcurso de su crimen, no ha cometido un feminicidio*¹⁴.

Por otro lado, en Costa Rica, investigadoras sobre la violencia contra las mujeres, tales como MONTSERRAT SAGOT y ANA CARCEDO, al igual que toda una serie de activistas han preferido la utilización de la traducción y el concepto de femicidio para *adoptar* la elección inicial de RUSSEL y RADFORD¹⁵.

Es así que a ciencia cierta y hasta el día de hoy, no se tiene un común acuerdo de cuál es la correcta traducción del concepto *femicide* al Castellano, sin embargo, la mayor parte del movimiento feminista actual sostiene y defiende la existencia de una clara diferenciación entre *femicidio* y *feminicidio*.

Cabe indicar que se manifiesta que el *femicidio* es el término con el que mejor se describe todos aquellos asesinatos de mujeres, por parte de hombres, por razones de odio, placer o porque sienten algún tipo de propiedad sobre ellas, es decir, está cargado de un

¹³ MONÁRREZ, J. 2010.

¹⁴ RUSSEL, D. 2016, p. 33.

¹⁵ SAGOT, M., y CARCEDO, A. 2002.

proceso de violencia previa, que puede ser física, psicológica o sexual y que termina en asesinato, por tanto, siempre se da en las relaciones desiguales, entre hombres y mujeres, específicamente por razones de género¹⁶.

En el feminicidio, en cambio, se introduce la variable de impunidad detrás de los crímenes de *femicidio*, es decir, es la desprotección estatal hacia la mujer, por tanto, si el *femicidio* es un término que visibiliza el homicidio por razones de género, el feminicidio responsabiliza al Estado por ser quien favorece la impunidad de estos hechos.

El contexto social de Ciudad Juárez

No se conoce de manera cierta el número de mujeres que han sido asesinadas en Ciudad Juárez, en manos de los grupos, bandas, pandillas y cárteles, todos relacionados con el narcotráfico y su disputa por controlar la zona de frontera entre México y Estados Unidos; sin embargo, se estima que entre todas las mujeres víctimas, predominan factores sociales en común: casi todas pertenecen a una clase social baja y muchas de ellas trabajaban en las maquiladoras (empresas manufactureras mexicanas), conocidas por sus condiciones de precarización con mano de obra barata y explotación laboral.

Es indispensable, en este punto, resaltar que en locaciones como Ciudad Juárez, aún existe la diferenciación salarial entre hombres y mujeres, puesto que el estatus social femenino es inferior, razón por la que las empresas se aprovechan de ello y contratan

¹⁶ MULIER. "Feminismo", 22 de noviembre de 2018. Disponible en la siguiente página web: www.youtube.com.

a mujeres trabajadoras, con la finalidad de pagarles un salario mucho más bajo¹⁷.

Dicha diferenciación laboral y salarial habría conseguido que la mano de obra femenina sea mayormente requerida para ser contratada y explotada, haciendo indirectamente que las oportunidades de empleo para los hombres en esa localidad se vuelvan escasas, trayendo quizá consigo un cambio coyuntural en la dinámica social y, posiblemente, creando una nueva causa de conflicto entre los sexos.

*Muchos creen que los feminicidios de Juárez son crímenes organizados, y tal vez el retroceso patriarcal en los nuevos roles de género fue el punto de inflexión*¹⁸.

La condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado mexicano

Es de vital importancia abordar el caso popularmente conocido como *Campo Algodonero*, por cuanto se trata de una sentencia histórica, de 167 hojas, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en la cual se condena por primera vez al Estado mexicano por su acción, omisión y falta de diligencia en las investigaciones relacionadas, tanto en la desaparición de tres mujeres mexicanas, como en su posterior muerte; quizás lo más importante de dicha sentencia es que se la puede considerar como la génesis jurisprudencial y base para el posterior desarrollo del

¹⁷ “Feminicidios en Ciudad Juárez”, *Revista Muy Interesante*. edición digital. (última consulta el 2 de noviembre de 2019).

¹⁸ “Feminicidios en Ciudad Juárez”, *Revista Muy Interesante*. edición digital. (última consulta el 2 de noviembre de 2019)

tema de feminicidios (como se lo denomina en México) a nivel internacional.

El caso de *Campo Algodonero* suscitó en Ciudad Juárez, lugar donde, como se menciona anteriormente, predomina el narcotráfico, la migración ilegal, la trata de personas y, sobretodo, la delincuencia organizada. Es así que desde la década de los noventa, ha existido un incremento de asesinatos de mujeres, motivados por una cultura de discriminación en su contra; reflejada en un patrón de violencia sistemática, puesto que las víctimas desaparecen, sin rastro alguno o, a su vez, cuando sus cadáveres son encontrados, se evidencian signos de tortura y violencia sexual, previa al arrojamiento de los cuerpos en el desierto o en lugares públicos.

Campo Algodonero hace referencia a la desaparición y posterior muerte de dos adolescentes y una mujer adulta, las tres de nacionalidad mexicana:

- 1) Laura Ramos, de 17 años de edad, de ocupación estudiante, quien desapareció el 22 de septiembre de 2001;
- 2) Esmeralda Herrera, de 15 años de edad, de ocupación empleada doméstica, desaparecida el lunes 29 de octubre de 2001; y,
- 3) Claudia Gonzáles, de 20 años de edad, trabajadora de una empresa maquiladora, quien desapareció el 10 de octubre de 2001.

Frente a su desaparición, sus familiares presentaron las respectivas denuncias ante las autoridades correspondientes. Sin

embargo, dichas autoridades no realizaron mayor esfuerzo en las investigaciones, limitándose únicamente a elaborar carteles, un registro de su desaparición y dentro del expediente a tomar versiones y a delegar la investigación a la policía judicial mexicana.

Posteriormente, casi un mes después, el 6 de noviembre de 2001 se encontraron los cuerpos de Claudia, Esmeralda y Laura, con signos de violencia sexual y con claros indicios de que previamente a su muerte, estuvieron privadas de su libertad.

Ante esta lamentable situación, los familiares de las víctimas insistieron a las autoridades para que se investigue y se sancione a los responsables. Sin embargo, aquéllo no sucedió. Por este motivo, los familiares se vieron obligados a recurrir a instancias internacionales, puesto que la justicia mexicana hizo casi nada por tales casos, tanto en la desaparición, como en la muerte de las tres mujeres.

Los abogados de los familiares presentaron ante la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos la petición de que se declare al Estado mexicano, responsable de la violación de los derechos consagrados en los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales), 19 (derechos del niño) y 25 (protección judicial), en relación con los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar las disposiciones del Derecho interno) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará.

Los familiares solicitaron, además, que se declare al Estado, responsable por la violación de los artículos 7 y 11 de la Convención

Americana, todos ellos en relación con los artículos 1.1 y 2 de ésta, así como el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, en conexión con los artículos 8 y 9 del mismo instrumento y la violación del artículo 5 de la Convención Americana en perjuicio de Claudia Gonzáles.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su análisis dentro de la sentencia emitida, examina varios aspectos y temas trascendentales, empezando por el importante reconocimiento de que los asesinatos de mujeres, suscitados en Ciudad Juárez, son el resultado de una cultura de discriminación presente en la localidad en contra de las mujeres y que, por lo tanto, las tres fueron víctimas de violencia en su contra, según lo establecido en la Convención de Belém do Pará y la Convención Americana, con la particularidad, a criterio de la Corte, que dichos delitos fueron cometidos por cuestiones de género dentro de la esfera social y violenta que se vive en Ciudad Juárez.

La Corte Interamericana reconoce que la justicia mexicana cometió varias irresponsabilidades e irregularidades, empezando desde el manejo de evidencias, la identificación y posterior entrega de los cadáveres de las víctimas, así como también en el retraso injustificado de las investigaciones. Asimismo, indica que en las investigaciones no se consideró el contexto de violencia contra la mujer, en el cual se produjeron las tres ejecuciones y quizá, lo más grave, manifiesta que dentro de la investigación, se construyó y se forjó autores para que estas personas sean los presuntos responsables del delito.

Además, la Corte Interamericana acusa a México de no acatar lo que disponen instrumentos internacionales, tales como la Convención Americana y la Convención Belém do Pará,

respecto a la implementación, por parte de los Estados de normas o medidas necesarias ante la desaparición de personas, e indica, igualmente, que no se evidencia que dicho Estado ha trabajado en la prevención, investigación y sanción en los casos de violencia contra la mujer.

En virtud de lo señalado, el Tribunal de la Corte Interamericana considera que, efectivamente se vulneró el derecho de los familiares al acceso a la justicia para que ésta sea eficaz y capaz de protegerlos, especialmente el derecho, tanto de la familia, como de la sociedad de conocer la verdad de lo acontecido. Indica, además, que con la omisiva investigación, se hizo evidente el incumplimiento, por parte del Estado, de la garantía hacia los derechos de la libertad, integridad personal y de la vida de las víctimas, vulnerando de esta manera los derechos de acceso a la justicia y protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de ésta y 7.b y 7.c de la Convención de Belém do Pará.

Pero quizá lo más trascendental de la sentencia, en el caso *Campo Algodonero*, es el abordaje que la Corte realiza, respecto al ESTEREOTIPO DE GÉNERO, indicando que éste es una *pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente*¹⁹; esta afirmación es dada como respuesta a que dentro de la investigación, se evidenció que las autoridades mexicanas, particularmente miembros de la policía judicial,

¹⁹ Véase CIDH. “Estereotipo de género”. Disponible en la siguiente página web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_205_esp.pdf. (última consulta el 3 de noviembre de 2019)

realizaron por varias ocasiones juicios de valor negativos en contra de las mujeres desaparecidas.

Ante lo cual, la Corte concluyó que la creación y el uso de estos estereotipos, se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, constituyéndose así en una manera de discriminación, por lo que con aquella actuación, el Estado mexicano vulneró el deber de no discriminación, contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana.

En razón de todo lo expuesto, el Tribunal de la CIDH considera que en el caso *Campo Algodonero*, el Estado mexicano, con su acción y omisión, vulneró derechos que se encuentran resguardados, tanto por la Convención Americana, como por la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de las víctimas y de sus familiares, siendo estos los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal, en relación con la obligación general de garantía. Asimismo, desacató la obligación de adoptar disposiciones de Derecho interno para el cumplimiento de los instrumentos internacionales.

México incumplió con su deber de investigar -y con ello su deber de garantizar- los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal de las víctimas junto con los derechos de acceso a la justicia y protección judicial, vulnerando, además, los derechos de los niños.

En perjuicio de los familiares de las tres mujeres, vulneró el derecho a la integridad personal, por los sufrimientos y hostigamientos, causados por parte de las autoridades.

Por lo expuesto y como mecanismo de reparación, el Tribunal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso que el Estado mexicano dé cumplimiento con lo siguiente:

1. *Investigar y sancionar el homicidio de las tres mujeres e incluir en dicha investigación una perspectiva de género; emprender líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual tomando en consideración los patrones de Ciudad Juárez.*
2. *Investigar y sancionar a los funcionarios acusados de irregularidades.*
3. *Publicar en varios medios escritos mexicanos de amplia circulación la sentencia, realizar además un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en honor a la memoria de Laura Monárrez, Esmeralda Monreal y Claudia González y levantar un monumento en memoria de las mujeres víctimas de homicidio por razones de género en Ciudad Juárez.*
4. *Estandarizar protocolos, y demás instrumentos útiles para la investigación de todos los delitos que se relacionen con desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres, conforme a los estándares internacionales de búsqueda de personas desaparecidas, con base en una perspectiva de género.*
5. *Crear una página electrónica que contenga la información personal de todas las mujeres desaparecidas en Chihuahua desde 1993.*

6. *Capacitar a los funcionarios públicos mexicanos en programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos y género; perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género, y superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres dirigidos.*

7. *Indemnizar económicamente a los familiares demandantes de las tres víctimas y brindarles atención médica y psicológica.*

La tipificación bifurcada del femicidio/feminicidio en Latinoamérica

A raíz de lo suscitado en el caso *Campo Algodonero*, México decidió tomar la batuta y proponer la creación de un tipo penal en específico, que sancione la muerte de mujeres, sin embargo y paradójicamente, no fue el primer país en conseguir que se lo incluya como delito dentro de su legislación sustantiva penal.

Fue Costa Rica, quien en abril de 2007, mediante la *Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres*, se convirtió en el primer país, a nivel mundial, en tipificar el homicidio de mujeres como *femicidio*; año seguido, es decir, en mayo de 2008, Guatemala, mediante la creación de una ley especial, la *Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer* la incluyó en su legislación; lo mismo sucedió dos años después en El Salvador, mediante la *Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres*, creada en el 2010

y puesta en vigencia desde el 2012, sin embargo, en dicho país, se utilizó, particularmente la denominación de feminicidio; y, en Nicaragua, país donde, mediante la *Ley Especial Integral contra la Violencia hacia las Mujeres*, se lo tipificó como delito de *femicidio*.

En el caso de México, es importante mencionar que en la sentencia de *Campo Algodonero*, la Corte no sugirió que se tipificara este delito, no obstante, un año después, en el 2010, el Comité de Derechos Humanos habría de recomendar su tipificación²⁰. Fue en abril de 2012 cuando se lo incluyó y tipificó dentro del Código Penal Federal Mexicano, atravesando *coyuntural* y *coincidentalmente* con el momento electoral de las elecciones presidenciales, siendo uno de los proponentes, Enrique Peña Nieto, quien, posteriormente, fue el ganador de la contienda presidencial.

Mientras tanto, en los países del Cono Sur, Chile fue el primero que incorporó el delito de *femicidio* en su Código Penal y exactamente un año después, en diciembre de 2011, Perú decidió incluirlo como delito de feminicidio.

El *femicidio* en el Ecuador: línea de tiempo histórica-jurídica

En el Ecuador, en la década de los noventa, se implementó la *Ley Contra la Violencia de la Mujer y la Familia*, con la cual se comenzó a sancionar las agresiones suscitadas dentro del ámbito familiar. Posteriormente, en el año 2005, el Congreso Nacional, de ese entonces, realizó reformas al Código Penal, con la finalidad de mejorar y ampliar el abanico de delitos sexuales y su sanción,

²⁰ TOLEDO, P. 2013, p. 19.

mientras que en el año siguiente, se aprobó el Código de la Salud, con el objetivo de precautelar la salud sexual y reproductiva de las mujeres ecuatorianas.

A partir del año 2007, como política estatal se crearon instituciones públicas para que sean éstas las encargadas de la temática de violencia de género y, posteriormente, el tratamiento del femicidio. Entre esas instituciones, se encontraban el Consejo Nacional de Mujeres (CONAMU) y la Dirección Nacional de Género (DINAGE), siendo el primero el rector en políticas de género, mientras que la segunda, la encargada de coordinar y controlar las Comisarias de la Mujer y la Familia.

De igual manera, en el año 2007, se declaró como política de Estado la ejecución del *Plan para la Erradicación de la Violencia de Género*, mediante la expedición del Decreto Ejecutivo 620 de ese mismo año. Posteriormente en el año 2008, en la Constitución Política de la República del Ecuador se incluyó, en su artículo 66, la garantía de las personas para su desarrollo físico, sexual, respeto de integridad personal y, en general, al desarrollo de una vida libre de violencia, sea en el ámbito público o privado.

Este apartado del cuerpo legal dispuso, además, que sea el Estado el que garantice todas las medidas y mecanismos, tendientes a prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad²¹.

Con la base constitucional establecida, años más tarde el Estado ecuatoriano formuló el *Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017*,

²¹ REYES, C. 2018, p. 15.

dentro del cual, en el objetivo número 6 se hizo constar: *Consolidar la transformación de la justicia y fortalecer la seguridad integral en estricto respeto a los Derechos Humanos*²², marcando así las líneas de acción, ante diferentes problemáticas de ese entonces, que afectaban a la seguridad integral ciudadana y que iban desde la delincuencia común, organizada y transnacional, inseguridad vial, hasta violencia de género en todas sus formas y violencia contra niñas, niños y adolescentes.

Es importante mencionar que dentro de este plan, se marcó una diferencia sustancial en el tratamiento y el abordaje de la violencia de género como delito, distinguiéndose del resto de delitos, que se encuentran dentro de la delincuencia común.

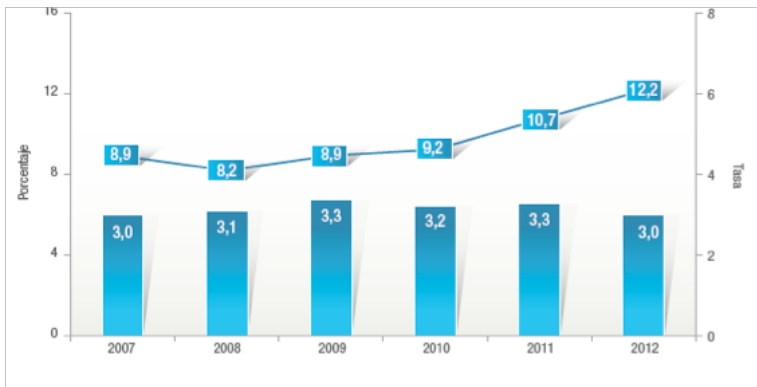
En el *Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017*, en la sección correspondiente a la temática de *La violencia de género en todas sus formas* se hizo constar información estadística, aportada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES), la Policía Nacional, el Ministerio del Interior del Ecuador y el Observatorio Hemisférico de Seguridad, con la cual aparentemente se justificaba en cifras y, de cierto modo, la necesidad de la creación y la tipificación del femicidio como delito.

En dicha información, se mencionaban datos importantes, tales como que en el año 2012, según la estadística presentada por SENPLADES, los homicidios a mujeres representaron el 12% del total de homicidios a nivel nacional, un 4% más que lo ocurrido en el año 2008; mientras que la tasa de homicidios de 3 mujeres

²² SECRETARÍA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN Y DESARROLLO (SENPLADES). *Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017*. 2013.

fallecidas por cada 100 mil habitantes en el Ecuador, no había manifestado reducciones importantes en los últimos años a diferencia de la tasa de homicidios en general²³.

Gráfico 1
Evolución del homicidio femenino en el Ecuador (2007-2012)



Fuente: Policía Nacional del Ecuador

Asimismo, se mencionó que en el año 2010, la Comisión de Transición hacia el Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Género mostró como resultados que del 100% de homicidios cometidos en contra de mujeres, el 93,8% fueron *femicidios* o existió la sospecha de haberlos sido y que, de ellos, el 66% fueron cometidos por parejas o ex parejas.

²³ SECRETARÍA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN Y DESARROLLO (SENPLADES). 2013, p. 10.

Esta misma cartera de Estado aseveraba, entonces que: *No se puede establecer el dato exacto respecto de femicidios, debido a la ausencia de una metodología única*²⁴.

Al respecto, Lita Martínez, integrante del Centro de Atención y Ayuda para la Mujer (CEPAM-Guayaquil), uno de los principales promotores de la tipificación del femicidio en el Ecuador como delito manifiesta que: *Tipificar al femicidio permite que pueda ser evidenciado y sancionado. No es otra cosa más que evidenciar las muertes que son palpables*²⁵.

Con este antecedente y posterior al asesinato de la quiteña Karina Del Pozo, la Asamblea Nacional del Ecuador y como una reacción a la presión mediática de las redes sociales, de colectivos y organizaciones de defensa de las mujeres, decidió poner a debate el tema del *femicidio* para su posterior tipificación e inclusión en el naciente Código Orgánico Integral Penal, el cual, en ese entonces, se encontraba en pleno trámite.

Es así que, incluso, el presidente del Consejo de la Judicatura, de ese entonces, a reglón seguido y como un aparente y gran aporte estatal para erradicar la violencia de género, mencionaba durante la conmemoración del *Día Internacional para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer*, realizada el 25 de noviembre de 2015, que: *Uno de los logros más importantes alcanzados en los últimos años es la tipificación del delito de femicidio en el*

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ BBC MUNDO. "Entrevista concedida a Lita Martínez", el 21 de octubre de 2019. Disponible en la siguiente página web: <http://www.bbc.com>.

*Código Orgánico Integral Penal (COIP)*²⁶. Por todo lo expuesto, a nivel de las esferas estatales e, incluso, para varios de los movimientos feministas y Organizaciones No Gubernamentales (ONGS), quienes dicen defender y buscar la protección de las mujeres y sus derechos, el gravísimo problema de la violencia de género (a la cual considero debería separársela y distinguírsela de la violencia intrafamiliar y contra la mujer) había sido resuelto que las mujeres dejarían de morir en manos de sus esposos o convivientes y, por lo tanto, el Derecho penal sería, con su drástica pena simbolizada en años, el instrumento ejemplificador de la sociedad.

Tipificación del delito de *femicidio* y las estadísticas de muerte de mujeres en el Ecuador

En el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano aparecieron varias novedades, entre las cuales se encontraba justamente la incorporación del *femicidio* en dicha normativa. Sin embargo y antes de que el *femicidio* llegara al país, la tendencia, como se mencionó anteriormente, comenzó en México, con la creación de la *Ley General de Acceso de las mujeres a una vida libre de violencia*, mientras que en Costa Rica, se originó la *Ley de Penalización de la violencia contra las mujeres* y en Guatemala apareció la *Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer*.

²⁶ Discurso del presidente del Consejo de la Judicatura en la conmemoración por el Día Internacional para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, de 25 de noviembre de 2015. Véase la siguiente página web: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/saladeprensa/noticias/item/2463-gustavo-jalkh-%E2%80%9C9Cerradicar-la-violencia-de-g%C3%A9nero-es-un-trabajo-de-todos%E2%80%9D.html>. (última consulta el 19 de octubre de 2019)

En El Salvador y Chile, en el 2010, aparecieron, respectivamente, la *Ley Especial Integral para una Vida libre de violencia para las mujeres*, la *Ley de modificación del Código Penal* y la *Ley 20.066 sobre Violencia intrafamiliar*, estableciendo el *femicidio*, aumentando las penas aplicables a este delito y reformando las normas sobre parricidio.

En Perú, en el 2011, se legisló la *Ley 29819*, la cual modifica el artículo 107 del Código Penal, incorporando el feminicidio, lo propio en Nicaragua, en el año 2012, con la creación de la *Ley Integral contra la Violencia hacia las mujeres y de reforma a la Ley 641*.

Finalmente, la tendencia llegó al Ecuador, donde justamente en el año 2012, se trataba en la palestra política y legislativa la creación de un nuevo Código penal, siendo inclusive en ese año en el que se producía en la Asamblea Nacional el primer debate del Código Orgánico Integral Penal; luego en el 2013, se produjo el segundo debate; y, el 28 de enero de 2014 se lo aprobó.

Pocos días después, el lunes, 10 de febrero de 2014, se publicó en el Registro Oficial N.º 180, este nuevo instrumento de la normativa penal ecuatoriana, el cual entraría en vigencia 180 días posteriores a su publicación en el mencionado Registro, es decir, su aplicabilidad en el campo penal y procesal ecuatoriano sería a partir del 10 de agosto de 2014.

Es a partir de esta fecha que se tienen datos oficiales de las muertes de mujeres en el Ecuador, siendo así que en el año 2018, el INEC publicó el texto denominado *Atlas de Género*, en el cual se incluyen varios datos estadísticos oficiales, entre los que se encuentran los casos de *femicidio* en el mencionado país, suscitados desde agosto de 2014 hasta diciembre de 2017.

En dicho documento se detalla el número de femicidios presentes en cada provincia y a nivel nacional, información importante que se encuentra tabulada de la siguiente manera:

Tabla 1. Femicidios en el Ecuador

PROVINCIA	2014	2015	2016	2017
Azuay	0	2	3	9
Bolívar	0	0	1	2
Cañar	0	1	2	1
Carchi	0	0	0	0
Cotopaxi	1	0	0	6
Chimborazo	1	3	0	4
El Oro	1	3	4	5
Esmeraldas	1	2	1	6
Guayas	4	7	14	15
Imbabura	1	1	4	1
Loja	0	2	4	2
Los Ríos	1	2	3	8
Manabí	2	7	6	11
Morona Santiago	0	0	0	0
Napo	0	1	0	0
Pastaza	1	0	0	0
Pichincha	5	13	17	24
Tungurahua	3	3	2	4
Zamora Chinchipe	0	0	0	1
Galápagos	0	0	0	0

PROVINCIA	2014	2015	2016	2017
Sucumbíos	1	2	2	3
Orellana	0	3	1	3
Santo Domingo de los Tsáchilas	4	2	4	1
Santa Elena	1	1	1	3
TOTAL	27	55	69	109

Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC)

De la información proporcionada por el INEC (2018) y proyectada en un gráfico estadístico como en el que se encuentra a continuación, se hacen evidentes datos importantes, útiles y prácticos, que permiten realizar las siguientes representaciones gráficas:

Gráfico 2. Femicidios en el Ecuador detallados por año



Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC)

La mayor cantidad de muertes de mujeres ecuatorianas durante los años 2014, 2015, 2016 y 2017 se han producido en una provincia de la Sierra y dos provincias de la Costa, siendo Pichincha, con 59 casos, la provincia con el mayor número de femicidios en los cuatro años analizados, seguido por Guayas, con 40 casos, y muy por debajo Manabí, con 26 casos.

Gráfico 3. Femicidios en el Ecuador detallados por provincia



Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC)

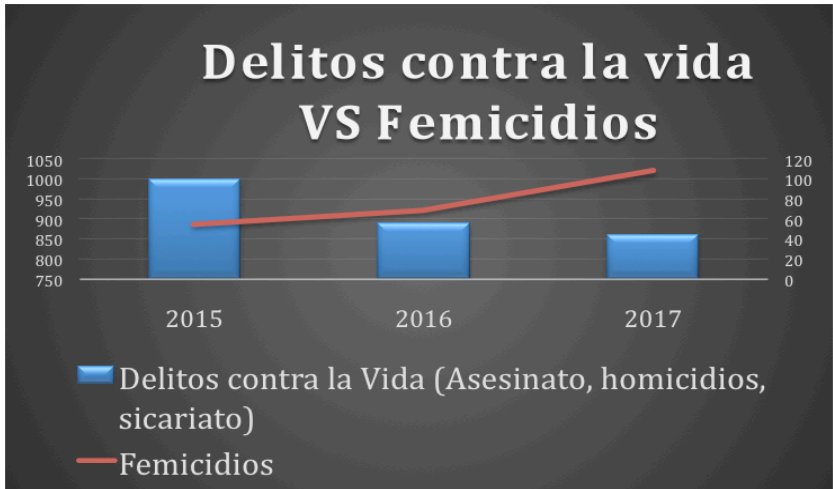
Similar situación se evidencia, si los femicidios son clasificados y representados por regiones como se observa en el siguiente gráfico, la región interandina es la que mayor número de muertes femeninas presenta, con 133 casos en los cuatro años, la Costa le sigue, con 109 casos, muy por debajo la Región Amazónica, con 18, mientras que en la Región Insular, no se produjeron muertes por el delito de *femicidio* en los años analizados.

Gráfico 4. Femicidios en el Ecuador detallados por región

Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC)

Como se ha mencionado anteriormente, la información proporcionada por el INEC, en el 2018, a través de su texto, denominado *Atlas de Género*, permite precisamente confirmar que la tipificación de delitos como herramienta de prevención, de manera general dentro de una sociedad, no siempre se cumple, ni tampoco es eficaz, ni efectiva.

Gráfico 5. Delitos contra la vida vs. Femicidios



Fuente: Fiscalía General del Estado

Con lo expuesto en el gráfico y sus datos, se hace evidente una situación criminológica particular, puesto que mientras la totalidad de los delitos contra la vida, entre los que se encuentran comprendidos: asesinatos, homicidios y sicariato, disminuyen de manera paulatina en los 3 años posteriores al COIP, el femicidio, por su parte, ha ido en aumento.

Tabla 2. Delitos contra la vida y femicidios en los años 2015 al 2017

	Delitos contra la vida (asesinato, homicidio y sicariato)	Femicidio
2015	1000	55
2016	890	69
2017	861	108

Fuente: Fiscalía General del Estado

Los datos expuestos, tanto en la tabla, como en el gráfico ponen en tela de duda una de las falacias jurídicas, criminológicas y feministas, con las que se ha pretendido justificar la tipificación del *femicidio*, en la cual se menciona que creando delitos, específicamente, que sancionen la muerte de las mujeres, su vida estará protegida y la violencia intrafamiliar y/o contra la mujer se reduciría.

En similar sentido, dicha información hace tambalear también a otra de las falacias jurídico feministas, la misma que al estilo *cortina de humo*, manifiesta que la tipificación del *femicidio* responde a obligaciones adquiridas por el Estado ecuatoriano, al ser éste suscriptor de instrumentos internacionales como la Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, o mejor conocida como la *Convención de Belém do Pará*, la cual en su artículo número 7 al hablar de los deberes que tienen los Estados para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, tienen que adoptar varios de los siguientes mecanismos:

- b. Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;*
- c. Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;*
- d. Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner*

en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

- f. Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;*
- g. Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.*

Como se puede observar en los principales literales transcritos de la *Convención de Belém do Pará*, todos son medios que se enfocan precisamente en prevenir la violencia contra la mujer y, sobretudo, evitar que se llegue al mayor acto de violencia en su contra como es el que ella pierda su vida. Sin embargo, al relacionarlos con la realidad particular que se presenta en los delitos de *femicidio*, algo no coincide.

Es así que podría realizarse un breve análisis, indicando, por ejemplo, que el literal b) refiere principalmente a la debida diligencia que debe existir en el trámite. Por otro lado, por más grandes esfuerzos que realice el gobierno de turno para agilizar y *modernizar* al aparataje judicial, el sistema penal siempre será lento, engorroso, letárgico e incluso, en ocasiones, hasta poco efectivo en la respuesta que éste otorgue no solo a las víctimas de violencia, sino a las víctimas en general.

Al literal c) se lo podría entender como aplicado de manera parcial en el país, puesto que se ha incluido en la normativa penal un nuevo

delito llamado *femicidio*, de ahí que tenga el resultado deseado, como se ha mencionando anteriormente, es bastante cuestionable.

Los literales d) y f) se refieren, exclusivamente, a las medidas de protección para la mujer, víctima de violencia, las cuales efectivamente constan en el articulado del COIP y que van desde la emisión de boletas de auxilio, hasta la salida del agresor del domicilio, entre otras; lo cuestionable es que éstas muchas veces quedan cortas, frente a la situación de violencia que atraviesa la víctima, puesto que en la mayoría de los casos en los que las mujeres han fallecido, se les ha encontrado en su poder dichas boletas emitidas con anterioridad, indicio lamentable que muestra, claramente, que la respuesta penal, judicial, policial y estatal, en general, no es la más efectiva frente a tal problemática.

Y, finalmente, el literal g), el cual se enfoca hacia la reparación integral de la víctima, quien ha sufrido violencia. No obstante, si se sobreentiende, como sucede en la práctica judicial en el Ecuador, al femicidio como el último peldaño en la escalera de violencia, la reparación sería algo ya fuera de lugar, pues, parafraseando a ZAFFARONI, de nada sirve el femicidio como delito, si la vida de la mujer ya se encuentra acabada.

La tipificación del delito de *femicidio* en el Código Orgánico Integral Penal como mecanismo de prevención

El discurso de las autoridades en el Ecuador del 2014 y 2015, encabezado en ese entonces por José Serrano, en su calidad de Ministro del Interior y Policía y Gustavo Jalkh, presidente del Consejo de la Judicatura, se vanagloriaba como una gran conquista, en su aparente lucha contra la violencia de género,

la tipificación del delito de *femicidio* y el efecto que éste tendría como mecanismo de prevención social.

Incluso Serrano quiso ir más allá de su rol político y tomó curiosamente un papel activo y protagónico en el conocido *Caso Sharon* al manifestar, mediante su cuenta de Twitter, su descontento con la sentencia de 2 años de pena privativa de libertad, que recibía por homicidio culposo, Geovanny López, ex conviviente de la cantante, por lo cual solicitó por esa misma red social al Consejo de la Judicatura, presidido por Jalkh, se tomen las medidas disciplinarias correspondientes con los jueces que emitieron dicha sentencia.

El desenlace del caso ya es conocido públicamente: los jueces destituidos y Geovanny López, sentenciado increíblemente por segunda vez y por el delito de femicidio.

En relación a este caso, años más tarde, es decir, en abril del 2019, Víctor Rivadeneira, ex asesor de José Serrano, presentó una denuncia en contra de su ex jefe, por el presunto delito de tráfico de influencias justamente dentro del *Caso Sharon*, ya que, según Rivadeneira: *Serrano y Jalkh se valieron de sus posiciones de poder para conseguir una condena por femicidio, por cuanto el afán de la sentencia fue marcar un precedente, imponiendo la primera sentencia por femicidio, delito recién tipificado en el Código Orgánico Integral Penal*²⁷.

Es justamente ese *precedente ejemplificador* como paradigma lo que se quería conseguir, con la judicialización de los casos de

²⁷ *Diario El Telégrafo*. "Entrevista a Víctor Rivadeneira", versión digital, 17 de abril de 2019.

femicidio en el Ecuador, o lo que la doctrina reconoce con el nombre de la prevención general de la pena.

En el artículo 52 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano se incluyó como la finalidad de la pena, literalmente, la *prevención general para la comisión de delitos*, así como también en dicho artículo se hace referencia a la pena entendida como reparación del derecho de la víctima y al desarrollo -aunque sea utópico- de las capacidades y los derechos de los sentenciados.

El Legislador, en el artículo citado, hizo constar las 3 teorías doctrinarias de la pena: la teoría de la retribución, la teoría de la prevención específica y la teoría de la prevención general, siendo esta última la que mayormente se relaciona con el tema del femicidio.

La teoría de la prevención general fue creada por el alemán PAUL JOHANN ANSELM V. FEUERBACH, quien actualmente es considerado como el fundador de la ciencia moderna del Derecho penal de su país.

Para la teoría de la prevención general, la pena debe actuar no especialmente sobre el condenado -como ocurre en la teoría de la prevención especial-, sino que debe de actuar sobre la comunidad en su conjunto. Es decir, sostiene que el advertir o amenazar a la comunidad en general, sobre las consecuencias de hacer o dejar de hacer determinada acción, que se encuentra conminada con sanción (penal), debe propiciar la conciencia social en la comunidad de que al transgredir dicha conminación, se estará inmerso en la persecución y posterior represión del Estado, a través del ejercicio del *iuspuniendi*²⁸.

²⁸ GÓMEZ. 2016, p. 162,

Además, la doctrina determina que la prevención general tiene que cumplir con 3 finalidades:

- 1) El aprendizaje, mediante la sensibilización pedagógica que el Legislador realiza, a través de la tipificación de los delitos;
- 2) El ejercicio confiable del Derecho, que se materializa, mediante la actividad propia del Derecho penal; y,
- 3) La pacificación como efecto cuando la conciencia social y jurídica se tranquiliza, esto como consecuencia de la sanción que recibe el agresor de la norma penal y la solución del conflicto Estado-persona procesada.

Por lo tanto, se puede concluir, en términos esenciales, que la prevención general lo que pretende es prevenir la futura comisión de conductas punibles, es decir, delitos; sin embargo, la distancia entre este postulado teórico y la realidad práctica ecuatoriana es abismal.

Es más, la tipificación no solo del femicidio, sino de varios delitos, con justificación en este fin, así como también el aumento en la gravedad de la pena no han servido como mecanismo de prevención y, por ende, no se ha consolidado como una herramienta eficaz, ni tampoco como ese anhelado *precedente ejemplificador*.

Derecho penal del enemigo en el Código Orgánico Integral Penal

El Derecho penal del enemigo fue un concepto propuesto por el profesor alemán GÜNTHER JAKOBS, en la década de los años ochenta, sin embargo y en ese entonces, sus postulados no tuvieron mayor acogida, incluso ni siquiera por parte de sus propios colegas, puesto que a varios de ellos, su propuesta teórica les pareció demasiado extrema al punto que se comentó que aquel Derecho penal, terminaba deshumanizando totalmente al adversario y convirtiéndolo en el *diferente*.

Es a partir del año 2001, que se produce un segundo auge, sin embargo ahora con una aparente justificación: el atentado al Wall Street Center, en Estados Unidos de América, suscitado el 11 de septiembre del 2001, hecho con el cual se promulgó su reaparición, ya que varios penalistas se sintieron incitados y tentados para que el concepto vuelva a la palestra del campo del Derecho penal.

Y, en efecto, volvió actualmente, con la singularidad que esta doctrina podía ser enfocada en varios temas/problemas sociales, caracterizándose por las siguientes particularidades:

- a) Se construye un Otro a quien reprochar la violencia y sobre quien se estructuran criterios de peligrosidad; y,*
- b) Se excepciona su régimen jurídico de persona, al negársele algunas de las garantías judiciales, tanto en la fase sustantivo-penal (más agravantes abstractas y delitos sin estricta legalidad), como en la procedimental (juicios rápidos y sin contradicción) y*

*las penitenciarias (no indultos o amnistías y vigilancia punitiva ex post condena)*²⁹.

Por lo tanto, el Derecho penal del enemigo ve al sujeto no como persona, sino como una fuente de peligro -como si fuera un animal peligroso- como un otro y/o un sujeto diferente, sospechoso y, por ende, con un pronóstico negativo de difícil y casi imposible reinserción social; razones por las que incluso se llega a justificar las restricciones o limitaciones de derechos fundamentales.

Este tipo de Derecho penal se contrapone al Derecho penal del ciudadano, puesto que este último, sanciona al sujeto por ser él quien comete el delito, sin prestar mayor atención al antecedente o pronóstico futuro del infractor, pero, sobre todo, es importante resaltar que el Derecho penal del ciudadano, funciona apegado al sistema garantista, que tanto protege la Constitución del Ecuador.

Sin embargo, en el Código Orgánico Integral Penal y en consideración a todo lo arriba mencionado, uno de aquellos enemigos al parecer es el sujeto activo del artículo 141, en el que se encuentra tipificado el femicidio, puesto que incluso se lo podría llegar a ver como un delito dirigido indirecta y exclusivamente al hombre, en calidad de enemigo.

Las instancias internacionales también han sido tentadas por el Derecho penal del enemigo, tal como se puede evidenciar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos *Almonacid vs. Chile* o *La Cantuta vs. Perú*; casos en los cuales se llegó a *excepcionar incluso principios como el non*

²⁹ JAKOBS, G. 2006, pp. 93-116.

bis in ídem, *la irretroactividad de la ley penal* in bonam partem del procesado o el plazo razonable³⁰, todo esto con la aparente justificación y finalidad de llegar a conseguir una sentencia.

Las falacias jurídicas feministas: mentiras que perjudican a quien dicen defender

El reproche en contra de la violencia no debe estar enmarcado por particularidades como género, etnia, religión y nacionalidad por lo que éste tiene que ser absoluto y no hallarse centralizado o reducido a una sola causa o a una mala llamada *lucha de género*, la cual a pesar de que en el Ecuador ha conseguido aparentes *logros legales*, tales como la tipificación del delito de *femicidio* y el aumento de la punibilidad de la violencia de género; estos mencionados *logros*, lamentablemente, lo que han conseguido es empeorar precisamente la situación de quien, como movimiento, dicen defender: las mujeres.

El *femicidio* como delito y, por ende, como un instrumento penal, en sus más de 5 años de vigencia, no ha conseguido generar el resultado y la eficacia pretendida en la reducción de muertes, puesto que si en el 2014 lamentablemente murieron 27 mujeres, en el año 2017 esa cifra llegó a casi cuadruplicarse, llegando a 97 el número de víctimas fatales³¹.

Similar situación sucede con el agravamiento en la punibilidad de la violencia contra la mujer, puesto que si bien es cierto la pena de la infracción contravencional en el 2014 era menor, dentro del campo procesal su trámite y, por tanto, su respuesta

³⁰ MALARINO, E. 2010, pp. 45-48.

³¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS (INEC). 2018, p. 361.

estatal al ser una contravención, era mucho más ágil y rápida con las extinguidas *Comisariás de la Mujer*, e incluso vale la pena resaltar, también, que el acceso al sistema judicial para las usuarias, era mucho más fácil y sencillo.

Por lo tanto, algunas figuras legales de aparente avanzada y vanguardistas, entre ellas, obviamente el *femicidio* y el incremento punitivo terminan siendo falacias jurídicas, que generan el efecto contrario para lo que se dijeron fueron creadas y, por consiguiente, terminan siendo instrumentos utilizados y serviles de un creciente y coyuntural populismo penal.

Por otro lado, hasta el momento y a pesar de que han existido en la sociedad ecuatoriana varios delitos cometidos en contra de mujeres precisamente por otras mujeres, siendo las perpetradoras sus mismas familiares directas, como, por ejemplo, hijas y hermanas, el hecho no ha llegado a ser considerado como delito de *femicidio*, por lo que cabrá entonces hacer la pregunta: ¿si acaso el delito de *femicidio* fue creado para exclusivamente sancionar al sujeto activo cualificado como hombre-agresor?

Al respecto, no se puede dejar de mencionar que desde su tipificación, únicamente como sujeto activo en la comisión del delito de *femicidio* han sido sancionados hombres y que en el año 2018, en 8 de 64 casos reportados, desde enero hasta el 2 de octubre del mismo año, *el femicida se suicidó y existen 89 menores en situación de orfandad*³², datos sobre los cuales ni el movimiento feminista, ni el Estado se han preocupado.

³² COMISIÓN ECUATORIANA DE DERECHOS HUMANOS (CEDHU). 2018.

Finalmente, y de manera sucinta, hay que señalar que la construcción del *femicidio* como delito e instrumento de castigo en el Ecuador deviene de la corriente feminista de la tercera ola y una derivación de ésta, el feminismo punitivo, el cual busca, en la particularidad del género, el castigo al hombre a veces, incluso ,yendo más allá del hecho de que, si existan o no pruebas.

Quizás por ello es que con la tipificación del *femicidio* en el país, no se ha logrado incidir en la reducción de muertes a mujeres, e incluso en varios de los casos que han sido tramitados por este delito, el procedimiento penal o adolece de vicios o las pruebas son insuficientes para inculpar a los presuntos responsables, sin embargo y a pesar de ello, estos continúan cumpliendo su condena.

BIBLIOGRAFÍA

- ATENCIO, G. “Feminicidio-Femicidio: Un paradigma para el análisis de la Violencia de Género”, 2011. Disponible en la siguiente página web: http://femicidio.net/sites/default/files/seccion_femicidio_paper_02.pdf. (última consulta el 1 de noviembre de 2019)
- BBC MUNDO. “Entrevista concedida a Lita Martínez”, 21 de octubre de 2019. Disponible en la siguiente página web: <http://www.bbc.com>.
- CEDHU. “64 mujeres fueron asesinadas en Ecuador desde enero a octubre del 2018”, 2018. Disponible en la siguiente página web: <http://www.cedhu.org/noticias/13-noticias-cedhu/42-64-mujeres-fueron-asesinadas-en-ecuador-desde-enero-a-octubre-del-2018>. (última consulta el 3 de noviembre de 2019)
- CIDH. “Estereotipo de género”. Disponible en la siguiente página web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf. (última consulta el 3 de noviembre de 2019)
- DEVINEAU, J. “Autour du concept de fémicide/féminicide: entretiens avec Marcela Lagarde et Montserrat Sagot”, *Problèmes d'Amérique Latine*. Francia, 2012.

DIARIO EL TELÉGRAFO. “Ex asesor de José Serrano denuncia tráfico de influencias en caso Sharon”, 17 de abril de 2019. Disponible en la siguiente página web: <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/exasesor-joseserrano-denuncia-trafficodeinfluencias-sharon>. (última consulta el 2 de noviembre de 2019)

_____. “Entrevista a Víctor Rivadeneira”, 17 de abril de 2019. (versión digital)

DIRECCIÓN NACIONAL DE COMUNICACIÓN DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA. “*Gustavo Jalkh: Erradicar la violencia de género es un trabajo de todos (con versión Kichwa)*”, miércoles, 25 de noviembre de 2015. Disponible en la siguiente página web: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/saladeprensa/noticias/item/2463-gustavo-jalkh-%E2%80%9Cerradicar-la-violencia-de-g%C3%A9nero-es-un-trabajo-de-todos%E2%80%9D.html>. (última consulta el 1 de noviembre de 2019)

FAO. “Femicidios en Ciudad Juárez”. Disponible en la siguiente página web: <http://www.muyinteresante.es/crimen/articulo/feminicidios-en-ciudad-juarez-931521801477>. (última consulta el 3 de noviembre de 2019)

JAKOBS, G. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad”, Cancio Meliá, y Gómez-Jara (eds.). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Montevideo, B de F, 2006.

LAGARDE, M. “Feminicidio, el último peldaño de la agresión”. Disponible en la siguiente página web: <http://www>.

mujeresenred.net/spip.php?article141. (última consulta el 23 de septiembre de 2019)

MALARINO, E. “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung y Georg August Universität Göttingen, 2010.

MONÁRREZ, J. “Las diversas representaciones del feminicidio y los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez, 1993- 2005”, *Violencia contra las mujeres e inseguridad ciudadana en Ciudad Juárez*. Ciudad de México, El Colegio de la Frontera Norte y Miguel Ángel Porrúa Editores, 2010.

_____. *Violencia infligida contra la pareja y feminicidio*. vol. II. Ciudad de México, El Colegio de la Frontera Norte y Miguel Ángel Porrúa Editores, 2010.

MULIER. “Feminismo”, canal de YouTube. 2018. Disponible en la siguiente página web: <https://www.youtube.com/watch?v=-7mFqtJYaQU>. (última consulta el 23 de septiembre de 2019)

RADFORD, J., y Russell, D. *Femicide: The Politics of Woman Killing*. Nueva York, Twayne, 1992.

REYES, C. “Femicidio e investigación policial. El enfoque de género como imperativo para evitar la impunidad.

Análisis del año 2015”. Trabajo de titulación para obtener la Maestría de Investigación en Seguridad y Defensa. Quito, Facultad Latinoamericana de Comunicación Social, 2018.

RUSSELL, D. “Preface”, RUSSELL, D. (ed.). *The Politics of Woman Killing*. New York, Russell D., 1992.

_____. *Defining Femicide and Related Concepts*. New York, Athene Series, Teachers College Press, 2001.

SAGOT, M., y Carcedo, A. *Femicidio en Costa Rica: 1990-1999*. San José, Instituto Nacional de las Mujeres, 2002.

SENPLADES (Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo). 1.ª edición. Quito, 2013.

TOLEDO, P. “Límites y dificultades en la implementación de las recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos sobre la tipificación del feminicidio en México: Primeras leyes y sentencias”. *Género, Sexualidades y Derechos Humanos*. N.º 2, 2013.

VALLE, C. *Atlas de género*. Quito, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), 2018.

ZAFFARONI, E. “El discurso feminista y el poder punitivo”. *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*. Birgin, Haydée (comp.). Buenos Aires, Editorial Biblós, 2000.

ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS MODALIDADES ATÍPICAS
DEL EMPLEO: UNA MIRADA AL CONTRATO EVENTUAL
DE TRABAJO EN EL MERCADO DE SERVICIOS

**ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS MODALIDADES ATÍPICAS DEL
EMPLEO: UNA MIRADA AL CONTRATO EVENTUAL
DE TRABAJO EN EL MERCADO DE SERVICIOS¹**

JOSÉ ANTONIO BURNEO²

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR, QUITO - ECUADOR

RESUMEN:

El mundo del trabajo ha cambiado de forma radical, se ha dejado de lado la producción masiva manufacturera por un mercado de servicios. La legislación laboral no se puede quedar atrás ante esos cambios y tiene que emprender modificaciones, que permitan a los actores laborales lograr mejores prestaciones con la celebración de figuras contractuales eficientes. Los contratos de trabajo eventuales, bajo la modalidad atípica de empleo, son el medio por el cual los empleadores han decidido arrimarse para poder seguir innovando y emprendiendo; si son obligados a utilizar formas de trabajo, que no sean acordes a los modelos de negocios novedosos, simplemente se convertirán en desincentivos de la producción, lo cual repercutirá en el sistema económico general de la sociedad y la falta de oferta de plazas de trabajo.

PALABRAS CLAVE:

Empleo atípico, producción, eficiencia, mercado.

¹ Artículo recibido el 23 de octubre de 2019 y aprobado el 24 de noviembre de 2019

² Profesor de Derecho mercantil - Facultad de Jurisprudencia, de la Universidad Central del Ecuador. ORCID: 0000-0002-5267-3894

ABSTRACT:

The world of work has changed radically, mass manufacturing production has been put aside by a service market. Labor legislation can not be left behind in the face of these changes, and has to undertake modifications that allow labor actors to achieve better benefits with the celebration of efficient contractual figures. The employment contracts under the atypical modality of employment are the means by which the employers have decided to get closer to be able to continue innovating and undertaking; if they are forced to use forms of work that are not in line with novel business models, they will simply disincentive production, which will have an impact on the general economic system of society and the lack of job offers.

KEY WORDS:

Atypical employment, production, efficiency, market.

Introducción

El contrato eventual de trabajo es una modalidad atípica de empleo, que permite al empleador beneficiarse de la prestación de un trabajador por un plazo determinado y bajo condiciones en las cuales no se incurra en gastos ineficientes. Por otro lado, el trabajador puede utilizar este tipo de trabajo para capacitarse y promocionarse hacia un mercado laboral, entendiéndose que éste cada vez es más competitivo y que la pertenencia permanente a un mismo empleador, de forma prolongada, puede que no se adapte a la carrera profesional que el trabajador planifica. El ideal del Estado no debe ser eliminar este tipo de trabajo, sino buscar medios para que -en lo posible- se logre el ideal del trabajo digno.

En este estudio se pretende hacer un análisis sobre diferentes temas, relacionados con el contrato de trabajo atípico y su trascendencia económica. Inicialmente, con el examen de la subordinación como ingrediente fundamental del trabajo asalariado, elemento que determina la participación o no del Derecho del trabajo. Por otro lado, serán estudiados brevemente la correlación existente, entre el mercado laboral y la desigualdad, desde un punto de vista jurídico y cómo el manejo desproporcionado de instituciones jurídicas erróneas tiene consecuencias negativas en el sistema económico.

Además, serán abarcados los aspectos sobresalientes del institucionalismo laboral, presentando críticas, respecto de los medios contractuales que más favorecen al desarrollo empresarial, con el objetivo de buscar un justo medio entre contratos de trabajo eficientes y el respeto de los derechos fundamentales del trabajador. De forma correlativa, se mencionarán los principales

beneficios de la utilización de contratos de modalidad atípica de empleo como medio de creación de ventajas competitivas, presentando críticas a las obligaciones estatales en este tipo de contrataciones, los cuales no responden a la realidad socio-económica actual del mercado de servicios, principalmente con respecto al contrato eventual de trabajo en la legislación ecuatoriana.

Finalmente, se asociarán los componentes estudiados en relación a los incentivos de los empleadores, la regulación laboral y la economía real, en la que nos encontramos actualmente, buscando explicar la confusión existente entre las modalidades atípicas del contrato de trabajo y la tercerización laboral ilegal, al igual que plantear una perspectiva de análisis, en la cual el principal error, con respecto al desconocimiento de los derechos del trabajador, es el deficiente sistema educativo provisto por el Estado.

Subordinación

Tradicionalmente, los contratos son instrumentos para la disminución de riesgos, los cuales se desprenden de las relaciones jurídicas. Ese entender es propio de la contratación comercial, donde las pretensiones entre las partes del contrato son paralelas y, además, la calidad de los contratantes es igualitaria. Ahora, en la contratación laboral, esta relación no es posible, porque en la celebración de un contrato de trabajo necesariamente una de las partes se encontrará en una situación desfavorable, debido a un principio básico del Derecho laboral, sin el cual no podría accionarse sus fundamentos de protección: la subordinación.

La subordinación, según la Real Academia de la Lengua Española, se subsume a la sujeción a la orden, mando o dominio

de alguien. En ese sentido, el trabajador necesariamente tendrá una posición desfavorable ante las prestaciones, que regulen la relación laboral; la expresión máxima de ello es la posibilidad de *ius variandi*, entregada exclusivamente al empleador. Por ser un aspecto fundamental del contrato de trabajo, la subordinación no puede ser obviada, ergo existirá como condición necesaria de la prestación de servicios lícitos y personales, por parte del trabajador, y por la cual recibirá su remuneración.

El empleador utiliza la fuerza de otro para lograr los fines productivos propuestos; la fuerza de trabajo es prestada por el trabajador, quien voluntariamente decide limitar su tiempo, esfuerzo y disposición en pro de la contraprestación ofrecida por el empleador, es decir, el salario. Esta relación laboral existente se funda en diferentes principios constitucionales, que buscan modelarla y limitarla para que no se permita el abuso del ser humano sobre otro, algo que no ha sido ajeno a la historia social, donde la desigualdad irracional y el atropello han sido elementos innegables del Derecho laboral y sobre los que obtiene su campo de acción.

El beneficio de la subordinación se le entrega al empleador porque se entiende que es él quien arriesga en mayor medida los factores de producción en una empresa; así, al conocer los riesgos inherentes del comercio, necesariamente deberá aplicar los niveles de diligencia que considere necesarios para que su empresa logre producir de forma esperada. Las órdenes que emite el empleador son su derecho consagrado, ya que si no pudiese dirigir el comportamiento y la prestación de servicios del trabajador, simplemente no le sería funcional.

En cierta medida, la actividad de gestión que realiza el empleador, es normalmente con un fin productivo. La idea de

una contraprestación patrimonial, que se espera sea beneficiosa, es el móvil de la contratación laboral, por lo que la concepción de que un empleador contrata a un trabajador, por el mero hecho de explotarlo, no tiene sentido inicial, aunque en el transcurso de la relación laboral el vínculo podría distorsionarse.

Es importante mencionar el riesgo devenido que incurre el empleador, porque ese es el elemento que determina la oferta de plazas de trabajo, debido a que el mercado laboral se comporta al igual que el mercado de bienes y servicios, mediante las fluctuaciones de la oferta y la demanda. De manera que si los empleadores poseen riesgos exagerados, no podrán incurrir en actividades productivas y, por ende, no podrán contratar personal, es decir, se disminuye la oferta de trabajo, ocasionando que la demanda aumente.

La interacción entre la oferta y la demanda del mercado laboral tiene repercusión directa en el salario, de modo que si existe una exagerada demanda de trabajo, los empleadores van a reducir sus costos laborales, mediante la reducción de los salarios, que entregan en sus plazas ofertadas, si bien nunca podrán ser menores que los mínimos legales, el salario *mínimo* se va a comportar de una manera irreal, debido a que es impuesto, sin analizar una situación fluctuante, en la que coadyuvan varios elementos, entre los que se encuentran los riesgos incurridos por los empleadores, los cuales son un claro ejemplo de un desincentivo de producción.

El mercado laboral y la desigualdad

Como se mencionó anteriormente, el mercado laboral depende indiscutiblemente de los mercados de bienes y servicios, en el sentido de que se evidencia una correlación entre los agentes del mercado, puesto que en el mercado laboral, los agentes participantes en él se comportarán de tal manera, que buscarán maximizar sus prestaciones. Así, los trabajadores van a buscar trabajar menos horas por un mayor salario; mientras que, de forma opuesta, los empleadores tienden a buscar formas para aminorar sus costos laborales y aumentar su rentabilidad.

Ante la idea de las prestaciones opuestas buscadas por uno y otro agente del mercado laboral, sale a flote la siguiente incertidumbre: ¿si el mercado de trabajo funciona de tal manera, como si fuesen fuerzas de mercado, que se modelan, contraponen y contienen entre sí, por qué existe un orden público laboral? El Estado es un garante de los derechos de sus ciudadanos, de modo que busca precautelar la convivencia armónica en todos los aspectos donde sea necesaria su intervención a fin de evitar la vulneración de esos derechos. En el caso del mercado laboral, el Estado participa como regulador, donde buscará evitar los abusos, que puedan suscitarse sobre la parte vulnerable de la relación laboral, es decir, el trabajador.

La necesidad de un orden público laboral, que imponga mínimos de actuación a los agentes del mercado laboral, es innegable. Principalmente, porque se ha demostrado que las fuerzas de mercado no son estrictas, ni poseen un cumplimiento previsible. De tal modo que el comportamiento del empleador y del trabajador, puede diferir de una conducta deseable y es ahí donde el Estado debe participar como guardián de derechos y, a su vez, de fomento del empleo.

El institucionalismo laboral

Al entenderse que es necesario un orden público laboral, la imposición de reglas mínimas de cumplimiento, a fin de lograr la protección de la parte *débil* del contrato de trabajo debe ser la principal función del Estado, en las relaciones contractuales, más allá de la seguridad de reparación por daños. Los mínimos impuestos por la normativa del trabajo no son negativos, en tanto sean razonables, reales y coherentes con la situación socioeconómica y coyuntural de una nación.

Este razonamiento es el fundamento de la existencia de una variedad de modalidades contractuales. La imposición de un solo tipo de contrato de trabajo no solo sería equivocada, sino que sería fatal para el sistema económico, porque el trabajo es uno de los factores esenciales de la producción y solo a partir de su conjugación y combinación podrá lograrse un desarrollo productivo. Así, se infiere que no todo tipo de modelo de negocio, ni todo proceso empresarial puede llevarse a cabo, mediante el mismo tipo de contrato de trabajo, pues en la variedad, libertad y adaptabilidad de los contratos laborales es donde se encuentra el éxito económico.

La institucionalidad jurídica debe dar respuesta a las necesidades económicas de los productores y trabajadores; en tanto que la realidad económica, social y cultural de una nación es lo que determina la utilización de modalidades laborales y no de forma opuesta. Ante esta circunstancia, cada parte contractual podrá negociar -en la medida de lo posible- y aceptar libremente el contrato de trabajo aplicable, el cual se dinamiza y utiliza según las necesidades propias de cada situación determinada. Si bien es cierto que este tipo de análisis suele ser utilizado en el Derecho

mercantil, nada obsta que sus principios, en los aspectos que no se contrapongan a los fundamentos del Derecho laboral, puedan ser aplicados a la legislación del trabajo.

La institucionalización de los regímenes laborales atípicos son la respuesta socio económica de la actividad mercantil, con el objeto de participar en un mercado con imposiciones específicas y exclusivas. La legislación del trabajo tiene una regulación especial, por su carácter relevante con respecto de otras ramas jurídicas, debido a lo delicado de los temas que lo componen. Si bien es un Derecho económico, el trabajo no deja de ser un derecho fundamental, el cual necesita una amplia protección; no obstante, el campo económico y comercial en el que se desenvolverá la prestación de servicios laborales, lícitos y personales, no puede ser obviado.

En la defensa comercial de los servicios, las prácticas laborales tradicionales no surten un efecto deseado, con respecto al desempeño productivo, porque esa modalidad se queda *corta*, en razón de su ínfima capacidad de adaptabilidad y aplicación a prácticas económicas propias de una sociedad volcada a los servicios, tal como es el caso de los servicios por vacaciones, hoteleros, profesionales, etc.; de tal manera que es necesario que la legislación permita un campo de acción, con respecto a las labores que realizan los empleadores y que en tanto no traspasen el umbral del orden público laboral, su creatividad sea parte misma de su derecho de empresa, es decir, la capacidad y facultad de los empleadores de decidir qué prestación, modelo y costo es mejor para el desarrollo de su organización empresarial.

Los empleadores no nacen siéndolo, aún si fuese una empresa familiar, en la cual la herencia de filiación determinará el

siguiente encargado de dirigir la empresa, ya que los empleadores también trabajan en ésta, mediante su gestión y administración; así, su medio de sustento será el buen manejo que puedan darle a la empresa y que, en cuanto sea posible, les permita cierta permanencia continuada dentro del mercado. Ante esa afirmación, es ilógico que se sancione al empleador que aplique su creatividad a la actividad productiva y empresarial, obviamente, si éste cumple con los preceptos legales del Derecho laboral.

La represalia hacia modalidades contractuales de trabajo atípicas, que permitan mantener el empleo del trabajador y, además, crear más plazas para potenciales trabajadores es contraproducente con el ideal del Estado de mantener un sistema económico sano; insistentemente, ha sido comprobado que el Estado no puede ser el único -y ni siquiera el mayor- empleador de una nación, sino que depende de la inversión productiva privada para crear riqueza y desarrollo económico, la cual no se logra, si se desmotiva al emprendimiento y expedición empresarial privada.

La modalidad típica del contrato de trabajo se ha institucionalizado, de tal manera que se ha convertido en un estándar, lo cual es correcto, en situaciones donde el contrato de trabajo ha sido tácito, o que las prestaciones y especificaciones del contrato -como lo concerniente al plazo de duración- no han sido determinadas, de forma expresa, por tanto, se presume que se trata de una prestación laboral, bajo un contrato de plazo indeterminado por el principio pro operario y de protección primordial del trabajador.

Ahora, en los casos en que la modalidad típica no es funcional, con respecto al giro del negocio en el que se maneja la empresa empleadora, mal haría el Legislador en imponer la prestación en horarios, plazos y prestaciones, que no podrán ser aprovechados

y en donde el empleador, simplemente, va a tener que desistir de implementar una plaza de trabajo, que ineludiblemente va a ser perjudicial. Por tanto, cuando la legislación laboral se vuelve anacrónica, en relación a la sociedad y economía que regula, existe una disfunción en los objetivos esperados y los obtenidos, porque cuando la intención es crear empleo y no se dan incentivos para ello, simplemente no hay una efectiva actividad legislativa.

Las modalidades atípicas del contrato de trabajo

En términos generales, las modalidades atípicas del régimen laboral son todas aquéllas que no se encuentran dentro de la modalidad típica legal; es decir, aquéllas en la cual se cumple una jornada de ocho horas diarias, cinco días a la semana -o seis, dependiendo del país- con una indeterminación del plazo de duración de la relación laboral. Esta modalidad estándar es el *deber ser* del contrato de trabajo, donde se entendería que se delimitan y contienen todos los principios y derechos fundamentales, que buscan proteger al trabajador por ser la parte vulnerable de las relaciones de trabajo.

Existen diferentes categorías de trabajo atípico, las cuales se diferencian en aspectos relativos a la permanencia, horas de trabajo, remuneración y condiciones. Las modalidades atípicas son esencialmente: el trabajo temporal, o también llamado eventual; el contrato a tiempo parcial; la contratación por intermedio de agencias de prestación de servicio de personal -catalogado en varios países como intermediación laboral-; y, el empleo por cuenta propia económicamente dependiente. Por otro lado, también existe el llamado contrato de cero horas, el cual no será tomado en cuenta en el presente artículo, debido a su complejidad y porque tiene un acercamiento mayor a temas

como la precariedad laboral y la inseguridad jurídica, que no serán tratados por ahora.

Para el siguiente análisis, únicamente serán considerados la prestación de servicios de manera temporal, ocasional o eventual. Por un lado, porque la contratación, a través de agencias de intermediación laboral, es catalogada como ilegal en ciertos países -como el Ecuador-, por lo que adentrarse en su ilegalidad, se ligaría más hacia los aspectos de los derechos fundamentales del trabajador, con respecto a la tercerización laboral y la desviación de responsabilidades de los empleadores; si bien, inicialmente, no es una modalidad típica de trabajo, con respecto a los beneficiarios de la prestación, los trabajadores que prestan este tipo de servicios, están ligados de manera permanente y típica a las empresas intermediadoras, de manera que depende de la perspectiva de cómo se lo quiera analizar para encuadrarse en una u otra arista.

Por otro lado, con respecto al empleo de cuenta propia, económicamente dependiente, al igual que la contratación a cero horas se roza ineludiblemente con aspectos de tercerización; si partimos de que la Organización Internacional del Trabajo tiene como uno de sus objetivos fundamentales evitar la tercerización y condenar la precariedad laboral, mal haríamos en buscar fundamentos económicos, que busquen superponerse a la protección del trabajador. Los derechos laborales adquiridos son inalienables e irrenunciables y cualquier modalidad que atente contra esos principios, no puede defenderse, bajo fundamento alguno, que propugne una especie de liberación laboral, aún si se tratase de una crisis económica y de generación de empleo, como la que se está viviendo en gran parte de Latino América.

La tercerización, desde el punto de vista de la ciencia administrativa, es un medio eficiente para la rebaja de costos laborales (en el caso ecuatoriano esta prohibida esta forma de contratación). Por otra parte, aunque se trate de un concepto válido en la ciencia de la Administración, en el Derecho laboral no puede verificarse de esa manera. La tercerización es una forma negativa del trabajo, debido a que no se cumple con el principio de continuidad, ni el de seguridad laboral; el trabajador tendrá una enorme dificultad de planificar y diseñar su proyecto de vida, si carece de una seguridad mínima, con respecto a uno de los elementos base de su vida: el trabajo. Por tanto, sin prestar sus servicios lícitos y personales, de una manera continuada y sostenida, el trabajador generará estrés, porque no tiene garantías que sostengan el trabajo que un día posee y que al día siguiente, tal vez no; evidentemente, esto se cumple, si no se trata de una profesión liberal, donde es el propio trabajador calificado, quien decide no atarse a ningún contrato laboral.

La creencia habitual es que la contratación laboral atípica se trata simplemente de tercerización, pero es un error; la tercerización está ligada a una inseguridad del trabajador, con respecto a su plaza de trabajo, mientras que las modalidades atípicas simplemente son variantes de la contratación, en función de las necesidades del mercado en el que se desenvuelve la empresa empleadora. Si bien existen ocasiones en que los contratos eventuales y temporales pueden ser fijados por un plazo determinado, esto no viola principio alguno de los derechos del trabajador, porque éste conoce de forma anticipada su duración y decide, según su propio arbitrio, someterse o no a dicho contrato; esto sucede en una situación donde se tengan cubiertas las necesidades básicas de todo ser humano y que las demás variables sociales, se mantengan constantes.

A pesar de eso, es ingenuo pensar que estas modalidades atípicas no han sido utilizadas de manera negativa por los empleadores. En el momento en que los contratos eventuales o de temporada pierden su fundamento esencial de *coyunturales*, en razón de determinadas situaciones especiales, que orillan a la empresa a elegir ese tipo de contratos, es cuando se convierten en una forma de tercerización.

El principal fundamento de ello es que cuando un empleador utiliza contratos eventuales, que se repiten de forma reiterada solo con miras a evitar los beneficios que supondría la contratación típica de un trabajador -menciónense: vacaciones, fondos de reserva, jubilación patronal, etc.- está ejerciendo un abuso de su posición de empleador, por ser quien posee los factores de producción, además de competir de forma desleal contra los demás operadores del mercado al tener a sus trabajadores en *negro*.

Sin embargo, la existencia de estas distorsiones en el mercado laboral no elimina el argumento que motivó la creación del trabajo eventual o temporal: la necesidad de la empresa empleadora, en razón del mercado en que ésta se desenvuelve; de tal modo que si una contratación típica es completamente improductiva para la empresa, ésta tendrá un enorme presión y aversión a este tipo de contratación y, por ende, buscará medios más eficientes, con relación al giro de su negocio, que le permita rebajar costos y brindar un mejor servicio.

Es decir, la idea de contratar trabajadores se sustenta en una primacía de necesidad, tal sería el caso si un trabajador es necesario tan solo por 4 horas al día, o por un período de tiempo determinado, y la empresa lo contrata por 8 y de forma indefinida, no solo sería ineficiente, sino también improductivo, porque, en

primer lugar, el trabajador no se sentirá motivado, debido a la sub-utilización de sus talentos, sino que, además, la empresa se vería perjudicada, por incurrir en costos innecesarios, que afectan al desempeño competitivo de ésta.

Contrato de trabajo eventual

Es una excepción al principio de indeterminación del plazo del contrato de trabajo. Se basa en proyectos, temporadas de producción, con picos altos y necesidades coyunturales específicas, en donde el común denominador será la determinación de un plazo fijo para el vencimiento de la relación laboral o una condición que se espera cumplir³. La normativa en los diferentes países regula de manera expresa este tipo de contratación, con miras a evitar la precariedad laboral y que tras su abuso, se repercuta en procesos de tercerización. Su origen se remonta a los procesos de flexibilización laboral, surgidos en Europa a finales de la década de los 70 y durante la década de los 80.

Allí, debido a la crisis generalizada, provocada principalmente por los estragos de la *Guerra Fría*, varios países industrializados quisieron impulsar la industria de los servicios, debido a que el mercado de la industria manufacturera se estaba estancando, de forma tal que el comercio mundial, prácticamente estaba paralizado. Las medidas proteccionistas y nacionalistas de cierre de fronteras estuvieron acompañadas de enormes cambios internos, con el objeto de que la producción y el consumo asumieran un papel preponderante en la economía europea, lo cual, evidentemente, se logró, como en los casos de España o Portugal.

³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). 2016.

Otro elemento de la contratación temporal o eventual es la periodicidad, la cual si bien no es esencial, es visible, por ejemplo, en empresas de negocios por temporadas donde el pico alto de producción será anual y, específicamente, dentro de esa temporada. El período anual, en el cual la contratación temporal será mayor puede ser previsto, por lo que no es raro que se ofrezcan contratos de trabajo por 3 ó 4 meses. Ante estas circunstancias, no sería plausible la contratación indefinida del trabajador, en el sentido de que cuando la temporada de pico productivo termine, la empresa no tendrá las mismas necesidades ocupacionales, ni tampoco los recursos para solventar un exceso de mano de obra, entendiendo que los costos marginales de agregar un trabajador extra, necesariamente repercutirán en los beneficios marginales, los cuales se verán disminuidos.

Normativamente en el Ecuador, la contratación eventual está reglamentada por el Código del Trabajo, en el artículo 17, en sus primeros incisos, que rezan así:

Son contratos eventuales aquellos que se realizan para satisfacer exigencias circunstanciales del empleador, tales como reemplazo de personal que se encuentra ausente por vacaciones, licencia, enfermedad, maternidad y situaciones similares; en cuyo caso, en el contrato deberá puntualizarse las exigencias circunstanciales que motivan la contratación, el nombre o nombres de los reemplazados y el plazo de duración de esta.

También se podrán celebrar contratos eventuales para atender una mayor demanda de producción o servicios en actividades habituales del empleador, en cuyo caso

el contrato no podrá tener una duración mayor de ciento ochenta días continuos o discontinuos dentro de un lapso de trescientos sesenta y cinco días. Si la circunstancia o requerimiento de los servicios del trabajador se repite por más de dos períodos anuales, el contrato se convertirá en contrato de temporada. El sueldo o salario que se pague en los contratos eventuales tendrá un incremento del 35% del valor hora del salario básico del sector al que corresponda el trabajador [...].

Para un correcto análisis de la norma en cuestión, es necesario diseccionarlo, lo cual permitirá una mejor comprensión.

En el contrato eventual, la ley especifica, claramente, que se derivará de necesidades circunstanciales del empleador, las cuales deberán estar justificadas, de manera que no haya posibilidad de error, con respecto al plazo de éste, ya sea por una determinada fecha, o por el retorno del trabajador, el cual fue reemplazado de forma eventual. Esta aplicación del contrato se fundamenta en proteger la economía del empleador, en la inteligencia de que, atendiendo al principio de conservación de la empresa, la normativa sería ilógica al obligar a contratar trabajadores a tiempo completo y de plazo indefinido, cuando solo es un aspecto coyuntural.

Asimismo, en el siguiente párrafo del artículo, la Ley posibilita al empleador la contratación de trabajadores, por motivo de una mayor demanda de la prestación de la empresa, lo cual es entendible, a consecuencia de que en el mercado, ningún negocio es estático, evidentemente, la fragilidad de su composición podrá verse afectada por innumerables sucesos nacionales o globales,

que van a resultar en una mayor necesidad de trabajo; ese trabajo no podrá entenderse como permanente, pues se encuentra fuera de la habitualidad del empleador y sería incorrecto -desde la perspectiva administrativa- contratar servicios, los cuales no serán necesarios al concluir una eventualidad específica.

Así, el punto en el cual existe controversia es sobre el recargo que éste conlleva, debido a la utilización de esta figura contractual. Si se busca que el trabajo sea fomentado, mediante la utilización de modalidades atípicas de trabajo mal hace el Legislador al imponer costos extras por una situación eventual. Este recargo va a ser entendido por el trabajador como un beneficio, porque el trabajo es un medio de obtención de réditos económicos, a manera de salario, por poner su disposición al empleador; entre más gane el trabajador, él no presentará queja alguna, debido a su ausencia de saciedad local en función del salario, de tal modo que se convertirá en un incentivo para el trabajador, quien preferirá ganar más, con varios contratos eventuales repetidos, que ganar menos, con un contrato permanente, donde su salario se verá reducido -a su parecer-, porque su empleador tendrá otros costos laborales que abonar.

En países como Australia, donde si bien existe un recargo por la utilización de contratos ocasionales y eventuales, éste se utiliza de una forma distinta. El incentivo a los empleadores para crear empleo, mediante modalidades atípicas, se ve contrapuesto y limitado, mediante la imposición de recargos y sanciones cuando haya el uso reiterado y posible abuso de estas medidas.

Así, cuando se celebra un contrato eventual o temporal, por primera vez, no existe recargo alguno, es decir, únicamente se efectúa, por los motivos coyunturales específicos, y solo en el

caso de que sea estrictamente necesario, deberá ejercerlo, de manera distinta y pagará una sanción administrativa por preferir esa modalidad y no la contratación típica habitual, permanente y de plazo indeterminado. Desafortunadamente, esto no ha logrado detener el abuso laboral, que sufren los trabajadores, por el mal uso de estas modalidades, porque la mano de obra mayoritariamente es realizada por migrantes y los beneficios sociales no son la prioridad de un recién llegado, quien *tolera* esta precariedad, en favor de no perder su, mal llamado, empleo.

Fundamento de existencia del mercado laboral atípico

No es posible que todo el mercado laboral, sea bajo la modalidad típica; no obstante, tampoco es correcto -ni razonable- *suponer* que el porcentaje de utilización de modalidades atípicas, como la contratación de trabajo eventual, se trata de un porcentaje pequeño del mundo del trabajo asalariado. El punto clave no es tan solo eliminarlo, o fomentarlo y simplemente dejarlo a la deriva para ver cómo se comporta. La calidad de las partes de un contrato de trabajo no es igual, ni equitativa, entonces mal haría el Estado en confiar que serán bien utilizadas las modalidades, que ponga a consideración de los empleadores, motivo por el cual existe el orden público laboral.

El objetivo de la legislación laboral debe ser la eliminación del estereotipo del empleo atípico como precariedad laboral o sinónimo de tercerización; con la intención de que se deje en claro que el trabajar, mediante un contrato eventual, o cualquier modalidad atípica de trabajo, no es ilegal, ni mucho menos un trato inhumano, simplemente es una modalidad de trabajo en tanto ésta sea empleo digno, que no vulnere derechos adquiridos.

El trabajo digno debe ser la prerrogativa de cumplimiento de los derechos fundamentales del trabajador, no que todos trabajen 8 horas al día por 5 días a la semana hasta que llegue el momento de la jubilación como lo era en épocas donde la economía se basaba en la producción industrial manufacturera -método fordista-. El cambio de paradigma de la economía del trabajo, direccionada a los servicios, debe ser entendido por la legislación laboral, con miras a encontrar los medios idóneos para el fomento de empleo digno y sostenible como motor y base de la economía, tal como lo menciona el artículo 33 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

Como se ve, las circunstancias, bajo las cuales se crearon las modalidades atípicas de trabajo, fueron eminentemente económicas, debido a que el sistema económico determina el mundo del trabajo y no a la inversa; porque la ecuación de la actividad económica es que primero el empresario decide producir y después contrata al trabajador, entonces no es posible hacer lo contrario; uno de los requisitos esenciales -y obligación del empleador en prácticamente todas las legislaciones- del contrato de trabajo es que el trabajador conozca, de antemano, las actividades a las cuales se va a dedicar bajo la subordinación del empleador.

Crecimiento de la economía de los servicios

El fundamento primario de la necesidad de crear nuevas modalidades de empleo fue el crecimiento de la estructura de los servicios; en los últimos años, el empleo atípico tomó un papel importante en la economía mundial, hasta tal punto que en el año 2013, el 47% del empleo global se trataba de modalidades atípicas de trabajo, ya sea empleo temporal, eventual o tiempo

parcial⁴. Este crecimiento exponencial obliga a la sociedad a adaptarse a las circunstancias en las cuales la economía se va desarrollando, entendiéndose que no es posible dejar de trabajar, porque la subsistencia deviene de ello, además de haberse constituido en un deber social.

La flexibilización organizacional es una tendencia derivada de la globalización. De manera que las empresas deben innovar constantemente, para mantenerse competitivas⁵. Uno de los aspectos inherentes a esa adaptabilidad es el relacionado a los costos laborales; bajo esa óptica, la modalidad típica de trabajo de plazo indeterminado se torna en una *camisa de fuerza* para el desarrollo de esa innovación. Por todo ello, el ideal no debe ser eliminar la flexibilización empresarial, sino, por el contrario, dotar de medios suficientes y novedosos, que permitan su ejercicio de manera efectiva, no discriminatoria, ni abusiva, respetando los derechos del trabajador y teniendo como objetivo primordial el desarrollo conjunto del sistema económico; y, solo en el caso de incumplir con esos principios, ser sancionados, mas no tener una penalidad *ex ante* -como en el caso de sobrecargos por contratos eventuales-, la cual se convierte en una circunstancia específica para ofrecer menos plazas de trabajo.

El mercado de servicios ofrece algo que la gente no quiere, o no puede hacer, esto dependerá de las preferencias de los consumidores para que los servicios ofrecidos, puedan insertarse dentro de un mercado. Si se sabe que no todos los mercados son iguales, ¿por qué han de ser las relaciones laborales todas

⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). 2016.

⁵ PORTER, M. La ventaja competitiva. Ciudad de México, *Harvard Bussines Review*, 1992.

iguales? Las variables exógenas de un mercado determinan el comportamiento del proveedor de los servicios hacia los consumidores de forma externa; internamente, las relaciones con sus empleadores no podrán desentonar con lo que la empresa ofrece y que, consecuentemente, necesita para poder seguir, proveyendo servicios.

La estructura de los servicios tiene una enorme participación actualmente y es el futuro del mercado laboral, principalmente porque el mercado, en general, provoca que las estructuras empresariales, que no puedan adaptarse a esa tendencia, puedan desaparecer. Hay que pensar que en el futuro, un incontable número de empleos serán reemplazados por la tecnología; la globalización no solo afectará a los empleadores, sino también a los trabajadores, debido a que deberán tornarse más competitivos, a fin de llenar las nuevas plazas de trabajo, que serán ofertadas en razón del nuevo modelo económico.

Para que un trabajador pueda ser más competitivo necesariamente deberá capacitarse, lo cual es un problema social, en el cual el Estado falla incesantemente; entonces, si el Estado es el causante de ofrecer un servicio de educación deficiente, siendo ésta una de sus obligaciones fundamentales, mal haría en exigir que los empleadores se arriesguen de forma desmesurada por contratar a trabajadores no cualificados y, mucho peor, de forma permanente, sin tener un medio para verificar la capacidad productiva de quien presta sus servicios lícitos y personales.

De tal forma, hay que interpretar que la contratación atípica, si es llevada de manera no abusiva, se convierte en una *catapulta* de oportunidades, en la cual el trabajador puede ofertarse al mercado laboral según sus necesidades y aptitudes; y, donde

los empleadores no deben incurrir en gastos exagerados e irracionales, por haberse equivocado en la contratación de un trabajador, que no tenga aptitud laboral. Ahondando, un razonamiento de tal índole únicamente puede ser realizado, a partir de un sistema educativo, en el cual no solo los empleadores conozcan cómo contratar, sino que los trabajadores sepan cómo deben ser contratados.

El mercado laboral, aún con determinadas y marcadas diferencias, se basa en un sistema de competencia, en el cual el ideal es la de brindar mejores servicios, o productos a un menor costo. La pregunta a responder es: ¿sólo las empresas compiten? La respuesta a ese asunto deberá ser en todo caso negativa, en la lógica de que los trabajadores también pueden mejorar sus competencias para dar un mejor servicio, a un menor costo, el cual no tiene por qué ser esencialmente económico, sino representado en un menor número de horas de trabajo.

Es decir, el costo de un trabajador será el desgaste físico y psicológico, resultante de la prestación de sus labores, de modo que entre menor sea el desgaste físico, mayor será la posibilidad de un acercamiento a un real trabajo digno. Por tanto, el beneficio que obtiene un trabajador en laborar eficientemente y no constantemente, mediante un estándar impuesto, es la conservación de su salud, el cual es el objeto de protección y corolario del Derecho laboral.

Esta confusión es la que ha llevado a la errónea idea de que el Derecho del trabajo busca que se respete únicamente el salario del trabajador y que éste no disminuya, una idea totalmente retrógrada, porque si así fuese, con tal de ganar más se permitiese el trabajo de jornadas extendidas de labor, lo cual, evidentemente,

no es así, por la existencia de límites legales de la jornada de 8 horas, con el fin de promover el bienestar del trabajador.

Colisión entre costos (incentivos), regulación y economía real

Los contratos laborales que una empresa necesite para su desarrollo productivo, irán acordes a las necesidades que tenga, de tal modo, el empleador será quien elija la figura contractual que más encaja dentro de aquella estructura organizacional. Así, con el objeto de elegir los requerimientos laborales de la empresa, el empleador ha de enfocarse en el aspecto *fuerte* de ésta, con el fin de crear una ventaja competitiva.

Por ello, si la empresa se encarga de brindar servicios financieros, evidentemente, la limpieza no va a ser un requerimiento preponderante, sino circunstancial por lo que no será una prioridad como inversión laboral. Cuando no está dentro del giro del negocio de la empresa el contratar personal de planta, es completamente improductivo hacerlo, por lo cual se recurre a contratos de modalidad atípica de empleo, reduciendo horas de trabajo e imponiendo plazos fijos de duración por la simple razón del giro del negocio de la empresa.

La regulación es buena cuando responde a elementos reales, sociales y económicos. Gracias a determinados factores de cultura desregulatoria de la década de los 90, el empleo atípico representa en muchos países un enorme porcentaje del empleo. Por ende, si la actividad legislativa y la política económica se enfocan en eliminar esas modalidades de trabajo, sin meditar su valor e importancia, obligaría al modelo económico a retroceder en el ámbito de la producción, sin considerar los nichos de mercado, que se están desarrollando en la actualidad.

Aquello no hace más que demostrar nuestra inquietud e ignorancia, la cual deviene de un deficiente sistema de educación; si bien no todos los participantes del sistema serán profesionales, es muy probable -y casi seguro- que sí han sido trabajadores asalariados en alguna etapa de su vida o durante toda ella; por lo tanto la educación, con respecto a una contratación responsable del trabajo y el conocimiento de los derechos fundamentales del trabajador, debe ser el pilar del ejercicio estatal. Mas no pensar únicamente en represalias contra quienes se arriesgan a emprender y que, consecuentemente, crearán plazas de empleo. Por lo mencionado, la interrogante es: ¿el sistema educativo nos educa sobre los derechos laborales?, he ahí el punto de inicio para la búsqueda de una sociedad igualitaria, de empleo digno y responsable.

Conclusiones

- El trabajador presta su fuerza de trabajo en beneficio de otro, a cambio de una contraprestación económica en forma de salario; a eso se le llama relación laboral, la cual se funda en un principio de subordinación, lo que determina la intervención del Derecho del trabajo. La protección del trabajador ante posibles abusos es el objetivo de la normativa laboral, pero ésta no se puede contraponer a las políticas económicas de creación de empleo, por tanto, es necesario una armonía entre estas dos obligaciones estatales.
- Es necesaria la existencia de un orden público del trabajo, debido a que impone mínimos a los agentes del mercado laboral, con la intención de que en las relaciones de trabajo no se apliquen prácticas

abusivas. No obstante, el cumplimiento estricto de ello no siempre es posible, motivo por el cual deben buscarse otros medios para cumplir con su labor de guarda de derechos.

- La contratación laboral atípica no es tercerización. En primer lugar, porque la tercerización es un estado de inseguridad e indefensión del trabajador, en relación a su plaza de trabajo; en segundo lugar, las modalidades atípicas simplemente son variantes de la contratación, en función de las necesidades del mercado del empleador, donde la contratación típica no es eficiente. En consecuencia, la tercerización laboral injusta y precaria es un cáncer de la sociedad, que todo Estado debe buscar eliminar; y, no a las modalidades atípicas de empleo, las cuales cumplen con los principios fundamentales del trabajador.
- El recargo en la remuneración, debido al uso del contrato eventual, es un error, porque ese recargo va a ser entendido por el trabajador como un beneficio, de modo que en su búsqueda de un mayor salario, puede dejar de lado sus derechos irrenunciables, algo completamente intolerable e inadmisibles. Si el trabajador entiende como un mayor salario a ese recargo, se convertirá en un incentivo, en razón del cual preferirá ganar más, con varios contratos eventuales repetidos, que ganar menos, con un contrato permanente, dejando de lado sus derechos adquiridos.
- El costo de un trabajador, quien presta sus servicios y labores, constituye un desgaste físico y psicológico;

entonces, entre menor sea el desgaste físico, mayor será la posibilidad de un acercamiento a un real trabajo digno. Por tanto, el beneficio que obtiene un trabajador en laborar eficientemente y no constantemente, recae en la conservación de su salud y bienestar, el cual es el objeto de protección del Derecho laboral.

- El Estado es el responsable de no brindar un sistema de educación, en el cual se otorguen a todos sus miembros conocimientos esenciales sobre los derechos del trabajador.

BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN, E. N. “La libertad económica y su protección”, *Revista Chilena de Derecho*. N.º 28 (2), 2001. Obtenido de la siguiente página web: <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14902/000334704.pdf?sequence=1>. (última consulta el 7 de junio de 2019)

CLIMENT, F. B. “Derecho laboral y liberalismo igualitario”, Larrañaga Monjaraz, P., Salazar Ugarte, P., y Cerdio, J. *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*. tomo II. Ciudad de México, UNAM, 2018. Disponible en la siguiente página web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4589/18.pdf>. (última consulta el 7 de junio de 2019)

COBO, J. M. *La tercerización como herramienta de gestión empresarial*. Medellín, Universidad EAFIT, 2017.

CROWE, A. P. “La motivación para emprender. Evolución del modelo de rol en emprendedores argentinos”. Buenos Aires, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2010. Disponible en la siguiente página web: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:CiencEcoEmp-Apcardoza/Documento.pdf>. (última consulta el 7 de junio de 2019)

FIGUEROA, G. G. “Contenido del contrato de trabajo, obligaciones de las partes”, Buen Lozano, N., y Morgado Valenzuela,

E. Instituciones del Derecho del trabajo y la seguridad social. Ciudad de México, UNAM, 1997.

FRANCO, F. S. “La importancia de los factores productivos y su impacto en las organizaciones agrícolas en León, Guanajuato”, mayo de 2016. Disponible en la siguiente página web: <http://www.scielo.org.co/pdf/agor/v16n2/v16n2a03.pdf>. (última consulta el 7 de junio de 2019)

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *El empleo atípico en el mundo: retos y perspectivas.* Ginebra, Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2016.

PORTER, M. *La ventaja competitiva.* Ciudad de México, Harvard Business Review, 1992.

RINCÓN ARANGO, L.F., y ROZO VALLEJO, J.C. *La tercerización como estrategia y ventaja competitiva en una empresa de confección.* Manizales, Universidad de Manizales, 2012.

SÁNCHEZ, M. G. “El caso UBER desde una visión pública del Derecho”. La Rioja, 11 de junio de 2018. Disponible en la siguiente página web: <https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/6827/GARC%C3%8DA%20S%C3%81NCHEZ%20MARGARITA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. (última consulta el 7 de junio de 2019)

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. *Ejercicio y límites del Ius Variandi del empresario.* Madrid, 25 de febrero de 2018.

¿QUIÉNES SON LOS VERDADEROS FORMALISTAS
EN LA TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL?

¿QUIÉNES SON LOS VERDADEROS FORMALISTAS EN LA TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL?¹

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO²
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

RESUMEN:

Partiendo de la distinción, entre teorías formalistas de la validez jurídica y teorías formalistas de la decisión judicial, se señala que en el siglo XX, las teorías formalistas de la validez judicial, por ejemplo la de KELSEN, han sido, como todo el iuspositivismo de la época, teorías antiformalistas de la decisión judicial, mientras que el formalismo de la decisión de los jueces lo heredaban las doctrinas iusmoralistas, que afirman la única respuesta correcta para cada caso y niegan, o convierten en excepcional, la discrecionalidad judicial. El actual neoconstitucionalismo principialista y ponderador es una de esas doctrinas formalistas de la decisión judicial. En su forma canónica de hoy, viene marcado por la síntesis que hace ALEXY, entre la jurisprudencia de conceptos alemana y DWORKIN, a lo que ALEXY añade un método acabado de ponderación. De esa manera, este constitucionalismo principialista y ponderador es una especie de reflejo invertido de aquella metafísica decimonónica de la jurisprudencia de conceptos. Por esa vía, la metafísica alemana sigue hoy impregnando la teoría del Derecho continental y, especialmente, en América Latina.

¹ Artículo recibido el 4 de noviembre de 2019 y aprobado el 27 de noviembre de 2019

² Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de León.
ORCID: 0000-0003-3096-4428

PALABRAS CLAVE:

Formalismo, decisión judicial, ponderación, argumentación, Neoconstitucionalismo, jurisprudencia de valores

ABSTRACT:

Starting from the distinction, between formalistic theories of legal validity and formalistic theories of the judicial decision, it is pointed out that in the twentieth century, formalistic theories of judicial validity, such as that of KELSEN, have been, like all the iuspositivism of that time, anti-formal theories of the judicial decision, while the formalism of the decision of the judges was inherited by the iusmoralist doctrines, which affirm the only correct answer for each case, and deny, or make exceptional, judicial discretion. The current principlist and pondering neoconstitutionalism is one of those formalistic doctrines of the judicial decision. Today in its canonical form, it is marked by the synthesis made by ALEXY, between the German jurisprudence of concepts and DWORKIN, to which ALEXY adds a finished method of weighing. In this way, this mainstream and weighting constitutionalism is a kind of inverted reflection of that nineteenth-century metaphysics of jurisprudence of concepts. In this way, German metaphysics continues to permeate the theory of continental Law and, specially, in Latin America.

KEYWORDS:

Formalism, judicial decision, weighing, argumentation, Neo-constitutionalism, jurisprudence of values

1. Planteamiento de la cuestión y breves notas sobre algunos mitos y lugares comunes del constitucionalismo de nuestros días

En la actual teoría y filosofía del Derecho y creo que de manera muy destacada en América Latina, están muy extendidos una serie de lugares comunes, que podríamos sintetizar del siguiente modo, atendiendo nada más que a la temática, que en este trabajo nos interesa:

- a) El positivismo jurídico es formalista, mientras que las corrientes antipositivistas o pospositivistas son antiformalistas;
- b) El constitucionalismo positivista es poco sensible a los elementos morales y políticos, que dotan de fundamento moral al Estado de Derecho, mientras que el constitucionalismo antipositivista, muchas veces llamado neoconstitucionalismo, es mucho más receptivo frente a esas bases morales de las constituciones y las defiende mucho mejor; y,
- c) El iuspositivismo, en general, y, en particular, el constitucionalismo iuspositivista calza bien con planteamientos políticos y sociales de carácter conservador, mientras que el pospositivismo y el neoconstitucionalismo cuadran de mejor manera con designios progresistas y reformistas.

Tales lugares comunes conforman auténticos mitos de la teoría jurídica y el constitucionalismo de nuestros días y muy particularmente en América Latina, repito. Son muchos los que

los cultivan de buena fe y sin conciencia de que en la base de cada uno, late una falsedad promovida, la mayoría de las veces, por teóricos de moral turbia y trayectoria dudosa al servicio de poderes políticos o económicos escasamente democráticos y, desde luego, poco propensos a la promoción sincera de los derechos fundamentales y, menos, de los derechos sociales.

No es propósito de este escrito el desmontar en detalle cada uno de esos mitos, que se conjugan al modo de una ideología como falsa conciencia de juristas ingenuos, y hasta da un poco de vergüenza ajena reparar en quienes en verdad se creen tales patrañas³, sin respaldo histórico, ni textual. Nada más voy a resaltar lo que podríamos llamar la paradoja del formalismo, consistente en que en la teoría de la decisión judicial, los verdaderos y más propiamente formalistas, son los que se dicen antipositivistas, principialistas y ponderadores. En este punto, hay que empezar por deshacer la confusión entre teorías formalistas de la validez de las normas jurídicas y teorías formalistas de la decisión judicial.

Son teorías formalistas de la validez las que mantienen, dentro de un sistema jurídico, el que sea, que una norma jurídica es válida, si satisface ciertas condiciones, que son *formales*, en sentido amplio de la expresión: si dicha norma ha sido creada por el

³ Abochorna pensar que todavía pueda haber quien se diga profesor de Derecho y siga repitiendo que el iuspositivismo kelseniano fue culpable de las inequidades jurídicas del nazismo, o no caiga en la cuenta de que así como ha habido en el siglo XX iusmoralistas indudablemente demócratas, no escasean por ese lado los que han bendecido dictaduras, haciéndolas pasar por encarnación del Derecho natural o recreación de la verdadera justicia, mientras que están fuera de toda duda los servicios a la teoría y la práctica democrática, que han prestado autores iuspositivistas como Kelsen, Ross, Hart, Bobbio, Ferrajoli, etc.

órgano y con el procedimiento, que se estipula en otras normas del mismo sistema jurídico. La de KELSEN es, posiblemente, el ejemplo más radical de las teorías formales o formalistas de la validez jurídica.

Son teorías formalistas de la decisión judicial⁴ las que afirman que el juez puede y debe decidir correctamente los casos que se le someten, mediante la aplicación de un método de razonamiento, o un procedimiento intelectual que le permita hallar en el sistema jurídico la solución única, correcta (o casi), que en éste se contiene para cada pleito, sin que en tal proceso de decisión del juez, tenga que darse -o casi sin que tenga que darse- ningún elemento de valoración subjetiva, ninguna parte de discrecionalidad judicial. En este ámbito de la decisión judicial, todos los autores que a lo largo del siglo XX y hasta hoy, se pueden denominar como iuspositivistas y sean cuales sean las variantes de su iuspositivismo, son profundamente antiformalistas, pues todos, en mayor o menor medida, niegan que la decisión judicial correcta pueda objetivamente hallarse para cada caso o casi, a base de aplicar métodos lógicos, mecánicos, aritméticos o puramente formales, y todos resaltan el insoslayable componente de discrecionalidad judicial. Llega hasta tal punto esto, que una de las notas definitorias del iuspositivismo jurídico del siglo XX es precisamente esa: la afirmación de la discrecionalidad judicial. Ese antiformalismo iuspositivista puede ser muy radical, como en el caso del iuspositivismo empirista del realismo jurídico escandinavo; puede ser muy fuerte, aunque matizado por la asunción del componente ideológico, que acompaña la autopercepción del juez como vinculado a la ley (KELSEN), o

⁴ Sobre las teorías formalistas de la decisión judicial, véase más ampliamente en GARCÍA AMADO, J. A. 2012.

puede ir de la mano de una filosofía política, que haga énfasis en el sustrato moral de los sistemas jurídicos modernos y que propugne que los jueces hagan un uso de su discrecionalidad lo más leal posible con tal sustrato moral (FERRAJOLI).

En ese tema de la decisión judicial, el formalismo ha tenido dos configuraciones principales: el paleopositivismo o positivismo metafísico del siglo XIX, encarnado, en el Derecho continental, por la escuela de la exégesis y la jurisprudencia de conceptos, y el iusmoralismo principialista y ponderador, el cual tiene su antecedente primero en la jurisprudencia de valores, toma la noción de principios jurídicos de DWORKIN y halla su síntesis metodológica en la doctrina de ALEXY y su diseño de la ponderación, como método para alcanzar las decisiones correctas de cada caso, en el marco de una ética de signo constructivista y con muy escaso espacio para la discrecionalidad judicial. Esa es la paradoja histórica que pretendo acreditar aquí: el principialismo alexyano y el conceptualismo decimonónico, el del primer JHERING, estructuralmente se parecen como dos gotas de agua, pues comparten la fe en la perfección del sistema jurídico, rellenan de metafísica el Derecho y piensan que hay un método que permite al juez arribar con objetividad y mucha certeza a la solución única correcta para cada caso.

2. Racionalidad del Derecho vs. racionalidad del juez

En la teoría del Derecho, se han dedicado ingentes esfuerzos y ríos de tinta para fundamentar la decisión racional de casos jurídicos. Siempre se conjugan dos elementos para este propósito: la racionalidad que se predique del Derecho mismo, en tanto materia, objeto, o *realidad* y el grado de esfuerzo,

metodológicamente guiado, que se le pida al sujeto, que en Derecho decide, a fin de alcanzar la decisión jurídica correcta. Y rige prácticamente sin excepción la siguiente regla: [...] *cuanto más alta es la racionalidad que al derecho como tal (y sea cual sea la materia prima de lo jurídico, según la teoría de turno) se le atribuye, menor es el énfasis que se pone en el esfuerzo reflexivo o cognitivo del juez; y, a la inversa, [...] cuanto mayor es el énfasis en los defectos estructurales e inevitables del Derecho, en tanto que medio regulador, más se destaca el papel determinante del conocimiento, la agudeza metodológica o las actitudes del juez o sujeto llamado a decidir los casos jurídicos.*

Generalmente y, en particular, en la literatura anglosajona, se presenta el panorama como de muy simple contraposición, entre enfoques formalistas y enfoques propios del llamado realismo jurídico (norteamericano). Formalistas serían aquellas viejas teorías que pensaban, que la decisión judicial consiste en un muy elemental silogismo, en el cual se ponen en relación los hechos y la norma, que a ellos se ajusta y surge, sin esfuerzo del juez, el fallo, con poco que argumentar, pues allí donde las dos realidades se ajustan perfectamente, la realidad fáctica y la normativa, poco más cabe añadir, si no es mostrar el prodigio lógico y hasta metafísico. A ese formalismo habría venido a ponerlo en serios apuros el realismo de aquellos jueces y profesores, que desde las primeras décadas del siglo XX, nos hicieron conscientes de que no es la lógica, sino la ideología la que mueve las decisiones judiciales, y que no es la competencia deductiva, sino la muy personal y *situada* intuición, la que determina los contenidos de los fallos.

Pero sin que quepa invalidar por completo el anterior esquema, habría que matizar que, al menos en los ámbitos del llamado

Derecho continental, las cosas son algo más complejas. No podemos comprender la mutación, en el modelo de racionalidad jurídica, si atendemos solo al elemento subjetivo al modo como el juez razona, o a la base subjetiva de su decisión. Hay que considerar también la idea del Derecho y, al menos en el Derecho continental, lo determinante fue el cambio en la idea de lo jurídico.

El tránsito del siglo XIX al XX fue, en la teoría jurídica, el paso del modelo del Derecho perfectamente racional -o casi- al modelo del Derecho no perfecto, defectuoso, por así decir. Sobre la escuela francesa de la exégesis influía el llamado mito del Legislador racional⁵ y, en consecuencia, el Derecho positivado en el código era contemplado como Derecho perfectamente racional. El sistema jurídico tenía tres propiedades, que lo hacían poco menos que perfecto: plenitud, coherencia y claridad; es decir, no había lagunas, ni antinomias y los problemas interpretativos o no existían, o eran desdeñables, o se podían resolver con ayuda de un método bastante sencillo generalmente consistente en la averiguación, mediante indicios históricos patentes, de cuál había sido la voluntad del Legislador. Si, además, se pensaba que los hechos hablaban por sí mismos y que poca o nula relevancia tenía la valoración de la prueba por el juez⁶, mero fedatario de lo fácticamente acaecido, era fácil desembocar en la visión de la decisión judicial como simple silogismo o elemental subsunción,

⁵ Sobre los orígenes y alcances de ese mito, véase especialmente CALVO GARCÍA. 1986, p. 103 y ss.

⁶ PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ habla de *decisionismo intimista* para referirse a aquel viejo hábito, no tan lejano, de pasar de puntillas sobre la motivación de los hechos y su prueba en la sentencia. IBÁÑEZ ANDRÉS, P. 2007, p. 9.

sin componentes creativos o subjetivos, pura objetividad como parangón de lo científico, así como el modo en que la razón teórica y la razón práctica, se daban la mano en el campo de la praxis jurídica.

Para los alemanes de la jurisprudencia de conceptos, también en el XIX los esquemas de fondo no eran muy diferentes pese a que, para ellos, no contaba de igual manera la idea del Legislador racional y ya que en los territorios alemanes, la codificación no se había impuesto, desde los inicios del siglo, como en Francia, sino que fue cristalizándose con más lentitud y en medio de muy conocidos debates⁷. Lo que cambiaba era la materia prima de lo jurídico, pues donde los franceses veían en los preceptos del código la esencia racional y plenamente objetiva del Derecho, los alemanes ubicaban tal racionalidad y objetividad perfectas en las ideas o *conceptos*, que componían algo así como la pirámide ontológica del Derecho. Baste recordar cómo, en Derecho privado, la idea matriz es la autonomía de la voluntad y de ella, se van deduciendo, con una especie de necesidad derivada de algo así como la lógica material, los contenidos que dan su ser y su sentido a los conceptos, que hacia abajo se encadenan, según su nivel de abstracción: negocio jurídico, contrato, compraventa y demás contratos, etc. Si los franceses se subsumían bajo enunciados claros, precisos y coherentes del *Code*, los alemanes encajaban, bajo los contenidos necesarios e inmutables, metafísicamente impuestos e invariables de cada concepto jurídico. Al igual que los artículos del código se van desplegando, con arreglo a la figura de un árbol del saber jurídico, los conceptos jurídicos, para la ciencia jurídica alemana, se van esquematizando, conforme a los trazos de un árbol *lógico* y en una escala, que baja de la abstracción

⁷ No se olvide que el BGB entra en vigor el 1 de enero de 1900.

a la concreción, paso a paso, hasta llegar a los conceptos más concretos, siempre genealógicamente dependientes de los más abstractos, que ocupan los peldaños superiores de la pirámide⁸.

De una manera, o de la otra, o bien porque el código encarna la autorregulación de la nación y es expresión de la sabiduría ínsita en el Legislador, que a la nación representa y a sí misma se regula, o bien porque los contenidos conceptuales o ideales de lo jurídico expresan un orden necesario del ser, un orden metafísico incontestable, lo jurídico es perfecto y plenamente racional y sus reglas -se deriven de las palabras del código o de los contenidos de cada concepto- permiten pensar que hay, para cada caso, una única solución correcta, predeterminada en el sistema jurídico y que el juez puede y debe hallarla, en cada litigio que resuelva. Bajo tales puntos de vista, los jueces no crean Derecho, no ejercen discrecionalidad y cuentan con un método plenamente operativo para extraer, con acierto, la solución, que para cada asunto yace en el subsuelo del sistema, sea ese subsuelo semántico y lógico, o sea ontológico, o metafísico. Tal vez los seres humanos resultan sumamente imperfectos y no muy sabios y lo mismo los jueces como humanos que son, pero poco importa, si la perfección está en el Derecho mismo y ese humano, quien juzga, no tiene que hacer mayor cosa que, con ayuda de elementales consignas metodológicas, sacar del sistema jurídico la solución única, correcta, para cada caso, por completo predeterminada a su voluntad, independiente de su subjetividad, no condicionada en modo alguno por sus preferencias personales, o sus convicciones

⁸ Pero no según las pautas, de lo que llamaría Kelsen, un sistema dinámico, sino de una especie de sistema estático, en el cual cada concepto inferior deriva sus contenidos de un concepto superior, en cuanto concreción o adecuación de éste para un ámbito más preciso.

morales, o ideológicas. Al igual que las verdades científicas no dependen de lo que al físico o al químico le guste o le convenga, la verdad de las soluciones jurídicas, lo que sea para cada caso, la solución jurídica verdadera no depende de nada que esté a merced de la conciencia, o la opinión del juez, sino de un orden objetivo, que el juez ni manipula, ni condiciona, pero que puede conocer, si emplea el método debido.

Fue esa concepción optimista y metafísica, idealista y confiada del Derecho la que sucumbió por completo con el paso del siglo XIX al XX. En Francia, la crítica destructiva de GÉNY⁹ no dejó de la escuela de la exégesis títire con cabeza, justo en el cambio de siglo, y luego llegó el particular sociologismo jurídico de los franceses y remató la faena. En Alemania, el JHERING, de la segunda época, inicia los ataques cuando faltan más de tres décadas para que el XIX termine y con el cambio de siglo. se consuma el descrédito definitivo de la jurisprudencia de conceptos, que muere bajo el fuego cruzado de KELSEN y su normativismo antimetafísico y el relativismo moral de EHRlich y los que, bajo su ejemplo, se adscriben al sociologismo jurídico de la escuela de Derecho libre (FUCHS, KANTOROWICZ, ISAY, etc.) de la jurisprudencia de intereses¹⁰, que funda HECK y desarrollan autores, tales como MÜLLER-ERZBACH o RÜMELIN, etc.

⁹ Sobre GÉNY y su crítica a la escuela de la exégesis, es fundamental ver la obra de BERNUZ BENÍTEZ, M. J. 2006; sobre el contexto en que surge esa crítica de GÉNY, *Ibid.* p. 17 y ss; y, sobre las características de la escuela de la exégesis, *Ibid.* p. 72 y ss.

¹⁰ Véase GARCÍA SALGADO, M. J. 2011.

Se puede decir, con bastante seguridad, que en los años veinte y treinta del siglo XX, no queda en Europa un solo autor informado e influyente¹¹, que siga anclado en la visión optimista e hiperracionalista, que de lo jurídico se tenía en el XIX y que todavía sostenga, que el Derecho es obra acabada de la razón, que la decisión judicial es un elemental silogismo, o una subsunción muy sencilla, que los valores del juez no influyen determinadamente en sus fallos, que no hay discreción judicial, o que no importan las razones de la sentencia, porque si ha sido correcto el razonamiento del juez, en el fallo se plasma la razón del Derecho. Y el realismo jurídico escandinavo firma la sentencia definitiva de muerte del optimismo de los juristas.

En medio de las enormes polémicas que en la primera mitad del siglo y en la teoría jurídica europea enfrentan a normativistas con empiristas, a psicólogos con sociólogos, a neokantianos y a neohegelianos, etc., etc., hay un acuerdo de fondo, en el cual el optimismo metafísico del siglo XIX está muerto, por mucho que los legisladores se esfuercen, el Derecho es incapaz de

¹¹ Cosa diferente es lo que siguió -¿y sigue?- sucediendo en algunas facultades de Derecho, en las cuales la gran mayoría de los profesores ni suelen ser influyentes, ni destacan por estar muy informados, y donde la idiosincrasia jurídica decimonónica perduró, mediante una organización de la enseñanza, a medida de la vieja concepción de lo jurídico como síntesis de la razón, u objeto de un aprendizaje acrítico, memorístico y cuasireligioso, con la bien conocida aproximación de la dogmática jurídica a la dogmática teológica y un inevitable descrédito de toda pretensión de cientificidad, racionalidad, o mera utilidad de unas disciplinas jurídicas, cultivadas con celo de sacristán más que con maneras de científico social. De hecho, la mayor parte de los profesores de Derecho, aun hoy, nada saben de ciencias o disciplinas, que no sean esa tan pedestre que enseñan.

abarcarse la compleja realidad social, en que los términos jurídicos tienen siempre su halo de indeterminación y en que los jueces crean o recrean el Derecho y obran con muy amplios márgenes de discrecionalidad. Pero cuando los jueces de la República de Weimar, primero, y del nazismo, después, usaron todo ese poder, que ahora la teoría les reconocía para derribar las estructuras del Estado de Derecho, para darle marcha jurídica al crimen y para convertir en agua de borrajas los derechos subjetivos, que las leyes y los códigos reconocían por igual a los ciudadanos, la teoría jurídica sintió la necesidad de retornar a los tranquilizadores esquemas de la fe en la razón, una fe bien contrafáctica; y el idealismo empezó a decir de nuevo que donde no exista justicia, no puede haber propiamente Derecho y que allí, donde en verdad el Derecho existe, proporciona a los jueces certezas racionales, con las cuales resolver cada pleito del modo objetivamente correcto, sin discrecionalidad y sin espacio para el abuso, o la tergiversación. Esa va a ser la historia principal del pensamiento jurídico de la segunda mitad del siglo pasado y hasta la actualidad o poco menos.

3. La jurisprudencia de valores alemana y su conservadurismo

Ante lo que podríamos llamar la duda sobre el elemento humano en lo jurídico, se imponía re-racionalizar el Derecho y para lograr eso, había que alejar la teoría jurídica del positivismo, que es la doctrina que afirma que las normas son jurídicas, en razón de las propiedades independientes de su condición moral, de la legitimidad del sistema político en el que rijan y de la racionalidad mayor o menor de su uso. El primer y decisivo paso lo da, en Alemania, la jurisprudencia de valores, que tiene su expresión emblemática en una afirmación, que en 1958 aparece, tanto en

el comentario que GÜNTER DÜRIG¹² publica sobre el apartado 1, del párrafo 1 de la Ley Fundamental de Bonn¹³, como en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán, en el caso Lüth y que reza así: *la Constitución es un orden objetivo de valores*.

La naturaleza de la Constitución es concebida como esencialmente axiológica y los valores constitucionales son los primeros y más altos del orden moral en que, en su esencia, el Derecho consiste¹⁴. Y de esos supremos valores, que conforman el sustrato básico de lo jurídico, el primero es el valor dignidad, recogido en aquel apartado primero del primer párrafo de la Constitución. Hasta tal punto es todo el orden constitucional un conjunto de valores, deducidos de ese valor primero o fundamental, y hasta tal punto los contenidos del sistema jurídico, son la plasmación normativa o regulativa de esos valores, que afirma DÜRIG que aún cuando la Ley Fundamental no tuviera más texto expreso que ese primer apartado, referido a la dignidad, el contenido real de la Constitución sería el mismo, pues todo lo que tras el párrafo 1 está escrito en la

¹² Dice UWE WESEL que DÜRIG es el *inventor* (Erfinder) del «sistema de valores» (Wertsystem) de los derechos fundamentales, noción de la que en adelante se sirvió el Tribunal Constitucional, a partir del caso Lüth. Véase WESEL, U. 2004, p. 131.

¹³ Recordemos que ese precepto dice que: *La dignidad humana es intocable* (unantatsbar).

¹⁴ Afirma BERNHARD SCHLINK que: *El tribunal constitucional federal se preocupó por no ser demasiado explícito en este aspecto, pero su manera de entender los derechos básicos como valores que componen un sistema de valores y de entender la acción libre como más o menos cargada de valor se fundamentó, de todas formas, en el renacimiento del Derecho natural, propio de aquella época. Esta concepción sobrevive en la manera actual de entender los derechos básicos como principios, y sobre esto último cita SCHLINK a ALEXY. SCHLINK, B. 2005, p. 47.*

Ley Fundamental, es pura deducción o desarrollo ineludible a partir del valor dignidad.

Es obvio que en la jurisprudencia de valores, al igual que en cualquier otra doctrina de impronta fuertemente iusmoralista, que, si el elemento primero del sistema jurídico auténtico es axiológico, esos valores no pueden ser de cualquier contenido, sino que han de ser los de la moral verdadera. De esa manera, cuando el juez decide, conforme a Derecho, ya no importan tanto las deficiencias o insuficiencias de los preceptos positivos, de los enunciados constitucionales, legales o reglamentarios, ya que puede completarlos, precisarlos y hacerlos plenamente coherentes, a base de verlos sobre el trasfondo de ese orden axiológico de contenidos verdaderos y necesarios. Por esta vía, y a partir de la jurisprudencia de valores, *reaparece*, pues, *el sueño decimonónico de que el Derecho es, en su trasfondo y más allá de la superficie, un orden perfecto -completo, coherente y claro-*, que encierra para cada caso una solución correcta, y de que la discrecionalidad judicial es inexistente o escasa, pues lo que al juez se le pide no es que colme lagunas, resuelva antinomias o elija interpretaciones posibles de los enunciados jurídicos, sino que realice las operaciones intelectuales, o siga las pautas metodológicas debidas, para dar con la solución objetivamente correcta para cada caso, que será la solución moralmente correcta y, simultáneamente, la solución jurídicamente adecuada, ya que Moral y Derecho se dan la mano y se aúnan en ese fondo axiológico o valorativo de lo jurídico. O, como más adelante dirá ALEXY, el Derecho es un caso especial de la razón práctica general.

La jurisprudencia de valores fue el recurso doctrinal de un constitucionalismo alemán de posguerra extraordinariamente

conservador y que quería poner, desde la Constitución misma, cortapisas a una eventual victoria algún día de partidos de izquierdas o menos conservadores¹⁵. Eso explica algunas tremendas sentencias del *Bundesverfassungsgericht*, en este tiempo, en el cual supuestamente se inspiraba en los mejores contenidos de los supremos valores constitucionales.

El antiparlamentarismo de fondo y la fobia al liberalismo se disfrazaban como apelación a la densidad moral de la Constitución, la Ley Fundamental de Bonn, de la que se quería alejar toda visión o interpretación de sus términos en clave positivista, y mostrar que no importaba tanto lo que la Constitución dijera como la unidad del pueblo, bajo los valores constitucionales, que esa doctrina ultraconservadora quería amarrar para siempre, con el fin de, ante todo, hacer al sistema inmune a los cambios que pudiera pretender la izquierda, si un día ganaba las elecciones democráticas. Toda *jurisprudencia de valores* ha sido siempre

¹⁵ Hay algunos paralelismos o coincidencias sorprendentes y muy aleccionadoras. Cuentan RÜCKERT y SEINECKE que la jurisprudencia de conceptos, que se conoce por ese nombre, desde que así la llamó, en tono burlón, JHERING, en 1884, tuvo su apogeo en los años 40 y 50 del siglo XIX y es *hija del* «constitucionalismo monárquico», ya que, más allá del texto legal y contra los monarcas, se intentaba *asegurar el Derecho, mediante los conceptos*. Por debajo de los conceptos, a los cuales las soluciones judiciales se remitían, estaban los valores políticos, sociales, económicos y morales, que los impregnaban. RÜCKERT, y SEINECKE. 2017, p. 148 y ss.

SEINECKE explica el contexto en que aparece la que se llamó jurisprudencia de conceptos, cómo su elaboración más acabada se debe al JHERING de la primera época, el de *Geist des römischen Rechts*, y cuán poco importaba a esos autores, en especial a ese primer JHERING, la letra de la Ley frente a la sustancia metafísica de los conceptos. RÜCKERT, y SEINECKE. 2017, p. 42.

bien contraria a cualquier *jurisprudencia democrática*, y quienes materializan la Constitución para lanzarla contra la ley que no sea formal o semánticamente inconstitucional, lo hacen siempre para apoderarse de la constitución misma y hacer pasar su moral personal por moral constitucional objetiva. Esa paradoja del constitucionalismo alemán de postguerra sigue lastrando el constitucionalismo actual de medio mundo: los profesores que interpretaban y sistematizaban la Constitución eran -y siguen siendo, muchas veces- absolutistas morales, quienes abominaban del pluralismo, la libertad, la autonomía individual y la democracia¹⁶.

Se trataba, por tanto, de hacer ver que el contenido de la Ley Fundamental, es mucho más denso y preciso de lo que la Constitución dice, y que todo cuanto en las palabras del texto constitucional queda impreciso, o ni siquiera es mencionado, está, sin embargo, perfectamente definido y regulado en ese fondo moral, que también es Constitución: la parte esencial de la Constitución. Se buscaba, pues, que pudiera el Tribunal Constitucional declarar inconstitucionales normas legales, que en modo alguno contradijeran los enunciados constitucionales, o que fueran plenamente compatibles con la semántica constitucional, pero que se opusieran a instituciones, tradiciones o reglas sociales, que ese constitucionalismo ultraconservador consideraba intocables, y que quería librar de todo riesgo de reforma por medio

¹⁶ Como nos recuerda GÜNTHER, en los años cincuenta y sesenta, en Alemania, la interpretación de los derechos fundamentales, como orden de valores (*Wertordnung*), planteaba conscientemente un contrapeso a la teoría liberal de los derechos fundamentales y más que procurar la efectividad de los derechos, quería mantener bajo control su desarrollo y su sumisión a los intereses superiores del Estado. GÜNTHER. 2013, pp. 79-80.

de la legislación. La historia del constitucionalismo del siglo XX nos enseña que el mejor recurso para evitar los cambios sociales, por vía legal, que más duelen a los poderes dominantes en un país, consiste en *materializar* la Constitución, a fin de que, digan lo que digan sus artículos, sea posible convertirla en guardiana del orden material y las prácticas establecidas, que más favorezcan a tales poderes. De WEIMAR para acá, el gran enemigo del constitucionalismo conservador ha sido siempre el Legislador, y la mayor desconfianza la han tenido siempre las élites políticas y jurídicas, respecto de la soberanía popular y el parlamentarismo. La forma de precaverse, ante las posibles reformas impulsadas desde los partidos de la izquierda, ha sido la de volver sus programas incompatibles con el orden constitucional. Así, por ejemplo, en aquella Alemania de los años sesenta dominada, en lo jurídico, por constitucionalistas, que, en su mayor parte, no le habían hecho ascos al nazismo en su día, importaba ante todo poner a salvo el orden tradicional de la familia y el alcance máximo de los contenidos del derecho de propiedad y, por tanto, había que agregar a los artículos de la Ley Fundamental, que a la familia o a la propiedad se referían, algo más: los valores de una moral particular y partidista, que convertían en inconstitucional el ataque contra el viejo orden familiar y económico.

4. Subsumir y ponderar: dos métodos con un designio común

Esa pátina conservadora, que está en los orígenes doctrinales de lo que más adelante se denominaría neoconstitucionalismo, se oculta, a base de fundir un par de decenios después, la jurisprudencia de valores con la teoría del Derecho de RONALD DWORKIN¹⁷,

¹⁷ Al exponer la teoría jurídica de DWORKIN, apunta sagazmente el precedente de la jurisprudencia de valores alemana. ZACCHARIA, G.

pensador de lo jurídico, quien no es conservador en sus propósitos políticos. DWORKIN combatía, en otro frente -el norteamericano o anglosajón-, estaba en otra disputa y, seguramente, no tenía ni la más lejana noticia del constitucionalismo alemán, de la jurisprudencia de valores, muy sucinta información sobre la historia de la teoría jurídica y constitucional europea y del Derecho continental. Quien sí conoce bien tanto la obra dworkiniana, como el pasado del constitucionalismo alemán es ROBERT ALEXY y a él le correspondió elaborar la gran síntesis¹⁸. Desde posturas políticas o morales, también conservadoras, pero de un conservadurismo ya no autoritario, como el de sus antecesores, sino más próximo a lo que se podría llamar la doctrina social de las iglesias cristianas -católica y protestante- a partir de los años ochenta, y con un lenguaje que abandona los viejos tonos de la metafísica y adopta ropajes analíticos, ALEXY insiste en la idea de que ni el Derecho constitucional de un Estado se acaba en lo que dice su Constitución o deciden sus tribunales, ni es la Ley democrática de ese Estado constitucional acorde con la Constitución, solamente, si no violenta los términos de ésta, pues también para ALEXY el verdadero Derecho es el que está de acuerdo con la moral verdadera, razón por la que la moral verdadera es la auténtica Constitución o la parte superior de toda Constitución auténtica.

2016, p. 432.

¹⁸ Indicios de cómo la jurisprudencia de valores se apoya en una metaética dubitativa o quizá poco elaborada, a medio camino, según los autores y los tiempos, entre una ética material de valores, al estilo de M. SCHELER y planteamientos consensualistas, emparentados con lo que actualmente se llama constructivismo ético, pueden verse en BYDLINSKI, F. 1992, p. 128 y ss. Véase un análisis más detallado de H. M. PAWLOWSKI, quien dentro de la jurisprudencia de valores alemana diferencia las siguientes corrientes: formal, material, normativa, objetiva y social. PAWLOWSKI, H. M. 1981, pp. 60-82.

Puesto que ALEXY presenta su teoría fortísimamente iusmoralista, ya no en alianza con un iusnaturalismo, con aromas de incienso y bien alejado de actitudes políticas ultramontanas, dado que toma esquemas conceptuales de DWORKIN, cuya filosofía política pasa por progresista, y en cuanto que actualiza la *metaética iusmoralista*, con una síntesis del constructivismo, que late en filósofos tan poco sospechosos, como HABERMAS o RAWLS, entre otros de los que llevaron a cabo la llamada *rehabilitación* de la razón práctica, ALEXY alcanza su más relevante logro, en clave de sociología constitucional, como es que se piense que es progresista, liberador de los pueblos y protector de los derechos, un constitucionalismo iusmoralista, que quiere poner cortapisas a la soberanía popular, limitar los poderes del Poder Legislativo, más allá de lo que en los términos de las constituciones se establece, y hacer que la última palabra -dentro de los límites constitucionalmente marcados- sobre los derechos de los ciudadanos, no la tengan los Legisladores legítimos, mediante el instrumento constitucional de la Ley general, sino las judicaturas y, en particular, los tribunales constitucionales más afines generalmente a los poderes *decentes* y más controlables, con las herramientas de la política tradicional y, por qué no más cercanos a las antiguas iglesias y los viejos cenáculos.

Lo que constituía para la teoría decimonónica el método silogístico, o el de la pura subsunción, lo es ahora el método de la ponderación¹⁹. Si aquéllos subsumían, los dworkinianos y alexyanos de ahora ponderan, unos y otros, convencidos de que el sistema jurídico es perfecto, en su fondo, de que la

¹⁹ Sobre el modo en que ALEXY contrapone subsunción y ponderación, véase ALEXY, R. 2003. Críticamente, véase a GARZÓN CÁRDENAS. 2018, p. 133 y ss.

discrecionalidad judicial no existe, o juega un papel marginal, o excepcional²⁰ y de que con ayuda del método, en cuestión, puede el juez dar con la única solución correcta para cada caso, solución que no depende de su conciencia, sino del recto conocimiento que ese juez alcance, caso por caso, de lo que desde su fondo moral, el sistema jurídico prescribe. Los franceses de la escuela de la exégesis confiaban ciegamente en la lógica y la semántica y subsumían los hechos del caso, bajo las palabras de la Ley, que imaginaban siempre claras y definitivas; los alemanes de la jurisprudencia de conceptos subsumían los hechos, bajo los conceptos que los abarcaban, conceptos que, vistos con los anteojos del realismo conceptual, eran más que palabras, eran

²⁰ El tema de la discrecionalidad judicial en ALEXY es discutido y merece un análisis más detenido aquí. ALEXY, desde luego, deja un cierto espacio para la discrecionalidad de los jueces y tribunales, cuando de la ponderación resulta un empate entre los principios enfrentados en la balanza. Pero, fuera de ahí, ALEXY se centra en subrayar que sí hay importantes componentes de discrecionalidad del Legislador, en los espacios que el sistema cede a su libre decisión. La clave estaría, a mi entender, en que cuando el Legislador tiene discrecionalidad, el juez constitucional carece de competencia para someter a escrutinio y posible anulación sus decisiones, pero cuando el juez sí tiene tal competencia y pondera, la ponderación funciona como vía para la constatación de la solución judicial objetivamente correcta, -salvo que se constate empate en el peso, entre los principios enfrentados-, no como ejercicio de discrecionalidad valorativa de los jueces. Véase, por ejemplo, ALEXY, R. 2009, p. 78 y ss.

Es muy equívoco ALEXY cuando dice, por ejemplo, que: *La teoría de la ponderación, basada en la teoría de los principios, está intrínsecamente articulada con una teoría de la discrecionalidad.* ALEXY, R. 2015, p. 221. Como ahí mismo explica, se trata de que al Legislador se le reconocen sus espacios de decisión -¿cómo podría ser de otro modo!-, y que la escala triádica, con que se pondera (grave, medio, leve), da pie, en ocasiones, a «puntos ciegos» y empates. *Ibid.* pp. 221-223.

entidades ideales (negocio jurídico, testamento, contrato, familia, patria potestad, prenda, propiedad, etc.), dotadas de un contenido metafísicamente necesario, inmutable y universal y sustraído a cualesquiera vaivenes sociales o políticos, conceptos que entre sí se encadenaban, según su grado de abstracción, formando algo parecido a aquel árbol genealógico del que habló el primer JHERING en cierta ocasión.

El constitucionalismo iusmoralista de ALEXY y de DWORKIN, sobre la base de la jurisprudencia de valores, cambia la materia prima del Derecho, el cual ya no se ve en enunciados, fruto de la razón jurídica imperecedera, ni en conceptos jurídicos universales y necesarios, sino en valores morales, constitucionalizados por sí hasta al margen de las palabras y los propósitos mismos del poder constituyente. Porque la moral es la Constitución y la Constitución verdadera no puede ser más que la versión jurídica de la verdadera moral, que es la moral verdadera. Precisamente, si ya no tiene sentido hablar de Derecho natural, como contraposición al Derecho positivo, es porque el Derecho natural se ha constitucionalizado y ahora éste no solo es ya Derecho positivo, sino Derecho positivo supremo, Derecho constitucional. Así lo dijo ya DÜRIG, en 1958, y así lo han repetido tantos luego como el propio ZAGREBELSKY, uno más de los que convierten lo dúctil del Derecho para poder someterlo al imperio de una moral rígida. Parece evidente que, si el Derecho natural se ha constitucionalizado, no ha sido a base de modificar sus esquemas, sino de mantenerlos indemnes, o adaptándolos a los tiempos; de la misma manera que el iusnaturalismo ha ido siempre acomodándose a la evolución social. No olvidemos, por ejemplo, que cualquier iusnaturalista de la actualidad²¹ afirmará,

²¹ Aunque quedan pocos, porque, para sus propósitos, ya no les hace

sin ruborizarse, que el Derecho natural, siempre y en todo tiempo, ha estado a favor de la plena igualdad jurídica de hombres y mujeres, o del divorcio, o de la libertad sexual entre adultos con capacidad para consentir.

4. Moral objetiva y decisión judicial correcta

Si el Derecho no es solo ni principalmente lo que dicen las constituciones, las leyes, los reglamentos, o los repertorios jurisprudenciales, sino que es lo que manda la moral verdadera para cada caso y a base de concretar para ellos los contenidos prescriptivos, que se deducen de los valores morales en liza, la decisión correcta en Derecho tiene que ser la de un juez, que tenga recursos aprendidos o naturales para conocer lo que ese orden moral-jurídico de fondo determina y que posea un método capaz de traducir esas determinaciones de fondo a contenidos de la sentencia.

Dicho de otra manera, si para la escuela de la exégesis, la aplicación del Derecho no es más que un sencillo silogismo para el que vienen dados, con independencia de las valoraciones del juez, los contenidos de la premisa normativa y de la premisa fáctica, los fallos judiciales son esencialmente previsibles y los jueces son fungibles, en el sentido de que cualesquiera jueces, capaces de razonar correctamente y puestos ante el mismo caso, lo decidirán de manera idéntica. Si para la jurisprudencia de conceptos, la decisión judicial consiste en subsumir, o encajar los hechos del caso, perfectamente delimitables y averiguables, bajo los contenidos ontológicamente ciertos y patentes de las ideas, o conceptos jurídicos, nada más hace falta que los jueces tengan

falta ser iusnaturalistas, les basta hacerse principalistas y marcar los tiempos de la ponderación.

la debida formación para conocer en detalle tales contenidos conceptuales y para entender el modo en que entre sí se ordenan y se encadenan; pero, sentado tal conocimiento, también son intercambiables los jueces, sin que varíen los contenidos de sus decisiones de los casos. Y si para el principialismo iusmoralista de ahora, en el subsuelo moral de los ordenamientos, los valores se acomodan, según un orden, que se manifiesta al pesar la manifestación de esos valores en los principios jurídicos, que concurren para cada caso, lo que importa es que el juez sepa de tales valores y principios y a partir de ese conocimiento y de un adecuado manejo de una balanza, cuyos resortes él no manipula, jueces diferentes pesarán o ponderarán igual, en el mismo caso, pues no tiene sentido pensar que, siendo objetiva la ponderación, varíe el resultado, dependiendo de quién pondere. Así que cuando en un tribunal de 5 magistrados, todos ponderan y deciden por mayoría y no por unanimidad, necesariamente alguno yerra, ya que por definición, no pueden haber ponderado todos igual de bien y llegado a resultados divergentes.

Un sistema jurídico, cuyos contenidos regulativos y prescriptivos para cada caso van más allá de los enunciados normativos positivos y sus indeterminaciones -vaguez, ambigüedad, antinomias, lagunas-, no abre al juez un abanico de decisiones posibles -al tiempo que le cierra otras decisiones, por incompatibles con los enunciados normativos-, sino que le prescribe una decisión única para cada caso. Conforme a esas teorías de la única respuesta correcta, cuando el juez hace lo que debe, decide como debe, que es como el Derecho unívocamente le manda y de esa manera, tal juez ratifica ese sistema como plenamente objetivo.

En la economía, nos mueve la mano invisible del mercado y en el Derecho, nos determina la mano invisible de la moral.

El Derecho opera, según su inmanente racionalidad jurídica, que es, en el fondo, una racionalidad moral. Somos tan libres como previsibles y porque somos, a la vez, libres y previsibles funcionan el mercado y el Derecho. Ahí, estaría esa especie de analogía estructural, entre la teoría económica clásica y la teoría jurídica *clásica*, sea en la versión del positivismo metafísico de la escuela de la exégesis y la jurisprudencia de conceptos, o sea en la adaptación casi posmoderna del iusmoralismo principialista. Y siempre con un objetivo inconfeso y aglutinador: que todo siga siendo como debe ser, a base de aparentar que las cosas ya son, en todo momento, como deben. Al menos sobre el papel, cada uno ya tiene lo suyo, sea según las reglas del mercado, sea de conformidad con los principios de la Constitución, y toda pretensión social o legislativa de alterar ese orden no solo es antieconómica o inconstitucional, sino que es, ante todo, inmoral. De eso es de lo que, en el fondo, se nos quiere convencer. Y por tal razón, la teoría que mejor se opone a la crítica al Derecho vigente, es la teoría iusmoralista al estilo del principialismo, pues si las constituciones ya son perfectas en sus contenidos axiológicos, ¿a ver cómo se pone usted a reprocharles injusticia a esas constituciones axiológicamente perfectísimas?

5. Constructivismo ético y verdadera constitución

No podemos captar bien el panorama, si no tomamos conciencia de lo que el constructivismo ético representa para el constitucionalismo iusmoralista de nuestros días. Las teorías de la única decisión correcta en Derecho presuponen algún tipo de sintonía, entre el sujeto que en Derecho decide y ese orden objetivo externo a él. Si el Derecho es un sistema normativo que, sea cual sea la materia prima de sus normas (enunciados legales producidos por el Legislador racional, conceptos, valores),

contiene una única solución correcta predeterminada para cada litigio -o casi-, hará falta que los jueces posean algún atributo o don, o cuenten con algún método, que les lleve a descubrir esa solución, que dé pie a que esa solución se les manifieste cuando deban emitir sentencias. Sobre esto podría quizá decirse que del siglo XIX a la actualidad, hemos evolucionado de la fe a la razón teológica, o -permítaseme la broma- de una teología jurídica luterana a una más católica. En el siglo XIX, se venía a pensar que bastaba con la fe, o que la solución correcta del caso, se le hacía presente al juez algo así como por ósmosis. A un juez bien formado, usted lo coloca ante unos hechos y a él se le manifiesta la norma o el concepto, sin que deba hacer más que dejarse llevar por su impulso lógico; hechos y normas se acomodan solos, se *aparean* en la conciencia pasiva del juez y el fallo se genera como fruto de esa síntesis metafísica.

En cambio, el iusmoralismo actual, que abraza la idea de la única decisión correcta y que rechaza, o reduce a mínimos la discrecionalidad judicial, es más complejo a la hora de indicar cómo se le vuelve visible al juez esa decisión moral-jurídica, que el sistema le brinda para cada caso. Ya no se apela a la evidencia inmediata y el método se torna más intrincado. Particularmente para ALEXY, es capital la aportación del constructivismo ético. No se sostiene que una elemental operación intelectual o un mero cálculo pueda llevar al juez a descubrir, en el sistema jurídico-moral, lo justo, sino que el juez ha de hacer abstracción de su subjetividad y, una vez que ha delimitado cuáles son los valores y principios concurrentes, debe preguntarse cómo decidirían ese caso cualesquiera sujetos racionales, que no estuvieran sometidos a condicionamientos y limitaciones de todo tipo; que buscarían el acuerdo de la comunidad ideal de habla o del auditorio universal; y, no dejarían de argumentar racionalmente

con sus interlocutores, igual de racionales, hasta que se alcanzara el acuerdo sobre la solución mejor, que por ser la solución así racionalmente acordada, es la solución única objetivamente debida. Pues solución correcta para cada caso será aquella sobre la que hipotéticamente podrían estar de acuerdo cualesquiera sujetos, que sobre las alternativas decisorias dialogasen en condiciones para argumentación ideales y con pleno respeto a las reglas de la argumentación racional.

Por tanto, el sujeto de carne y hueso que, como el juez, tiene que dirimir un conflicto, que es jurídico, sin dejar de ser, en su fondo, un conflicto moral²², ha de comenzar en sí mismo, planteándose las alternativas decisorias en el caso, y ha de salir luego de sí mismo para interrogarse acerca de cómo decidiría él, si en lugar de ser él, fueran muchos y en lugar de estar cognitivamente limitado como él está decidiera bajo condiciones de racionalidad perfecta. Y a ese juez, que por razón de sus limitaciones fácticas (falta de tiempo, insuficiencia de la información disponible, etc.) y cognitivas (no es un sabio absoluto, tiene lagunas en su formación, prejuicios, sesgos, ideología, etc.) no puede, por definición, descubrir cuál es la solución objetivamente correcta, se le pide que aplique la solución objetivamente correcta como si la hubiera podido descubrir; y, por tal motivo, se dice que no tienen discrecionalidad, sino que el decidir cada caso, está amarrado a la razón objetiva, independiente de él.

Uno de los más interesantes enigmas de la teoría jurídica alexyana está en cómo pueden conciliarse y combinarse el modelo de

²² Aunque quedan pocos porque, para sus propósitos, ya no les hace falta ser iusnaturalistas, les basta hacerse principalistas y marcar los tiempos de la ponderación.

racionalidad argumentativa de la decisión judicial que Alexy nos presenta en su *Teoría de la argumentación jurídica*, con su fuerte inspiración constructivista, y el modelo de ponderación, que nos propone, a partir, principalmente, de su obra *Teoría de los derechos fundamentales*, ya patentemente formalista. Pero más allá de esa duda sobre la que no me toca extenderme aquí, en ALEXY, antes en DWORKIN, y en todo el constitucionalismo principialista actual está de un modo u otro presente esa idea de que la decisión correcta de cada caso en Derecho, no solo se encuentra predeterminada en el fondo axiológico del sistema jurídico y es cognoscible, a base de seguir cierto proceder metódico, que es más propio del razonamiento moral, que del razonamiento jurídico-formal o técnico-jurídico, sino que el juez hallará esa solución, tanto más cuanto más sea capaz de abstraerse de sí mismo y sus circunstancias y de razonar como un sujeto genérico, como un decidor perfectamente imparcial, como un ser dotado de razón, que consigue pensar, sin los condicionamientos de sus circunstancias y de su biografía. De ahí que desde esos patrones teóricos, se crea que, si todos los jueces fueran perfectamente racionales, todos decidirían de modo igual el mismo caso, porque, a la postre, la verdad no tiene más que un camino y ese camino es el mismo para AGAMENÓN o para su porquero.

Para el iusmoralismo de la única respuesta correcta, ante casos jurídicos iguales, tendrán igual motivo todos los sujetos para dar con la misma respuesta, que es la que en el fondo del sistema jurídico late y aguarda a ser aplicada; y si quienes deciden, a veces divergen, será debido a que existen defectos en el razonar, que concluyen el camino hacia la verdad objetiva y el orden debido. Porque, a la hora de la verdad, todo el que mentalmente visita el auditorio universal, vuelve de allá poseído por la solución

justa del caso, que es la que aceptan imparcialmente todos esos individuos ideales, que en tal auditorio imaginario argumentan y acuerdan.

Insisto en que para el Derecho continental, está mal planteada esa antítesis y en que la contienda es entre racionalismo e irracionalismo jurídico. Así, por ejemplo, KELSEN, que en tantas cosas discrepaba del realismo jurídico empirista de ALF ROSS, en su teoría de la decisión judicial se alinea con los irracionalistas, mientras que, sin embargo, autores de hoy, tales como DWORKIN o ALEXY, tendrían que incluirse, sin duda, entre los racionalistas. Y, por otro lado, hay que recordar de nuevo que *poco o nada tienen que ver las teorías formalistas de la decisión judicial con las teorías formalistas de la validez jurídica*. La doctrina kelseniana es formalista, en cuanto a la validez del Derecho, pero indudablemente antiformalista en su concepción de la decisión judicial y de la praxis jurídica. Su teoría es *pura*, en cuanto teoría de la ciencia jurídica, pero radicalmente *impura* al explicar la decisión judicial y cuantas decisiones en el mundo del Derecho se expiden. Y bastantes de los iusmoralistas, quienes combaten a conciencia las teorías formalistas de la validez jurídica, podrían seguramente ser incluidos entre los que se acercan a una teoría formalista de la decisión judicial. Pues, insisto, si el contenido de la decisión correcta está de alguna manera predeterminado y es independiente por completo de la voluntad o discrecionalidad de quien decide, y si hay un método *formal*, como la ponderación, que vale para extraer con toda o mucha objetividad esa decisión correcta para cada caso, algo o mucho de formalista hay en tal teoría de la decisión judicial²³. Lo contrario a decisión formalista

²³ Oigamos a ALEXY sobre el peculiar formalismo de la ponderación: *Comenzamos con la pregunta de si existe una estructura formal de la*

sería decisión discrecional y si no llamamos formalistas a los iusmoralistas, que en su teoría de la decisión judicial niegan la discrecionalidad, o la convierten en marginal, habría que buscar un término similar que los describiera.

El formalismo de la decisión judicial, por tanto, es una dirección de la teoría jurídica, que se opone a la afirmación de la discrecionalidad como propiedad insoslayable de la decisión de los jueces tal como afirman las principales corrientes iuspositivistas del siglo XX, empezando por KELSEN y HART y siguiendo con BOBBIO o FERRAJOLI, por no hablar del irracionalismo extremo del positivismo empirista, propio de los realistas jurídicos, antiformalistas radicales. *El formalismo de la decisión judicial*²⁴ es característica definitoria de las teorías de la única respuesta correcta en Derecho. Si en el sistema jurídico está de algún modo predeterminada o prediseñada la solución, para cualquier

ponderación, que sea en algún sentido similar al esquema general de la subsunción. La respuesta que podemos dar ahora es positiva. A pesar de algunas diferencias importantes, la semejanza es sorprendente. En ambos casos se puede identificar un conjunto de premisas de las cuales es posible inferir el resultado. Ni la fórmula de la subsunción, ni la fórmula del peso contribuyen de manera directa a la justificación del contenido de esas premisas. En esa medida, ambas son completamente formales. Pero esto no tiene por qué aminorar el valor que hay en identificar la clase y la forma de las premisas que son necesarias para justificar el resultado. No obstante, la relación entre las premisas y el resultado es diferente. La fórmula de la subsunción representa un esquema que funciona de acuerdo con las reglas de la lógica; la fórmula del peso representa un esquema que funciona de acuerdo con las reglas de la aritmética. ALEXY, R., en CÓRDOBA, J. (trad.). 2003, p. 109. Ese peculiar formalismo de ALEXY lo destaca, por ejemplo, MORESO: Mientras la subsunción es un esquema que trabaja con arreglo a las reglas de la lógica, la ponderación trabaja de acuerdo a las reglas de la aritmética. MORESO, J. J. 2009, p. 230.

²⁴ No de la teoría de la validez jurídica, repito.

caso, se necesita algún razonamiento *formal* para que quien, en Derecho decide los casos, pueda hacer llegar a su conciencia, a su conocimiento, esa solución externa a él y que éste de ninguna manera determina o reconfigura. Podrá ser, por tanto, un cálculo lógico o *aritmético*, un pesaje, una intuición objetiva, o cualquier proceder, que afiance la correspondencia objetiva entre el fallo que el juez emite y lo que el sistema jurídico manda, que el juez falle al margen por completo de las preferencias de tal juez.

Así puestas las cosas, el mayor riesgo se encuentra en la desfiguración de la solución única, objetivamente correcta, que resulta de la interferencia de algún factor subjetivo del juez, sea su ideología, sus prejuicios, su interés, su moral personal, etc. El juez será tanto más fiel al resultado objetivo para cada caso que el sistema jurídico le señala, cuanto más salga de sí mismo, cuanto menos sea él mismo, como individuo *situado* y condicionado, y cuanto más se comporte como individuo genérico, como sujeto, sin atributos que lo individualicen, como observador radicalmente imparcial, cuanto menos personal y más *mecánica* sea su manera de ubicarse ante el caso; cuanto más, en suma, consiga el juez colocarse mentalmente en la rawlsiana posición originaria y bajo el velo de ignorancia, o cuanto más sea capaz de imaginarse como uno más de aquéllos que argumenten perfectamente soluciones racionales del perelmaniano auditorio universal o de la habermasiana situación ideal de diálogo.

Aquí es donde la teoría de la argumentación jurídica al estilo de ALEXY se da la mano con el constructivismo ético. El sistema jurídico, concebido en clave iusmoralista como la de ALEXY, prescribe que la decisión judicial sea ante todo justa, y en caso de que haya una tensión fuerte, entre las demandas de la justicia y las del Derecho *formal*, vencerá la justicia y la decisión plenamente

jurídica será, curiosamente, la decisión *contra legem*, porque como tantas veces resalta ALEXY, la decisión jurídica es un caso especial de la decisión práctica general y, por tanto, lo que a la postre busca siempre es la decisión moralmente correcta de cada caso, y gana la moral cuando es fuerte la tensión entre lo que la justicia prescribe y lo que la norma jurídico-positiva manda. Para eso sirven los principios, con su anclaje en valores morales, para justificar como plenamente jurídica la decisión *contra legem*, la decisión opuesta a la regla legal, presentada como decisión que no nace de una preferencia moral personal del juez o tribunal, sino como resultado objetivo de un pesaje, llevado a cabo conforme a los pasos del método ponderativo. Pesar o ponderar principios es una manera de sentar, caso a caso, cuál es la solución *moralmente* mejor para el caso jurídico; si la que prescribe la norma positiva, que venga al caso, o la que mande el principio de raigambre moral, que a esa norma positiva, en ese caso, se opone. Pues no debemos perder de vista que la ponderación, es una operación de cotejo moral²⁵, de opciones decisorias, es un esquema de razonamiento moral como corresponde a la radicalidad. Para ALEXY, el Derecho está al servicio de la moral, y a la rotundidad con la que pretende demostrar que jamás hay que hacer caso al Legislador, ni siquiera al más democrático, cuando su solución para un caso choque con las demandas claras de la moral verdadera.

7. ¿Racionalidad argumentativa?

¿Cómo puede el juez saber cuál es la solución moral y justa para el caso, a fin de ver si esa solución moralmente correcta, cuadra o no con la solución legalmente prevista? Aquí, repito, ALEXY ofrece dos opciones, que no me parecen muy fácilmente

²⁵ Más ampliamente, véase GARCÍA AMADO, J. A. 2016a.

conciliables. La primera y más obvia es la de la ponderación y, la otra, la de la racionalidad argumentativa. La ponderación consiste en pesar y aplicar la fórmula del peso, según esquema aritmético, que es distinto del esquema lógico de la mera subsunción, pero igualmente formal y formalista.

La racionalidad argumentativa consiste en exigir que los argumentos en pro de cada solución, se manejen no cotejándolos con las preferencias y creencias del juez o individuo, llamado a decidir el caso, sino del modo como los considerarían cualesquiera miembros de una comunidad de argumentadores perfectamente racionales e imparciales. Lo que ellos decidirían, en su caso, es lo que debe decidir el juez, que en realidad no es, ni puede ser uno de ellos, aunque lo desee y se le pida que lo intente. Ese es el paso, que va de DWORKIN a ALEXY. Mientras que el Hércules dworkiniano es un ideal puramente postulado, pero que no se desempeña en ningún sitio, el argumentador racional de ALEXY es un humano genérico, quien vive en la teoría de una sociedad perfecta de argumentadores sin tacha. Hércules es un genio imaginado, pero el argumentador racional de ALEXY es cualquiera de nosotros, a quien postulamos, colocado en un contexto que asegure la imparcialidad de su razonamiento; cualquiera de nosotros, tal como somos, pero sin biografía, sin ideología, sin prejuicios, sin creencias definidas. Cualquiera de nosotros, como seres con biografía, ideología, prejuicios, creencias, debe decidir los casos, en tanto que el juez lo hace, como si estuviera *allá* y no aquí, como si fuera perfectamente racional e imparcial en lugar de ser como es. Hay que empezar por intentarlo, luego conviene creérselo y, a continuación, se decide, diciendo que ya está y que así fue²⁶.

²⁶ Estamos muy cerca de ese modelo de teórico o profesor de Derecho,

Por su parte, las corrientes teóricas de estilo positivista, que proclaman la discrecionalidad judicial como elemento ineludible en la decisión²⁷, ya sea en mayor o menor medida, según los casos, y que, por tanto, se oponen al formalismo de las teorías de la única decisión correcta en Derecho -o casi- ponen por delante lo que los otros niegan: la insoslayable influencia de los elementos subjetivos en la decisión judicial. Mientras lo que para los formalistas es un riesgo, que no logran ignorar, pero que tratan de desterrar, para los iuspositivistas o antiformalistas es una certeza, y se pueden buscar recursos para que esa inevitable discrecionalidad judicial, no degenera en incontrolable y fatídica arbitrariedad. Aquí, es donde podemos apreciar una escala de radicalidad, con su polo más optimista en quienes creen que caben instrumentos, que en alguna medida controlen el alcance y los efectos de la discrecionalidad judicial, y con su polo opuesto, en los más extremos irracionalistas, para quienes ningún modo existe de controlar la libérrima voluntad de los jueces y su poder para decidir cada caso como les dicte su preferencia o determine su moral. Para estos escépticos completos, la única vía que las sociedades tienen para evitar los desastres, derivados del supremo poder de los jueces para decidir como quieran; presentar sus decisiones, como resultado de lo más objetivo del

que ANDRÁS JÁKAB denomina modelo del teórico *profeta*, y que pretende siempre decir a los jueces cómo deben decidir. Ese modelo de teórico *profeta* considera que él sabe siempre cómo hay que decidir cada caso y que los jueces deben sentenciar, en correspondencia, con eso que él sabe, siguiéndolo a él. Su sabiduría proviene de un conocimiento profundo de los fundamentos de la vida social y de las supremas verdades morales, traducidas a principios jurídicos. *Es un Hércules y, si lo seguimos a él, acabaremos siendo como él: pura luz, inmaculada sabiduría, portavoz de la verdad y la justicia para cada caso.* Véase JÁKAB, A. 2011, p. 765 y ss.

²⁷ Así, entre tantísimos, FERRAJOLI, L. 2011, p. 20.

Derecho; y, sus más recónditos principios consiste en procurar que esos jueces, tengan una buena formación, sean socialmente responsables y cultiven una ética personal bien estricta, que los lleve a ser decentes y, en la medida de lo posible, considerados con los intereses del prójimo y no preocupados, únicamente, del cultivo esmerado de los suyos propios²⁸.

Quienes no son tan irracionalistas o escépticos pueden llegar a algún acuerdo sobre la utilidad de las reglas argumentativas o del modelo de racionalidad argumentativa, como herramienta para un cierto control del uso que de sus márgenes de discrecionalidad el juez haga²⁹. Tres grupos podríamos mencionar aquí sintéticamente. Los *formalistas* de la única decisión correcta y que se inspiran en ALEXY y el constructivismo ético, piensan que la racionalidad argumentativa, en cuanto racionalidad imaginada en su ejercicio en una comunidad ideal de hablantes, sirve para mostrar el camino hacia la única respuesta jurídicamente válida, que es la única respuesta moralmente correcta, a la postre. Que no quede muy claro cuánto de esa decisión jurídica perfectamente objetiva y racional se consigue, mediante tal expediente constructivo-argumentativo y cuánto se alcanza a base de ponderar, siguiendo los tres pasos por ALEXY marcados -tests de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto-, es algo que, repito, no me toca analizar en este artículo; y tampoco puede aquí mi examen ir mucho más allá de señalar que en ALEXY, hay dos épocas y que la segunda, la de la ponderación, implica un énfasis

²⁸ Sirva como ejemplo de este enfoque lo mucho que sobre la selección de los jueces, entre los juristas más expertos y mejor formados y los más decentes; sobre ellos escribieron los autores de la llamada escuela de Derecho libre, con ERNST FUCHS, a la cabeza, en Alemania, en los comienzos del siglo XX. Véase GARCÍA AMADO, J. A. 1997.

²⁹ Cfr. GARCÍA AMADO, J. A. 2016b.

formalista, que no aparecía en sus primeros tiempos, los de su libro *Teoría de la argumentación jurídica*.

Como segundo grupo, habría un positivismo jurídico no radical en su irracionalismo y no, necesariamente, vinculado al relativismo ético, o a posturas antiobjetivistas en metaética. Ese iuspositivismo moderado vería utilidad al modelo de racionalidad argumentativa no como vía, para el hallazgo de la única solución correcta, sino como instrumento para detectar decisiones judiciales, deficientemente racionales por falaces o insuficientemente argumentadas. Y en el tercer grupo estarían los que más próximos a un iuspositivismo empirista, de corte realista, que a uno normativista piensan que para nada sirve tampoco la teoría de la argumentación, con su énfasis en ciertos modelos de racionalidad argumentativa al tiempo de acotar o controlar la total libertad del juez cuando decide como mejor le parece y de justificar su decisión como mejor nos convenza.

Para los primeros, los iusmoralistas como ALEXY, la racionalidad argumentativa es instrumento privilegiado de la razón práctica, que manda sobre el Derecho y la decisión judicial. Para los segundos, los iuspositivistas no completamente escépticos, la racionalidad argumentativa es una herramienta útil, práctica para detectar posibles decisiones arbitrarias, aunque no sirva para encontrar, o fundar la única decisión correcta en cada caso. Para los terceros, la racionalidad argumentativa es una revitalización de la simple retórica, con la que puede cualquiera que decida presentar seductoramente su decisión, si es hábil en el manejo de los recursos argumentativos.

A mi modo de ver, es indudable que la teoría de la argumentación, tal como la iniciaran precursores como VIEHWEG, PERELMAN o

RECASÉNS y así como se plasma en el *primer ALEXY*, ha rendido frutos importantes a la teoría de la decisión judicial al margen de que se esté de acuerdo o no con la tesis del caso especial de *ALEXY* y con su iusmoralismo. Quiero decir que hay un modelo básico de racionalidad argumentativa, que es asumible por cierto iuspositivismo, o por cualquier teoría no iusmoralista del Derecho. Son las bases de esa teoría, que compartieron autores, en algunos sentidos tan diferentes como *AARNIO*, *PECZENICK*, *WRÓBLEWSKI*, *MACCORMICK*, *ALEXY* o *ATIENZA*, entre muchos otros. Esa que podríamos llamar teoría básica de la argumentación jurídica ha servido para rehabilitar la lógica formal como instrumento útil para el análisis de la racionalidad de las decisiones judiciales, dentro de su dimensión de justificación interna, según la archiconocida distinción introducida por *WRÓBLEWSKI*. También ha impulsado el estudio de las condiciones de uso racional de muy distintos argumentos, interpretativos y no interpretativos, frecuentes en la motivación de las sentencias. Y por mencionar una tercera utilidad difícilmente negable, la teoría *básica* de la argumentación ha incentivado el estudio en la teoría jurídica de las falacias y su uso y su papel en el razonamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R. “On Balancing and Subsuntion. A Structural Comparison”, *Ratio Iuris*. N.º 16, 2003. Hay dos traducciones al español: Ídem. “Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”, *Pensamiento Jurídico*. Córdoba Johanna (trad.). N.º16, 2006; ídem. “De la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”, Montealegre Lynnett, E., Bautista Pizarro, N., y Vergara Peña L. F. (comp.). *La ponderación en el Derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el Derecho alemán*. Vergara Peña, Luis Felipe (trad.). Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

_____. “Sobre derechos constitucionales a protección”. García Manrique, R. (ed.). *Derechos sociales y ponderación*. 2.^a edición. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

_____. “Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa”. Fabra Zamora, J. L., y García Jaramillo, L. (coords.). *Filosofía del Derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*. Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P. *Los hechos en la sentencia penal*. Ciudad de México, Fontamara, 2007.

BERNUZ BENÍTEZ, M. J. *François Gény y el Derecho. La lucha contra el método exegético*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

BYDLINSKI, F. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2.^a edición. Wien, New York, Springer, 1991.

CALVO GARCÍA, M. “Metodología e interpretación: el postulado de la racionalidad del Legislador”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. N.º 3, 1986.

FERRAJOLI, L. *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*. Tomo 1: Teoría del Derecho. Andrés Ibáñez, P., Bayón, C., Gascón, M., Prieto Sanchís, L., y Ruiz Miguel, A. (trads.). Madrid, Trotta, Andrés Ibáñez, 2011.

GARCÍA AMADO, J. A. “Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. N.º 14, 1997.

_____. “Sobre formalismos y antiformalismos en la Teoría del Derecho. Eunomia”, *Revista en Cultura de la Legalidad*. N.º 3, 2012.

_____. “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación”, *Revista Iberoamericana de Argumentación*. N.º 13, 2016a.

_____. “¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica?”, *Teoría & Derecho*. N.º 20, 2016b.

GARCÍA SALGADO, M. J. *La jurisprudencia de intereses de Philipp Heck*. Granada, Comares, 2011.

GARZÓN CÁRDENAS, R. “La subsunción de Alexy y la pregunta por la racionalidad de la ponderación”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM. Nueva Época*. N.º 8, 2018.

GÜNTHER, F. “Jemand der sich schon vor fünfzig Jahren selbst überholt hatte. Die Nicht-Rezeption Hans Kelsens in der bundestdeutschen Staatsrechtslehre der 1950er und 1960er Jahren”. Jestaedt, M. (ed.). *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2013.

JÁKAB, A. “Seven Role Models of Legal Scholars”, *German Law Journal*. N.º 12, 2011.

MORESO, J. J. “Alexy y la aritmética de la ponderación”, García Manrique, R. (ed.). *Derechos sociales y ponderación*. 2.^a edición. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

PAWLOWSKI, H. M. *Methodenlehre für Juristen*. Heidelberg, Karlsruhe, C. F. Müller, 1981.

RÜCKEERT, J. y SEINECKE, R. “Zwölf Methodenregeln für den Ernstfall”. Rückert, J., y Seinecke, R. (eds.). *Methodik des Zivilrechts von Savigny bis Teubner*. 3.^a edición. Baden-Baden, Nomos, 2017.

SCHLINK, B. “¿Por qué Carl Schmitt? Precedente”, *Revista Jurídica*. N.º 47, 2005.

SEINECKE, R. “Methode und Zivilrecht beim Begriffsjuristen Jhering (1818-1892)”, Rückert, J., y Seinecke, R. (eds.). *Methodik des Zivilrechts von Savigny bis Teubner*. 3.^a edición. Baden-Baden, Nomos, 2017.

WESEL, U. *Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik*. München, Karl Blessing, 2004.

ZACCHARIA, G. “Il Diritto come pratica interpretativa: Ronald Dworkin”, Bongiovanni, G., Pino, G., e Roversi, C. (edits.). *Che cosa è il Diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*. Torino, Giappichelli, 2016.

LA INCIDENCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN
EN LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

LA INCIDENCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA¹

NADYA GARCÍA YÉPEZ²

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA - ESPAÑA

RESUMEN:

Los medios de comunicación desempeñan una función importante que es la de difundir información, son los encargados de crear la opinión pública y, por ende, su influencia es determinante en la sociedad; para ello, se fundamentan en el derecho a la libertad de información, pero ¿qué pasa si este derecho colisiona con otros, también fundamentales, como el de la presunción de inocencia? Cuando los medios de comunicación, en el ejercicio de sus actividades, difunden información acerca de procesos penales, que se están llevando a cabo en la administración de justicia, un mal manejo de la información podría implicar serias vulneraciones al debido proceso.

PALABRAS CLAVES:

Presunción de inocencia, medios de comunicación, juicios paralelos, debido proceso, opinión pública

¹ Artículo recibido el 29 de octubre de 2019 y aprobado el 24 de noviembre de 2019

² Investigadora y Doctoranda en la Universidad de Salamanca
ORCID: 0000-0003-4444-3818

ABSTRACT:

The media play an important role that is to disseminate information, they are responsible for creating public opinion and, therefore, their influence is decisive in society, to do this, they are based on the right to freedom of information, but what happens if this right collides with others, also fundamental, such as the presumption of innocence? When the media, in the exercise of its activities, disseminate information about criminal proceedings, which are being carried out in the administration of justice, mishandling of information could imply serious violations of due process.

KEYWORDS:

Presumption of innocence, media, parallel trials, due process, public opinion

LA INCIDENCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1. Presunción de inocencia

1.1. Definición

La presunción de inocencia es una garantía básica y vertebral de todo proceso penal, en la que se establece que aquella persona que ha sido investigada y/o procesada penalmente, debe ser tratada como inocente, durante el transcurso de todas las etapas del juicio y previas a él hasta que no se dicte la sentencia condenatoria y ésta se encuentre firme; por ende, este principio reconoce como regla general el derecho del procesado (o investigado) a permanecer en libertad durante el proceso penal; este principio rector, además, sirve para limitar las medidas del ejercicio del *ius puniendi* -Derecho penal o Derecho a sancionar-, traduciéndose éste como una garantía de los ciudadanos frente al poder punitivo del Estado³.

³ GARCÍA, J. *El principio procesal de inocencia en el COIP*, Derecho Ecuador. 2014, párr. 9 y ss. (versión digital) En el mismo sentido, CORDÓN, J. *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*. Madrid, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2012, p. 83.

Si se parte de un desglose de los términos que lo conforman, se debe desarrollar el término presunción y en tal sentido, se debe mencionar que se trata de una presunción⁴ *iuris tatum*, es decir, aquella ficción jurídica establecida por Ley, mediante la cual se da por cierto un determinado hecho o acontecimiento, sin perjuicio que se pueda demostrar lo contrario; por tanto, la presunción de inocencia admite prueba en contra, siempre y cuando esté desarrollada con las garantías establecidas, como ya se mencionará en los siguientes párrafos.

Por el otro lado, se debe entender la inocencia como la ausencia de responsabilidad de un sujeto en una ofensa o hecho específico⁵; si nos remitimos a CABANELLAS⁶, se encuentra una definición similar: *falta de culpa o equivocada calificación en tal sentido*, el vocablo inocencia etimológicamente proviene del latín *innocens*, en el cual *in* es una negación y *nocere* es producir un daño, por lo tanto, algo inocente es lo que no es destructivo, ni dañino⁷; además, este concepto también está muy vinculado a la perspectiva religiosa, pues si se busca en cualquier diccionario básico, se encontrará, entre las definiciones, la falta de culpabilidad sobre el cometimiento de un pecado.

⁴ Frente a este carácter de presunción, se afirma que, desde el punto de vista técnico, no se trata de una presunción, ni siquiera *iuris tatum*, sino que se trata de una verdad interina y provisional, que puede ser desvirtuada por la actividad probatoria. ORTEGO, F. *La delimitación entre el principio «in dubio pro reo» y la presunción de inocencia en el proceso penal español*. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política. vol. 4, N.º 3, 2013, p. 24.

⁵ GARCÍA FALCONÍ, R. *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Quito, Latitud Cero, 2014, p. 85.

⁶ CABANELLAS, G. *Diccionario Jurídico Elemental*. 18.ª Santa Fe de Bogotá, Heliasta, 2006, p. 200.

⁷ Definición de la página DeConceptos.com. Disponible en la siguiente página web: <https://deconceptos.com/general/inocencia>.

En cuanto a la naturaleza jurídica, los autores YON RUESTA y SÁNCHEZ MÁLAGA⁸ afirman que por el desarrollo que ha tenido, desde su positivización, en la mayoría de las constituciones, y por la importancia dentro del proceso penal, a la presunción de inocencia se la debe entender en un triple sentido: principio, garantía y derecho; asimismo, estos autores parten de la estrecha relación, entre el principio de inocencia y la dignidad humana, puesto que mantener su condición de inocente es una forma de creer y respetarlo como ser humano. La presunción de inocencia es un principio que orienta⁹ y da pautas al juez para que desde el inicio del proceso hasta su fin, evite ser influenciado por el prejuicio social de culpabilidad sobre el procesado y pueda ejercer su actividad de forma imparcial.

1.2. Origen del Principio de Inocencia

No existe un criterio único sobre su origen, sin embargo autores, como GARCÍA FALCONÍ, aseguran que la presunción de inocencia estuvo presente desde los inicios de la humanidad y se ha mantenido a lo largo del desarrollo de ésta, es decir, se reconoce antecedentes, tanto en la descrita, como, posteriormente en la presunción de bondad¹⁰ -en el sistema inquisitivo-, aunque respecto a esta última, se hayan evidenciado algunas posiciones

⁸ YON, R., y SÁNCHEZ, A. "Presunción de Inocencia y Estado de Derecho", Revista de Derecho. Editorial TEMIS, N.º 51, 2005, p. 145.

⁹ Sobre este punto, NIEVA, J. afirma que: [...] *el simple hecho de señalar a una persona como sospechosa genera automáticamente un recelo social ante ese individuo* (p. 5). NIEVA, J. "La razón de ser de la presunción de inocencia", *InDret: Revista para el análisis del Derecho*. N.º 1, 2016, pp. 14-17.

¹⁰ Parte de la premisa que los seres humanos tienen cualidades y atributos de ser buenos.

contrarias, que se fundamentaban no en la bondad de los hombres, sino que se debía presumir la maldad, partiendo de tesis como el pecado original¹¹.

En la línea de lo antes mencionado, se puede considerar como antecedente el Código de Hammurabi, pese a que esta primera manifestación es bastante arcaica, este código, en su Ley I, establecía la posibilidad de dar muerte a aquella persona que acusó de asesinato y no pudo comprobarlo; en el Derecho romano, ULPIANO sentó un claro precedente, respecto a este principio al enunciar *satius est impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*¹², es decir, es preferible que se deje impune al culpable de un delito a que se castigue a un inocente; este escenario da un giro con la Inquisición, en la Edad Media¹³.

Como se menciona en el párrafo anterior, no se puede afirmar que en la práctica de la presunción de inocencia, haya sido utilizada a lo largo de la historia como criterio preponderante, pues solo basta voltear un poco la mirada hasta la época de la Inquisición y darse cuenta que dicha práctica, resultaba totalmente contraria a la presunción de inocencia, pues en los procesos inquisitivos claramente se presumía la culpabilidad del sujeto, pese a que formalmente la presunción de inocencia era reconocida.

Se puede afirmar que este principio alcanza su punto más álgido con la Ilustración, puesto que esta época supone un cambio radical

¹¹ GARCÍA FALCONÍ, R. *op. cit.*, p. 74.

¹² MACIÁ, C., y GALVÁN, M. "Presunción de inocencia y deontología periodística: el 'caso Aitana'", *Revista Latina de Comunicación Social*. N.º 67, 2012, p. 368.

¹³ NIEVA, J. *op. cit.*, pp. 4 y 7.

en la práctica penal, que surge de la crítica al proceso inquisitivo, en el cual el imputado es tratado como culpable, de tal manera que éste se veía en la necesidad de probar su inocencia, si quería evitar la condena¹⁴. En la Ilustración, este principio toma fuerza gracias a toda la corriente garantista de respeto de la dignidad y a autores, como BECCARIA, quien rechaza esta figura, afirmando que supone la imposición de una pena a un sujeto, cuya culpabilidad aún no ha sido determinada.

Esta crítica, sostenida en la Ilustración, rápidamente fue recogida por la Declaración del Hombre y el Ciudadano¹⁵, de 1789, alcanzando de esta manera la presunción de inocencia su universalización y a la luz de esta Declaración universal, logra su reconocimiento en la mayoría de instrumentos internacionales, en las constituciones de los distintos países y sus ordenamientos jurídicos, hasta que en la actualidad, se la considera un principio fundamental para hacer efectivo el debido proceso en materia penal y garantizar los derechos más importantes de los ciudadanos.

Al referirse a los antecedentes de la presunción de inocencia no se puede dejar de mencionar a CARRARA¹⁶, uno de los más grandes exponentes de la Escuela Clásica del Derecho Penal, con quien la presunción de inocencia alcanza su máxima amplitud por su formulación de los postulados de los que parte este principio;

¹⁴ VEGAS, J. *Presunción de Inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid, La Ley S.A., 1993, p. 15.

¹⁵ Artículo 9.- Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley.

¹⁶ CARRARA, en VEGAS, J. *op. cit.*, p. 23.

además, por su trascendental frase: *Haced esto, porque el hombre de quien vosotros sospecháis es inocente y no podéis negarle su inocencia, mientras no hayáis demostrado su culpabilidad, y no podéis llegar a esa demostración, si no marcháis por el camino que os señalo.*

1.3. Ámbito del alcance de la presunción de inocencia en el proceso penal

En el presente estudio acerca del principio constitucional de la presunción de inocencia, se observan varios elementos que la componen, los cuales implican requisitos indispensables para su pleno desarrollo, así como para los efectos que estos producen, por consiguiente, se han agrupado primordialmente en tres, desarrollados a continuación:

- 1) Ser tratado como inocente;
- 2) Actividad probatoria; y,
- 3) Certeza del juez.

1.3.1. Ser tratado como inocente

Mientras no exista una sentencia judicial en firme, está prohibido exhibir o hacer referencia de la persona como responsable o culpable de un determinado hecho delictivo; es una consecuencia de la constitucionalización de este derecho fundamental -goza de tutela judicial- como una parte del debido proceso, en tal virtud, es de aplicación directa, inmediata y vincula a todos los poderes del Estado -policías, fiscales, jueces y otros-; la presunción de

inocencia impone un límite formal al ejercicio punitivo del Estado, que debe estar presente durante todo el proceso, por tal motivo, se debe tratar al procesado (o investigado) como inocente, mientras no se acredite lo contrario¹⁷.

Otro aspecto que se debe tener en cuenta, es la imposición de medidas cautelares, es decir, éstas no pueden actuar como una pena anticipada, restringiendo derechos del imputado; para que se imponga una medida cautelar, es necesario que éstas estén justificadas y sean razonables, en concordancia con las circunstancias que concurren en el proceso. Al respecto, se debe tener especial atención a la prisión preventiva, que es una medida que debe ser aplicada sólo de manera excepcional¹⁸.

Se concuerda completamente con el autor TISNÉS PALANCIO¹⁹ en su afirmación de la necesidad de operar un cambio en la estructura mental, principalmente, de la sociedad, que en su mayoría, asimila automáticamente al investigado o procesado como culpable, situación que se marca aún más cuando va acompañada de una medida cautelar como la prisión preventiva, erradicar esta imagen del colectivo social se vuelve una tarea casi imposible; esta situación es distinta en casos excepcionales, por

¹⁷ BUSTAMANTE, M. "La relación del estándar de la prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso Penal colombiano", *Opinión Jurídica*. vol. 9, N.º 17, 2010, p. 83 y ss.

¹⁸ CORDÓN, J. *op. cit.*, pp. 93-94.

¹⁹ TISNÉS, J. afirma que las medidas de aseguramiento privativas de libertad quebranta la presunción de inocencia, además del derecho de libertad (p. 5). TISNÉS, J. "Principio de Inocencia y medida de aseguramiento privativa de la libertad en Colombia. Un Estado constitucional de Derecho", *Revista Ratio Juris*. vol. VI, N.º 13, 2011, p. 71.

ejemplo, cuando la persona directamente implicada es familiar o de su círculo cercano.

En este ámbito de la presunción de inocencia, se ven también comprometidos los medios de comunicación social, debido a las actividades que realizan, inherentes a su función informativa, las cuales deben ser llevadas a cabo en el margen del respeto y cumplimiento de este derecho; esto implica principalmente no dar paso a la emisión de noticias, mediante las cuales se califique o estigmatice a una persona como partícipe o autor de un hecho delictivo hasta que no exista una sentencia, que así lo declare²⁰; este precepto es de primordial importancia, en virtud del gran impacto que tienen los medios de comunicación en la sociedad y como orientadores del criterio, que se forma en la ciudadanía.

Este tipo de noticias tienen un efecto negativo para la persona, quien está siendo investigada o procesada, puesto que la sociedad da por cierto esas imputaciones y no la considera como sospechosa, sino que directamente asume la culpabilidad y peligrosidad de ese sujeto, esto es un rezago del sistema inquisitivo, en el cual se presumía la culpabilidad; esta situación empeora cuando esa noticia va acompañada de imágenes del sospechoso, siendo detenido o usando esposas, aunque después se ratifique la inocencia de esa persona, el criterio social respecto a ella no varía o lo hace mínimamente²¹.

²⁰ CORDÓN, J. *op. cit.*, p. 92.

²¹ NIEVA FENOLL, J. "La razón de ser de la presunción de inocencia", *InDret: Revista para el análisis del Derecho*. N.º 1, 2016, pp. 5 y ss.

1.3.2. Actividad Probatoria

La presunción de inocencia está estrechamente vinculada con la actividad probatoria, en tal sentido, la actividad probatoria debe recaer, tanto sobre los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal, como en la culpabilidad del sujeto, quien está siendo investigado. Además, esta actividad probatoria se la debe realizar, con respeto absoluto de los derechos fundamentales, garantizados constitucionalmente, y la respectiva normativa legal, esta actividad probatoria debe ser necesaria y suficiente para que la acusación sea considerada como una verdad probada; especialmente la prueba debe ser practicada, cumpliendo con los principios de igualdad, oralidad, contradicción, publicidad e inmediación²².

Como se señaló anteriormente, el derecho, objeto de análisis, implica una presunción *iuris tatum*, que exige, a fin de ser desvirtuada, un mínimo de actividad probatoria, respetando las garantías procesales. Lo que se busca es probar la existencia de un hecho punible y la culpabilidad del acusado, en consecuencia, la carga probatoria corresponde a la parte acusadora y no al acusado, éste no tiene que aportar ninguna prueba, puesto que él conserva su condición de inocente, asimismo, cuenta con la garantía de no declarar contra sí mismo, en tal virtud podría ser totalmente inactivo durante el período de prueba, sin que esta circunstancia implique que vaya a ser considerado culpable y condenado²³.

²² BUSTAMANTE, M. *op. cit.*, pp. 84-85.

²³ JAÉN, M. *Los principios de la prueba en el proceso penal*. Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 38; en el mismo sentido, véase a NIEVA, J. *op. cit.*, p. 10.

Se considera prueba de cargo válida aquella actividad que conduce razonablemente a dar por ciertos hechos que incriminan al acusado en un determinado delito, a fin de que con el cumplimiento de estos presupuestos, se cumpla la prueba:

- 1) Debe evidenciar un contenido objetivamente incriminatorio, dicho de una manera más sencilla, implica que de la prueba se pueda deducir directamente la responsabilidad del acusado en un determinado hecho; y,
- 2) Que exista la confianza suficiente que dichos resultados corresponden a la verdad²⁴.

Ciertamente, desarrollar los temas relativos a la prueba sería muy extenso y sobrepasaría el objeto del presente estudio, no obstante, es importante hacer una breve referencia a aquellas prácticas probatorias, que se encuentran estrechamente relacionadas con la presunción de inocencia como, por ejemplo, la prueba de indicios; es aquella que permite acreditar un determinado hecho -del que no se cuenta con prueba directa-, a partir de indicios que han sido probados; para que este tipo de prueba tenga validez, los hechos constitutivos de delitos deben deducirse de esos indicios, a través de un proceso mental razonable y acorde con las reglas de la experiencia y de la lógica²⁵.

La prueba de referencia por sí sola no puede desvirtuar la presunción de inocencia, se busca que el referido sea directamente escuchado sobre los hechos, si éste no comparece, de poco servirá

²⁴ VEGAS, J. *op. cit.*, pp. 130-131.

²⁵ JAÉN, M. *Los principios de la prueba en el proceso penal*. Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 41-42.

la referencia a él²⁶. Es importante considerar que la declaración inculpativa de un coimputado, por sí sola, no es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia²⁷, tal como lo refiere la sentencia del TS, N.º 45/2011, de 11 de febrero:

En definitiva, la singularidad del testimonio del coimputado -cuando es única prueba- es que es insuficiente para fundar en él una condena, su declaración debe venir confirmada por datos externos, es decir de otra fuente de prueba distinta de la facilitada por el propio imputado.

1.3.3. Certeza del juez

El derecho a la presunción de inocencia puede ser lesionado de dos maneras: la primera, cuando se tenga por cierta la culpabilidad del acusado y ésta no haya sido probada, de conformidad con la Ley y la segunda, cuando exista duda sobre la culpabilidad del acusado y sea condenado²⁸. Se trata de un derecho que impide que la sentencia declare la certeza de hechos y/o participación del investigado en una conducta penal, cuando estos no pudieron reputarse probados conforme la Ley prescribe.

La certeza es la íntima convicción, es la seguridad y firmeza en el conocimiento, y este elemento extremadamente necesario no puede ser equivocado en la sentencia condenatoria, aunque hay que recordar que el juez resuelve, según su leal saber y entender, atendiendo a los principios de la sana crítica, las reglas

²⁶ *Ibíd.* p. 56.

²⁷ *Ibíd.* p. 51.

²⁸ VEGAS, J. *op. cit.*, pp. 42-43.

de la experiencia, con base en la prueba pertinente, debidamente actuada, y respetando todas las garantías. Sin embargo, la sentencia condenatoria sólo procede, cuando el Juez o Jueces se convencen de la efectividad de los cargos, contenidos en la acusación, a través de la prueba lícita y legalmente producida en juicio²⁹.

Si no existe prueba alguna que determine la culpabilidad del acusado, no es posible imponer una condena, aunque el juez esté íntimamente convencido de la responsabilidad de éste, puesto que en concordancia con la presunción de inocencia, no se admite un conocimiento intuitivo, por parte del juzgador, sino que éste debe ser racional y fundamentado en la prueba, practicada dentro del proceso de conformidad con la Ley³⁰. Por lo antes expuesto, la motivación de la sentencia es indispensable y actúa como garantía de la presunción de inocencia³¹.

La incertidumbre ha sido un problema latente desde el Derecho romano, asimismo, las respuestas que se han dado a lo largo del tiempo también han sido muy diversas; no obstante, a partir de la Revolución Francesa, se establece la absolución libre y definitiva del acusado, si no existe certeza -más allá de toda duda razonable- sobre los hechos, o sobre la responsabilidad del acusado en el momento de dictar sentencia; en la actualidad, sigue vigente la disposición establecida en 1789, eso quiere decir que en caso de duda o incertidumbre fáctica, se debe resolver, atendiendo al

²⁹ GARCÍA, J. *Presunción de inocencia y certeza*, Derecho Ecuador. 2010, párr. 15 y ss. (versión digital)

³⁰ VEGAS, J. *op.cit.*, pp. 47-48.

³¹ CORDÓN, J. *op. cit.*, 2012, p. 101.

principio constitucional *in dubio pro reo* -ante la duda, a favor del reo- y se debe ratificar la inocencia³².

En este punto, se ha producido una colisión en la dogmática penal, puesto que, por una parte, están aquellos que afirman que: *el principio de in dubio pro reo es la expresión del derecho continental de la presunción de inocencia [...]*³³, mientras que la otra parte, se decanta por la tesis de que ambos principios son diferentes. Por un lado, el *in dubio pro reo* hace referencia a la estricta valoración de la prueba (criterio subjetivo), mientras que la presunción de inocencia está presente en todo el proceso y en lo que respecta a la prueba, comprende la necesidad de una carga probatoria, bajo las garantías establecidas (criterio objetivo)³⁴.

2. Los medios de comunicación y los juicios paralelos

2.1. Los medios de comunicación

Los medios de comunicación son los instrumentos, mediante los cuales se informa a la sociedad sobre los acontecimientos recientes más trascendentes, tanto a nivel local, nacional e internacional; son los mismos medios de comunicación quienes otorgan mayor o menor importancia a un determinado suceso, es decir, tienen el poder de ubicar en la cima del debate público un hecho determinado, consiguiendo de esta manera centrar la atención de la colectividad en ese suceso; [...] *Los medios*

³² VEGAS, J. *op. cit.*, pp. 202-203.

³³ BUSTAMANTE, M. *op. cit.*, p. 85.

³⁴ El autor hace un análisis amplio sobre las diferencias entre la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, así como de sus implicaciones y peligros de tratarlas como iguales. ORTEGO, F. *op. cit.*, p. 25.

*de comunicación de masas, en consecuencia, actúan como auténticos agentes de control social, que reconocen y delimitan cuáles son los problemas sociales al tiempo que generalizan enfoques, perspectivas y actitudes ante ellos*³⁵.

El papel que juegan los *mass media* -medios de comunicación de masas- dentro de la sociedad es muy importante y en lo que ocupa a este estudio, respecto al Derecho penal, ejercen una marcada influencia, se han convertido en actores fundamentales de la política criminal³⁶. Por ello, es que se ha llegado a considerar a los medios de comunicación como el cuarto poder de un Estado, añadiendo este último a la famosa división de poderes de Montesquieu. La correcta labor de los medios de comunicación debe ser eficiente, comprometida, veraz, imparcial y objetiva, porque sólo así se puede ayudar a construir una sociedad más crítica y participativa, que aporte positivamente en las decisiones estatales.

Esta influencia en la sociedad, por parte de los medios de comunicación, se ha logrado a través de dos herramientas: la agenda *setting* -los temas de los que se va hablar- y la técnica del *framing* -el contexto en el que se va a hablar-; el primero de ellos, la tematización de la agenda es aquel proceso, mediante el cual se selecciona y se determinan los hechos que van a ser noticia, todo esto, apoyándose en intereses particulares de los medios de comunicación, de quienes lo integran o de los grupos de poder a los que responden³⁷.

³⁵ SANZ, N. "Política criminal: actualizada a las reformas del 2015", *Ratio Legis*. Salamanca, 2016, pp. 110-111.

³⁶ *Ibíd.* p. 111.

³⁷ *Ibíd.*

Los medios de comunicación crean el marco de la realidad, los denominados *frames*, que son solamente puntos de vista, que determinan el enfoque y la visión de los hechos, buscando resaltar algunos aspectos específicos y desestimando otros; estos elementos son transmitidos y compartidos a la sociedad³⁸, en tal virtud, son los medios de comunicación los que, a la postre, determinan cuáles son los hechos admisibles y cuáles no, los que merecen reproche y los que no, así como lo que es legítimo y lo que no lo es³⁹; en consecuencia, los medios de comunicación social son los que, finalmente, determinan la reacción de la sociedad y la posición que se debe tomar frente a un hecho determinado.

Los medios de comunicación son los generadores de la opinión pública, que no es más que es un poder invisible, que es capaz de ejercer presión sobre la sociedad y sobre quienes la gobiernan, es de carácter variable, puesto que puede cambiar de una semana a otra; la opinión pública se crea a través de lo que las personas hablan, ven, oyen o asimilan, sobretodo, de los medios de comunicación, tiene el poder de enraizarse, tanto que puede convertir en verdad, algo que no existe⁴⁰.

Como se mencionó en párrafos anteriores, los medios de comunicación responden a sus propios intereses y esto depende específicamente del *rating* -índices de audiencia-, puesto que como todo negocio, necesita generar un lucro, es por ello que

³⁸ SÁNCHEZ, M., y ORDÓÑEZ, A. *Juicios mediáticos y presunción de inocencia*. Málaga, Revista La Ley, N.º 57, 2016, pp. 41-43.

³⁹ *Ibíd.* p. 51.

⁴⁰ VALENCIA, C. "Juicios paralelos en Colombia y la imposibilidad de aplicar el principio de presunción de inocencia", *Analecta Política*. vol. VI, N.º. 11, 2016, p. 255 y ss.

los *mass media* cada vez tienen que buscar ser más agresivos que la competencia y ganar terreno, más aun en un mundo tan globalizado como el actual, en el cual las tecnologías ya son parte de la vida de todas las personas; adicionalmente a esto, los medios de comunicación responden a ciertas tendencias políticas, se van ubicando en distintos sectores, dentro de un Estado, y sus acciones están encaminadas a responder a sus propios posturas.

El principio de publicidad procesal es parte del debido proceso, contiene el derecho de ser juzgado, mediante un juicio público, nace como una garantía individual, que protege al ciudadano de un exceso o abuso del poder estatal, pero en su aplicación beneficia a todas las personas porque permite evidenciar el manejo de la administración de la justicia; esto se logra no solo con las personas, que acuden a una audiencia, sino que se generaliza para toda la sociedad, debido a las acciones de los medios de comunicación, los cuales transmiten e informan estos sucesos⁴¹.

*La garantía que ofrece el principio de publicidad, deja paso así a un equívoco principio de publicación, en el que todo se difunde, desde el momento mismo del inicio de las investigaciones, sin que el acusado pueda defender su inocencia*⁴².

⁴¹ LETURIA, F. “La publicidad procesal y el derecho a la información frente a asuntos judiciales. Análisis general realizado desde la doctrina y jurisprudencia española”, *Revista Chilena de Derecho*. vol. XLV, N.º 3, 2018, p. 649 y ss. En el mismo sentido, véase a ARISTIZÁBAL, K., et al. “Alcance del derecho a la información de los medios de comunicación masivos frente al debido proceso de los implicados penalmente”, *Jurídicas CUC*. N.º 10 (1), 2014, p. 204 y ss.

⁴² SÁNCHEZ, M., y ORDÓÑEZ, A. *op. cit.*, p. 126.

La garantía del respeto a la libertad de información es propio de los gobiernos democráticos, a diferencia de los regímenes absolutos, que se caracterizan por la censura. Es un derecho reconocido constitucionalmente, como la mayoría de derechos, no tiene carácter absoluto, trae intrínsecas obligaciones que cumplir y su ejercicio no puede perjudicar el cumplimiento de los demás derechos⁴³. Es un derecho de doble vía, es decir, no solo se trata de la divulgación de información -noticias, opiniones, entre otras-, sino que también comprende obtener la información verídica e imparcial, implica tanto a quien informa, como a quien recibe esa información⁴⁴.

La urgencia de información en determinados procesos, o el interés por mostrar avances puede dar lugar a que se den como pruebas contrastadas lo que en verdad son valoraciones interesadas para alguna de las partes; al igual que puede dar lugar a que no exista un verdadero filtro probatorio, o que dicha información no sea contrastada⁴⁵. De igual manera, se establece que los juicios paralelos, en su máxima expresión, tienden a buscar testigos, pruebas, peritos, declaraciones, todo aquello que ayude a dar solidez a sus afirmaciones, o de la tesis que manejan y que, por otro lado, desestimen la hipótesis contraria⁴⁶.

Es importante mencionar que frente a la noticia, no hay controles previos, aunque de ella se pueden derivar responsabilidades

⁴³ SUÁREZ, G. "La responsabilidad periodística, límite legítimo al ejercicio profesional", *Palabra Clave*. vol. IX, N.º 1, 2006, p. 87.

⁴⁴ ARISTIZÁBAL, K. et al. *op. cit.*, p. 206 y ss.

⁴⁵ *Ibíd.* p. 115.

⁴⁶ MONTALVO, J. "Los juicios paralelos en el proceso penal: ¿anomalía democrática o mal necesario?", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*. vol. XVI, 2012, p. 114.

posteriores a su emisión, la principal herramienta utilizada en estos casos es la rectificación⁴⁷. Es mediante este instrumento, el cual se corrige una noticia falsa, o que carece de objetividad, que está causando un perjuicio a una persona; es el medio de comunicación el cual se debe encargarse de rectificar la noticia, con una nueva publicación en igualdad de condiciones (proporcional a la anterior) y, además, debe asumir su equivocación, si el medio no rectifica la noticia, el afectado puede hacer uso de la vía judicial⁴⁸.

Es importante contar con una herramienta, que permita rectificar los errores en los cuales caen los medios de comunicación, sin embargo, las rectificaciones, la mayoría de las veces, no surten el mismo efecto que la noticia original, es decir, aquella persona que para el colectivo social fue etiquetada como delincuente, es muy difícil que pierda ese estatus, de hecho, muchas veces ni la propia sentencia judicial, que ratifica la inocencia de una persona, llega a ser un presupuesto suficiente para revertir la estigmatización de la que fue víctima por los medios de comunicación y, por ende, de la sociedad. Es por ello que la necesidad de una ética profesional en esta rama es de trascendental importancia, es momento que los medios de comunicación tomen conciencia y desempeñen sus actividades con total responsabilidad.

⁴⁷ Art. 66, num. 7.- *El derecho de toda persona agraviada por informaciones sin pruebas o inexactas, emitidas por medios de comunicación social, a la correspondiente rectificación, réplica o respuesta, en forma inmediata, obligatoria y gratuita, en el mismo espacio u horario.* CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR. 2008.

⁴⁸ ARISTIZÁBAL, K., et. al. *op. cit.* p. 210 y ss.

2.2. Juicios Paralelos

Son aquellos juicios que se dan de forma análoga en la sociedad, en la cual los medios de comunicación social funge de jueces, se amparan en el derecho a la libertad de información⁴⁹ y en el derecho a la publicidad⁵⁰ de los procesos judiciales, salvo las excepciones determinadas en la Ley⁵¹, para de esta manera publicar y transmitir información, sobre algún caso específico, que por los hechos acontecidos, o por la calidad de una de las partes refleja un interés social. *Los juicios paralelos son una suerte de engendros creados al calor de la desmesura de dos derechos fundamentales [...]*⁵².

⁴⁹ Art. 18.- *Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:*
1. *Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior.*

2. *Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.* CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR. 2008.

⁵⁰ Art. 76, núm. 7, literal d).- *Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.* CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR. 2008.

⁵¹ Art. 562.- *Publicidad de las audiencias.- Las audiencias son públicas en todas las etapas procesales. Son reservadas las audiencias sobre delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y contra la estructura del Estado constitucional.* CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. 2014.

⁵² CORTÉS, E. "Juicios paralelos y derechos fundamentales del justiciable", *Anuario de la Facultad de Derecho*. vol. XXI, 2003, p. 138.

Los juicios paralelos pueden darse en todas las ramas del Derecho, la realidad nos muestra que han centrado su atención principalmente en los procesos penales, se han concentrado en el fenómeno criminal y esto puede ser un aspecto positivo con la intención de evidenciar un problema social para, de esta manera, encontrar soluciones para combatirlo y, por otro lado, se encuentra el aspecto negativo, que es aquel que busca un protagonismo mediático, que garantice la sintonía y con ese objetivo, se vale de información inexacta, adulterada, mostrando cifras manipuladas y con claros sesgos en su emisión⁵³; asimismo, al centrar la atención de la audiencia en un problema inexistente o no tan grave, dejan de lado aquellos temas importantes de los que no se quiere hablar.

Al ser los juicios penales los más afectados por los juicios paralelos, de igual manera sucede, con las garantías inherentes a ellos -el debido proceso y las garantías, que lo componen, se ven vulneradas en mayor o menor medida-; se debe recordar que el debido proceso se interpreta como un derecho absoluto⁵⁴ y es el encargado de accionar la función jurisdiccional del Estado y de proteger la dignidad humana, es por ello y por la trascendencia de este proceso, que en este evidente choque de intereses entre dos derechos constitucionales -información y debido proceso-, se debe procurar la máxima realización de este último.

Una correcta actuación de los medios de comunicación es aquella que busca, en la medida de lo posible, reducir las consecuencias dañinas para el investigado o procesado y su familia, lo cual

⁵³ FUENTES, J. “Los medios de comunicación y el Derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N.º 07-16, 2005, p. 16:3.

⁵⁴ ARISTIZÁBAL, K. *op. cit.*, p. 2019.

implica dar la menor cantidad de detalles o datos personales, omitir su nombre, o evitar su clara identificación, usar una terminología adecuada, sobretodo cuando se va a hacer referencia al procesado, no hacer uso de insultos o calificativos, recalcar que se trata de presuntos y supuestos no confirmados, evitar el uso de fotografías o imágenes del procesado, transmitir los hechos sin una toma de postura personal⁵⁵.

El problema surge cuando estos juicios se formulan sobre datos o indicios erróneos, o con posiciones sesgadas a favor o en contra de determinadas personas, que desembocan en linchamientos mediáticos⁵⁶. Los medios de comunicación se identifican con instituciones legitimadas socialmente, o con la parte que, a su juicio, es más vulnerable para mediar una realidad compleja y presentar esta única versión de los hechos como cierta e indiscutible⁵⁷.

En la narración de los hechos, que se dan por ciertos, se destacan determinados aspectos (condiciones de vida, nacionalidad, raza, color de piel, entre otros), tanto de la víctima como de la persona, quien ha sido señalada como culpable, se tiende a emplear términos peyorativos para el acusado, emitiendo, desde ese momento, una sentencia en su contra. A partir de ese instante, se produce la estigmatización de una persona, que muchas veces es inocente y debido a estos juicios paralelos, queda marcada o condicionada, de por vida; estas personas han sufrido una condena inmediata dictada por la opinión pública⁵⁸.

⁵⁵ MACIÁ, C., y GALVÁN, M. *op. cit.*, pp. 370-371.

⁵⁶ SÁNCHEZ, M., y ORDÓÑEZ, A. *op. cit.*, pp. 24-25.

⁵⁷ *Ibid.* p. 43.

⁵⁸ FUENTES, J. *op. cit.*, p. 16, 17 y ss.

Es importante recordar que las noticias se manejan sobre hipótesis de los medios de comunicación, hipótesis que pueden ir variando constantemente, en muchos casos, dependiendo del *rating* que estos provocan y a partir de las cuales se le asigna un papel a cada una de las partes o a cada una de las personas investigadas; estos juicios son difundidos por los medios de comunicación social, calificando generalmente de culpables a las personas investigadas, lo cual aumenta o se afianza cuando de por medio existen medidas cautelares, especialmente prisión preventiva o se hace pública su captura, la peligrosidad del sujeto es ponderada⁵⁹.

En cuanto a las fuentes, se evidencia que el acceso a expedientes en mayor medida viene de la parte acusadora, sea pública o privada, lo que trae como consecuencia que generalmente la versión de los medios de comunicación sea inculpativa -en contra del acusado-, versión que es aceptada y asimilada por la sociedad, que inmediatamente empieza a emitir juicios de valor en contra la persona acusada y también se genera una expectativa condenatoria, en cuanto a la resolución de ese proceso⁶⁰.

La incursión de los medios de comunicación en determinados casos que por su contenido se vuelven de interés social, implica también que la información, o la noticia lleguen a quien imparte justicia, generando presión sobre quien toma la decisión⁶¹, más

⁵⁹ VALENCIA, C. *op. cit.*, p. 268 y ss.

⁶⁰ SÁNCHEZ, M., y ORDÓÑEZ, A. *op. cit.*, p. 95 y 102.

⁶¹ BARRERO, A. señala que un trabajo investigativo afirma que el 82.35% de los jueces dictaron medidas cautelares motivados por la presión social. BARRERO, A. "Juicios paralelos y Constitución: su relación con el periodismo", *Ámbitos*. N.º 6, 2001, p. 183; BARRIOS, Á. et al. "El principio de presunción de inocencia en la aplicación de la prisión preventiva", *Dominio de las ciencias*. vol. III, N.º 2, 2017, p. 644.

aun cuando es la propia sociedad, influenciada por la publicidad, la que reclama sentencia y se encuentran expectantes por una resolución; en tal virtud, no se puede negar que implica una contaminación del proceso, ocasionando de esta manera que la imparcialidad e independencia de los jueces, se pueda ver afectada; por ello, se dificulta el trabajo de los administradores de justicia para distinguir una noticia de lo que es una prueba.

Otra de las consecuencias de los juicios paralelos y quizá la más importante, es que este tipo de juicio carece de segunda instancia: quien es considerado culpable difícilmente puede ser rehabilitado socialmente. No hay quien enmiende una primera plana con un veredicto de la prensa, ni siquiera la verdad emitida por los tribunales de justicia, que desvirtúen tal imputación de culpabilidad⁶². Implica un problema aún más grave cuando ese juicio paralelo ha incidido de forma tal, que el investigado ha sido declarado culpable, sin que realmente haya cometido ese hecho; la justicia es falible, pero su misión es buscar la verdad y no poner en riesgo los derechos humanos y procesales alcanzados a lo largo de estos años.

La justicia no es solo eficacia, va más allá. Implica el respeto de garantías mínimas propias de un Estado social y democrático de Derecho, que es fruto de siglos de lucha social y política fenómenos que han conllevado a sociedades en las que la protección de la dignidad de la persona humana ha de ser medio y fin de toda actuación estatal⁶³.

⁶² SÁNCHEZ, M., y ORDÓÑEZ, A. *op. cit.*, pp. 31-32.

⁶³ YON, R., y SÁNCHEZ, A. *op. cit.*, p. 135.

Con el fin de poder aterrizar a la realidad los conceptos esbozados a los largo de este trabajo, se pretende tomar un caso y mediante un análisis de los hechos que se realizaron, tanto en el colectivo social, como aquéllos que se desprenden de la actividad judicial procesal poder determinar la función que están jugando los medios de comunicación ecuatorianos.

3. Caso Karina del Pozo

El 19 de febrero de 2013 desaparece Karina del Pozo, una joven quiteña, de 20 años de edad, quien fue vista por última vez en la casa de uno de sus amigos, en la cual se desarrollaba una reunión social y en donde la joven se relacionó y compartió momentos con algunos de sus amigos y conocidos. El 20 de febrero, en horas de la madrugada, Karina del Pozo fue asesinada. Las redes sociales fueron el primer medio usado para reportar la desaparición de la joven mencionada, varias publicaciones con su foto, acompañadas con mensajes de *Ayúdanos a encontrarla y Desaparecida* se volvieron virales, los medios de comunicación, por ejemplo, *Teleamazonas*, hicieron eco de estas publicaciones en su cuenta de Twitter el 22 de febrero.

Siete días más tarde, el 27 de febrero, su cuerpo fue hallado en alto grado de descomposición cerca de la quebrada de Llano Chico, en el sector nororiente de la capital ecuatoriana. Los medios de comunicación daban la noticia del reciente hallazgo, *Ecuavisa T.V.*, 27 de febrero de 2013: *Encuentran el cuerpo de la modelo desaparecida, Karina del Pozo*. Días posteriores al hallazgo del cuerpo de la joven, fueron detenidas para investigaciones cinco personas, las cuales fueron las ultimas en ver con vida a Karina del Pozo y con quienes, según versiones recogidas, la joven salió la noche del 19 de la casa donde se encontraba. *Allanan casas de*

tres detenidos por el asesinato de Karina del Pozo fue la noticia del *Diario El Universo*, en la cual se pueden hallar datos como la ubicación de los domicilios de los detenidos.

Al poco tiempo de lo sucedido, ya circulaban en las redes sociales los nombres e imágenes de los cinco detenidos e incluso de alguno de ellos, se hacía especial referencia y se lo etiquetaba de violador y asesino, en razón de las actividades que practicaba. Los medios de comunicación sensacionalistas no se quedaron atrás, así titulaba la noticia un periódico de circulación nacional: *Uno de los detenidos tiene fama de morboso*.

Cada nueva diligencia era noticia, así como la reconstrucción de los hechos, la confesiones de los detenidos, entre otras; los primeros datos sobre la muerte establecen que Karina del Pozo fue agredida sexualmente, estrangulada y golpeada brutalmente, con un objeto contundente en su cabeza, datos que, posteriormente, se logran validar cuando el informe del perito forense establece como causa de la muerte un traumatismo craneo encefálico muy grave.

Se revela cómo asesinaron a Karina del Pozo titula la noticia del canal de T.V. *Teleamazonas*, un reportaje de 1 hora 22 minutos, de fecha 6 de marzo de 2013, en la diligencia de ampliación de la toma de versiones, en la cual, por un lado, se ven imágenes de los familiares de uno de los detenidos, quienes tratan de evitar que los medios de comunicación los graben; además, cuenta con el testimonio de un abogado, quien describe como atroz el crimen contra Karina del Pozo, haciendo la aseveración: *El señor David Piña es el que le agrede con una roca y le destroza el cráneo*.

Este hecho conmovió a la sociedad ecuatoriana, provocando algunas marchas en rechazo a estos actos violentos y en contra de

la violencia contra las mujeres, al igual que un clamor general, que pedía justicia para Karina del Pozo; fue tal el impacto causado por este delito, que es a raíz de este caso que se empieza a hablar de la tipificación del *femicidio*, tipo penal que un año más tarde, será incluido en el ordenamiento jurídico.

A mediados de año, dos de los cinco detenidos fueron puestos en libertad, por con un dictamen de abstención, y ya para septiembre de 2013, los otros tres acusados fueron condenados, en calidad de autor y coautores, a 25 años de reclusión mayor, la pena máxima establecida para ese delito, sin embargo, ya desde febrero, ellos fueron condenados como asesinos y violadores por la sociedad.

Cuatro años más tarde, se reabre socialmente el caso Karina del Pozo ante nuevos supuestos otra vez publicitados por los medios de comunicación, *¿Quién mató a Karina del Pozo?* Es el titular del canal de T.V. *Teleamazonas*, el cual dedica un reportaje de alrededor de 15 minutos: de éste se infiere que uno de los tres condenados por la muerte de la joven, sería inocente, se fundamentan en que no hubo prueba suficiente para condenarlo, puesto que su culpabilidad solo fue sostenida por el testimonio de uno de los coimputados, pero que nunca se encontraron otras pruebas materiales, que lo incriminen, como sí se dio en el caso de los otros dos condenados.

Existe un corto documental⁶⁴ sobre uno de los sentenciados, en el cual participa una periodista del canal de T.V. *Teleamazonas*; la periodista reconoce que tras la mediatización de este caso, la declaración del fiscal, que fue reproducida en los medios de

⁶⁴ Este documental está disponible en la siguiente página web:
<https://www.youtube.com/watch?v=v9J0kxMfmP4>.

comunicación, [...] *hizo pensar a todos que el asesino era el chico David Piña [...]*; luego de investigar el proceso, descubre un montón de inconsistencias y en palabras de la misma periodista, se afirma: *aquí no se determinó culpabilidad de nadie*; y, concluye que: *[...] te das cuenta que no hay una sola prueba, que vincule al chico David Piña con el lugar de los hechos con el asesinato [...]*.

Ante esta situación, cabe preguntarse: ¿fue la presión ejercida, por los medios de comunicación y la sociedad, la que llevó, a los administradores de justicia, a pasar por alto las garantías básicas del proceso penal y los principios fundamentales como la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*?

4. CONCLUSIONES



65



66

Los hechos son sagrados; las opiniones libres

Charles P. Scott (1921)

La presunción de inocencia hace referencia básicamente al proceder de las autoridades, con relación a la consideración y respeto a la condición de inocente del sujeto, quien ha sido imputado de un determinado delito; de igual forma, comprende las respuestas, que puedan provenir de los comportamientos sociales y, especialmente, las actuaciones llevadas a cabo por los medios de comunicación, en virtud del gran impacto que producen las noticias en la opinión pública y en la ciudadanía.

⁶⁵ Imagen disponible en la siguiente página web: https://www.google.com/url?sa=i&source=images&cd=&ved=2ahUKEwjX756zpt3mAhWkzVvKkHZUHCwQQjx6_BAgBEAQ&url=https%3A%2F%2Fgradocero.prensa.wordpress.com%2F2017%2F06%2F03%2Fjusticia-mediatica-los-juicios-paralelos-2%2F&psig=AOvVaw2kiIH_T_uPtffcjBnLTxkn&ust=1577792807657050

⁶⁶ Imagen disponible en la siguiente página web: https://www.google.com/url?sa=i&source=images&cd=&ved=2ahUKEwjYpqjNp93mAhUlvIkHZdCCwQjRx6BAGBEAQ&url=https%3A%2F%2Fabcblogs.abc.es%2Ffederico_ysart%2Fpolitica%2Fjusticia-ciega-quia.html&psig=AOvVaw1fNr_xJYrhgPO2KvJWZT5&ust=1577793131321308

En el presente tema de investigación, efectivamente, se evidencia una contraposición entre derechos; por un lado, el derecho a la libertad de información y a la publicidad y, por el otro, el derecho a la intimidad, a la presunción de inocencia y a un juicio justo. En primer lugar, se reconoce y garantiza el derecho a la libertad de información, que tienen los medios de comunicación, sin embargo, este derecho debe ser ejercido de manera responsable, el acceso a la información, por parte de los medios de comunicación, debe ser directo y fidedigno, asegurando de esta manera que la información que se publique, sea verdadera y neutral.

Se considera que los medios de comunicación deben incidir en los procedimientos penales, pero no como un acusador más, sino como aseguradores de las garantías procesales, ante posibles abusos o errores, que puedan darse por parte del Estado, a través del poder punitivo, el cual debe velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso.

Tal y como se realizan los juicios paralelos en la actualidad se puede afirmar que la justicia paralela NO es justicia, sólo se puede llamar justicia a aquélla que ha sido llevada a cabo por los administradores de justicia, en la que priman la imparcialidad e independencia, que ha sido desarrollada bajo estricta observancia de las garantías procesales, aquélla en la que no medie interés alguno más allá de buscar la verdad de los hechos.

No se puede permitir que sean los medios de comunicación social los que emitan la sentencia en contra de una persona, si bien existe la libertad de expresión e información, bajo ningún motivo se puede justificar la vulneración de la presunción de inocencia de las personas investigadas, las consecuencias que conllevan esta incriminación de los medios de comunicación

terminan, incidiendo en el proceso judicial, ponen al acusado en la posición de probar su inocencia, rompiendo así esta garantía fundamental de la presunción de inocencia, la cual es inherente a todas las personas.

En una época tan digitalizada e inundada por la tecnología y presas de las redes sociales, como la que vivimos, se hace indispensable generar conciencia en toda la colectividad sobre:

1. La importancia de respetar los derechos de las personas, más aun cuando son tan fundamentales como los del debido proceso;
2. No usar las nuevas tecnologías como instrumentos de linchamientos y acusatorios; y,
3. No asumir como verdades absolutas las noticias de los medios de comunicación, puesto que también es nuestro deber, investigar y contrastar antes de emitir un criterio.

Se cree firmemente que la justicia debe seguir siendo ciega y debe empuñar en su mano la espada de dos filos, la cual simboliza el poder, la razón y la justicia y no una cámara de video, que implique la mediatización y parcialización de la verdad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTIZÁBAL, K., et al. “Alcance del derecho a la información de los medios de comunicación masivos frente al debido proceso de los implicados penalmente”, *Jurídicas CUC*. N.º 10 (1), 2014. (electrónico)
- BARRERO, A. “Juicios paralelos y Constitución; su relación con el periodismo”, *Ámbitos*. N.º 6, 2001. (electrónico)
- BARRIOS, Á., et al. “El principio de presunción de inocencia en la aplicación de la prisión preventiva”, *Dominio de las ciencias*. vol. III, N.º 2, 2017. (electrónico)
- BECCARIA, C. *De los Delitos y de las Penas*. Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis S.A., 2006.
- BOUZA, F. “La influencia de los medios en la formación de la opinión pública: los procesos jurídicos y los juicios paralelos”, *Doxa comunicación: revista interdisciplinaria de estudios de comunicación y ciencias sociales*. N.º 5, 2007. (electrónico)
- BUSTAMANTE, M. “La relación del estándar de la prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso penal colombiano”, *Opinión Jurídica*. vol. IX, N.º 17, 2010. (electrónico)

CABANELLAS, G. *Diccionario Jurídico Elemental*. 18.^a edición. Santa Fé de Bogotá, Heliasta, 2006.

COLÁS, A. “La influencia de los medios de comunicación en la administración de justicia a propósito de un caso mediático. Comentario a la sentencia del juzgado de menores de Sevilla, N.º 1. Sentencia de 24 marzo de 2011 (ARP 2011, 2870)”, *Revista Boliviana de Derecho*. N.º 19, 2015. (electrónico)

CORDÓN, J. *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*. Madrid, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2012.

CORTÉS, E. “Juicios paralelos y derechos fundamentales del justiciable”, *Anuario de la Facultad de Derecho*. Tomo XXI, 2003. (electrónico)

ESCOBAR, E. “El derecho a la información y los medios de comunicación”, *Opinión Jurídica*. vol. I, N.º 1, 2002. (electrónico)

FUENTES, J. “Los medios de comunicación y el Derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N.º 7-16, 2005. (electrónico)

GARCÍA, J. “Presunción de inocencia y certeza”. *Derecho Ecuador*. 2010. Disponible en la siguiente página web: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientopenal/2010/06/17/presuncion-de-inocencia-y-la-certeza>. (electrónico)

_____. “El principio procesal de inocencia en el COIP”, *Derecho Ecuador*. 2014. Disponible en la siguiente página web: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2014/03/27/el-principio-procesal-de-inocencia-en-el-coip>. (electrónico)

GARCÍA FALCONÍ, R. *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Quito, Latitud Cero, 2014.

HARBOTTLE, F. “Independencia judicial y juicios penales paralelos”, *ACADEMO. Revista de investigación en Ciencias Sociales y Humanidades*. vol. IV, N.º I, 2017. (electrónico)

JAÉN, M. *Los principios de la prueba en el proceso penal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

_____. *Derechos fundamentales del proceso penal*. Bogotá, Editorial Ibáñez, 2006.

LETURIA, F. “La problemática de los juicios paralelos en la jurisprudencia y doctrina española”, *Revista Ius et Praxis*. Año 23, N.º 2, 2017. (electrónico)

_____. “La publicidad procesal y el derecho a la información frente a asuntos judiciales. Análisis general realizado desde la doctrina y jurisprudencia española”. *Revista Chilena de Derecho*. vol. XLV, N.º 3, 2018. (electrónico)

MACIÁ, C., y GALVÁN, M. «Presunción de inocencia y deontología periodística: el “caso Aitana”», *Revista Latina de Comunicación Social*. N.º 67, 2012. (electrónico)

- MONTALVO, J.** “Los juicios paralelos en el proceso penal: ¿anomalía democrática o mal necesario?”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*. vol. XVI, 2012. (electrónico)
- MUÑOZ, G.** “Debido proceso, presunción de inocencia, derecho a la defensa, *In Dubio Pro Reo* y principio de legalidad frente a la libertad de información”, *Derecho penal y criminología*. vol. XXII, N.º 71, 2001. (electrónico)
- NIEVA, J.** “La razón de ser de la presunción de inocencia”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*. N.º 1, 2016. (electrónico)
- ORTEGO, F.** “La delimitación entre el principio *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia en el proceso penal español”. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*. vol. IV, N.º 3, 2013. (electrónico)
- PARRA, J.** “Presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y principio de integración”, *Derecho penal y Criminología*. vol. 21, N.º 68, 2000. (electrónico)
- PICÓ I JUNOY, J.** *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona, Bosch, 2012.
- RUSCONI, M.** “Principio de inocencia e *in dubio pro reo*”, *Jueces para la democracia*. N.º 33, 1998. (electrónico)
- SÁNCHEZ, M., y ORDÓÑEZ, A.** *Juicios mediáticos y presunción de inocencia*. Málaga. La Ley S. A., N.º 57, 2016.

- SUÁREZ, G. “La responsabilidad periodística, límite legítimo al ejercicio profesional”. *Palabra Clave*. vol. IX, N.º 1, 2006. (electrónico)
- TISNÉS, J. “Principio de inocencia y medida de aseguramiento privativa de la libertad en Colombia. Un Estado constitucional de Derecho”, *Revista Ratio Juris*. vol. VI, N.º 13, 2011. (electrónico)
- VALENCIA, C. “Juicios paralelos en Colombia y la imposibilidad de aplicar el principio de presunción de inocencia”, *Analecta Política*. vol. VI, N.º 11, 2016. (electrónico)
- VEGAS, J. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid, La Ley S.A., 1993.
- YON, R., y SÁNCHEZ, A. “Presunción de inocencia y Estado de Derecho”, *Revista de Derecho*. N.º 51, Editorial Temis, 2005. (electrónico)
- ZARAGOZA, J. “Libertad de información y «juicios paralelos»: la doctrina del Consejo de Europa”, *Boletín del Ministerio de Justicia*. Año 54, N.º 1881, 2000. (electrónico)

REVISIONES PROCESALES PARA UN *COMPLIANCE* BASADO EN
EL MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ECUADOR

**REVISIONES PROCESALES PARA UN *COMPLIANCE* BASADO
EN EL MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL
ECUADOR¹**

MAURICIO ENRIQUE PACHECO²

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR, QUITO - ECUADOR

RESUMEN:

Las publicaciones de autores ecuatorianos sobre el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas son prácticamente inexistentes. De los escasos trabajos revisados, ninguno aborda, con cierta minuciosidad, el tema del modelo de responsabilidad corporativa y el *compliance*, ni sobre la determinación del alcance y significado de los principios informadores del Derecho procesal penal desde la criminalización primaria.

Frente a esta previsible problemática, generada por el Legislador ecuatoriano y que ha sido objeto de una irremediable falta de atención de los estudiosos del Derecho penal en nuestra realidad, invocamos los criterios y las opiniones de los grandes penalistas

¹ Artículo recibido el 23 de octubre de 2019 y aprobado el 24 de noviembre de 2019

² Profesor Adjunto II y Catedrático de Derecho penal y Derecho procesal penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador. ORCID: 0000-0001-7957-6480

europesos y principalmente de autores españoles que han contribuido vigorosamente en el desarrollo de criterios claros, racionales y prácticos para el procesamiento penal de las personas jurídicas, en el marco de las garantías constitucionales de las que son titulares las personas jurídicas. La cuestión sobre la utilidad procesal de la adopción de los programas de *compliance* en la determinación de, si en un modelo de responsabilidad, por hecho propio, su mera existencia y su efectividad tienen consecuencias atenuantes o eximentes de culpabilidad y cuál debería ser el tratamiento, en relación con el principio acusatorio y el principio de presunción de inocencia, vigentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

PALABRAS CLAVE:

Compliance, responsabilidad penal de las personas jurídicas, carga de la prueba, principio acusatorio, proceso penal

ABSTRACT:

The publications of Ecuadorian authors on the issue of criminal liability of legal persons are practically non-existent. Of the few works reviewed, none addresses, with some thoroughness, the issue of the corporate responsibility model and compliance, nor on the determination of the scope and meaning of the reporting principles of criminal procedural law since primary criminalization.

Faced with this foreseeable problem, generated by the Ecuadorian Legislator and that has been the subject of an irremediable lack of attention of criminal law scholars in our reality, we invoke the criteria and opinions of the great European criminalists and

mainly of Spanish authors, who have vigorously contributed to the development of clear, rational, and practical criteria for the criminal prosecution of legal persons within the framework of the constitutional guarantees of which legal persons are holders. The question of the procedural utility of the adoption of compliance programs in determining whether in a model of responsibility, in their own right, their mere existence and their effectiveness have mitigating or exempt consequences of guilt and what the treatment should be in relation with the accusatory principle and the principle of presumption of innocence in force in the Ecuadorian legal system.

KEYWORDS:

Compliance, criminal liability of legal persons, burden of proof, accusatory principle, criminal proceedings

I. Ideas generales para el diseño de un *compliance* aplicable como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador

I.A. *Compliance* y la responsabilidad penal de la persona jurídica

Debe ser un programa que tenga como objetivo central no solo la existencia de una estructura preventiva de detección y de denuncia de las infracciones penales a las autoridades públicas después de cometido o incrementado un riesgo para los bienes jurídicos amparados por la Ley, sino que, además, importe una actividad institucional, que propenda la fidelidad al Derecho³. Pero agregaría otro objetivo: el constituir a los programas de cumplimiento como elementos eximentes o de atenuación de la RPPJ, orientados a validar o legitimar la relación existente entre la capacidad autorregulatoria privada y la potestad estatal de control corporativo. En otras palabras, se debe superar la duda sobre si el *compliance program* es o no objeto de prueba, en la determinación de responsabilidad penal corporativa, en un modelo de responsabilidad propio propuesto antes en términos generales.

³ Es muy claro este autor al resaltar que el *compliance* no solo debe implementarse para evitar riesgos provenientes de las conductas de los trabajadores, sino también de los dirigentes, a fin de que cumplan con los mandatos y prohibiciones jurídico-penales, su descubrimiento y sanción. COCA VILA. 2013, p. 54; BAJO FERNÁNDEZ, M., y GÓMEZ JARA-DIEZ, C. “Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica”, en BAJO FERNÁNDEZ, M., et al. *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona, Editorial Aranzadi S.A., 2012, p. 281.

Este artículo pretende demostrar que la no existencia de compatibilidad entre el sistema de imputación vicarial y el *compliance*, como instrumento explicativo de la responsabilidad penal corporativa, no es posible, dadas las estructuras dogmáticas y procedimentales diferentes y que, por el contrario, si utilizamos el modelo de responsabilidad corporativa, por hecho propio, los programas de cumplimiento vienen a constituirse en el insumo principal del proceso penal de imputación a la organización.

Utilizaremos como metodología ciertos elementos del modelo planteado por Nieto⁴, el cual tiene la característica de permitir, con una aceptable flexibilidad, insertar el programa del *compliance* en el sistema de responsabilidad penal propio para las personas jurídicas.

La propuesta elaborada de NIETO MARTÍN toma en cuenta una serie de presupuestos, que deben irse adaptando a las realidades de cada ordenamiento jurídico. Analicemos brevemente las principales.

I. A. 1. Un modelo de responsabilidad más internacional y aceptable

Las categorías del delito tienen su fuente en la dogmática penal alemana, que no es muy extendida en todo el mundo y más bien tienen una cobertura muy restringida. Por ello, NIETO⁵ sugiere que hay que tener muy en cuenta que las estructuras productivas y financieras de las corporaciones, tienen cada vez más connotación internacional y transfronteriza, regidas por distintos

⁴ NIETO MARTÍN. 2013i, p. 36.

⁵ *Ibíd.* p. 20.

ordenamientos jurídicos, dada la multiplicidad de procesos, que constituyen la cadena de desarrollo de las actividades productivas o de servicios prestados por la organización⁶. Enfocarnos en modelos particulares, que no responden a las líneas generales trazadas por el Derecho comparado en Europa y en Latinoamérica, no nos serviría de mucho para futuros desarrollos dogmáticos, que los vayan perfeccionando.

I. A. 2. Programas de cumplimiento orientados a la prevención

Entendamos que un programa de cumplimiento tiene dos modalidades, que pueden adoptar las corporaciones, cada una con consecuencias diferentes: los jueces deben, en primer lugar, comprender los alcances del programa de cumplimiento para, de acuerdo con ello, determinar el grado de eficacia en el control preventivo de las infracciones. Como ya anticipamos, existen dos grandes modelos de *compliance*: los modelos de vigilancia y el modelo del código ético.

El modelo de código de conducta o ético se estructura sobre una base de medidas normativas, de carácter preventivo, orientadas a generar sentimientos solidarios y un ambiente propicio para el desarrollo de una conciencia ética social de los empleados y funcionarios de la persona jurídica, a través del proceso de formación constante dentro de la corporación. El control debe realizarse permanentemente, a través de la verificación de la

⁶ GRACIA MARTÍN, L. "El Derecho penal ante la globalización económica", en *Cuestiones de Derecho penal, procesal penal y política criminal*. Lima, ARA Editores, 2010, p. 85.

aplicación de ciertas regulaciones, ciertos principios y valores, que identifiquen todas las actividades que desarrolla la empresa, tales como la contratación de personal, el tipo de proveedores, la atención al cliente, etc.

En consecuencia, dentro de un modelo de valores éticos, lo recomendable, en la denuncia de los actos irregulares, es que no debe ser anónima, sino reservada. La confidencialidad en la denuncia denota una orientación, por el cultivo de valores, que, a diferencia del anonimato, no da lugar a posturas abusivas de autoridad, la cual termina prefiriendo el control por el control. Esta especie de cívica corporativa prefiere la confidencialidad antes que el anonimato, para alejarse de prácticas colaboracionistas con aquellos regímenes autoritarios que terminaron convirtiendo a las empresas en centros ilegales de obtención de información y delación, utilizada para procesos persecutorios en contra de empleados y funcionarios de las organizaciones jurídicas.

Un sistema de control con orientación a los valores concibe a las sanciones como un asunto de mínima intervención y de última instancia, con el máximo respeto a las reglas del debido proceso, con penas proporcionales y segundas oportunidades, apostando por sanciones que estén individualizadas⁷. No son solo modelos de prevención de delitos, sino que su implementación, debe tener efectos que vayan mucho más allá de la línea preventiva penal y adquiera otras connotaciones,

⁷ GONZÁLEZ, A. "Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y Derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico - penales al libre mercado y a la libertad de empresa", en MONTANER FERNÁNDEZ, R. (coord.). *Criminalidad de la empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona, Editorial Atelier, 2013, pp. 77-110.

ligadas a la construcción de culturas ético legales en el desempeño corporativo⁸.

I. A. 3. Consenso y programas de cumplimiento basados en valores

No significa desconocer la influencia de los directivos de la empresa, sino generar códigos de comportamientos, que no sean la expresión de los intereses unilaterales del empleador o de los directivos, ni producto de la imposición de voluntades en desmedro de los intereses y los derechos de los trabajadores, que podrían verse muy afectados. En materia judicial, existe la presencia de un código de comportamiento con índices bajos de credibilidad y confianza.

Igual tratamiento debería darse a la elección de los órganos de vigilancia. El modelo constructivo de valores generalmente debería tener representantes de los trabajadores y empleados para ganar legitimidad y credibilidad. Los modelos de vigilancia

⁸ Dice SIERRA LEWIN que: [...] esa cultura debe ser forjada a través del hábito, cosa que solo se logra alineando los incentivos de cada individuo. Por ejemplo, si se premia a las personas solo por obtener más clientes o incrementar la participación de mercado de la compañía, se generan razones para conseguir estos objetivos a cualquier precio. Por lo tanto es deber de las mismas organizaciones establecer el camino que deben seguir sus empleados para lograr los objetivos de la institución, poniendo énfasis en el cómo en el lugar del qué, vinculando la rectitud de los medios a los incentivos dados [...]. SIERRA LEWIN, S. 2017; NEIRA PEÑA, A. M. "La persona jurídica como nuevo sujeto pasivo del proceso penal en los ordenamientos chileno y español". *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*. 2014, p. 21. Disponible en la siguiente página web: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041329005>. ISSN 0717-5345. (última consulta 21 de junio de 2018)

suelen estar constituidos por representantes exclusivos de los empleadores o directivos de la corporación, muy lejos de la necesidad de independencia, que deben caracterizarlos, para que el programa sea viable y efectivo.

La importancia de un sistema más democratizado y abierto, a la hora del diseño y la implementación de los programas de cumplimiento, tiene repercusiones importantes al emplearlos como elemento de descargo en los procesos en los que está en juego la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, NIETO MARTÍN recalca: [...] *que un programa de cumplimiento basado en estas ideas supondría una respuesta adecuada a los problemas de legitimación, que desde siempre arrastra la autorregulación empresarial y que, sin duda alguna, conseguirán una mayor adhesión de los empleados a los valores y política de la empresa y [...] la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin un incremento de la legitimidad de las decisiones empresariales y de la accountability de sus responsables [...].*

I. B. Exigencias procesales para la incorporación del *compliance* en el proceso penal ecuatoriano

I. B. 1. El *compliance* y el sistema vicarial

En nuestro caso, la incorporación del *compliance*, como objeto de prueba, dependerá de la valoración que éste adquiera, dentro de la normativa procesal penal interna, para determinar la responsabilidad penal de las organizaciones jurídicas.

En el actual sistema vicarial extremo, quien haya adoptado un *compliance* preventivo, aplicado a la corporación, nos atrevemos

a decir que ha perdido su tiempo, si piensa obtener algún tipo de beneficio o benevolencia procesal a la hora de la imputación penal en contra de la persona jurídica.

Es un acto que resulta intrascendente, para efectos de valoración probatoria, en la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No constituye objeto de análisis, ni de estudio y la incorporación probablemente podría eventualmente ser tomada en cuenta por el juez penal, con el objeto de elegir una pena modulada, dentro de los parámetros de referencia que le otorga el mismo COIP, según sea el tipo de delito cometido.

Esto es verdad porque el proceso penal, que se inicia en contra de la persona física, versa sobre la actuación típica, antijurídica y culpable del individuo infractor, sin importar, si su conducta estuvo enmarcada o no dentro de un sistema autorregulatorio o de prevención penal, en razón de que la adopción del *compliance*, no lo hace la persona física, a título personal, sino que es un acto corporativo, propio de una voluntad organizacional, que no está en juego, ni es revisable dentro del proceso penal.

Pero si tenemos un régimen de responsabilidad propia de las corporaciones, que se propone en estos capítulos finales, la existencia de los programas de *compliance* resulta por demás determinante a la hora de la imputación penal, porque su existencia efectiva supone que la empresa ha emprendido tareas de supervisión, vigilancia y control de todos sus funcionarios y trabajadores para realizar sus actividades, dentro del marco de riesgos permitidos por la legislación interna y externa, lo que significa que la organización ha adoptado una política de prevención de delitos⁹.

⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, B. “Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles”, en OLIVEROS

Es decir, la existencia del *compliance* penal al interior de la corporación puede significar una posible causa automática de exclusión, exoneración y atenuación de la responsabilidad. Lo determinante, dice NEIRA PEÑA, [...] *para decidir sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas es el efectivo cumplimiento de los deberes de supervisión y control sobre sus actividades, sin perjuicio de que la existencia de tales programas preventivos sirva para protocolizar o formalizar tales controles y, por ende, como indicio de cumplimiento [...]*¹⁰.

I. B. 2. El *compliance* debe estar documentado

La idea, que se concreta, deviene de tener en cuenta que la existencia del *compliance*, no puede constituirse en un muro de protección de la persona jurídica, ante la eventualidad de ser responsabilizada penalmente, frente a la comisión de una infracción penal, porque resulta forzado presumir que existen medidas eficaces de prevención por la evidencia escrita de un programa de cumplimiento o *-compliance-*.

De allí que, en caso de existir un *compliance*, debemos concretar la forma en que este programa de prevención debe ser admitido en el proceso penal. Lo primero que se nos ocurre, a fin de que sea un aporte probatorio, es la presentación por escrito del programa implementado, debidamente certificado y aprobado por las autoridades administrativas internas y del Estado, de

ALONSO, M. (coord.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2014, p. 149. Véase también en la siguiente página web: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/francisco.pdf>.

¹⁰ NEIRA PEÑA. 2017, p. 283.

ser necesario e indispensable. El documento debe contener todos los mecanismos, actualmente estandarizados sobre su funcionamiento, implementación y de retroalimentación¹¹.

La prueba de la existencia formal del documento de *compliance* debe estar obligatoriamente acompañada de la prueba de verificación de la efectividad de éste en el funcionamiento de la corporación. El otorgamiento de la calidad de atenuante a los programas de cumplimiento no se sustenta en declaraciones o discursos declarativos y teóricos, sino del seguimiento documental o digital de la actividad del *compliance*.

En otras palabras, la constancia del funcionamiento de los programas de cumplimiento deben estar debidamente documentados y registrados por las evidencias y constataciones diarias de los diferentes organismos, encargados de su seguimiento e implementación, los comentarios y sugerencias, así como las

¹¹ La autora esboza un cuadro descriptivo de los contenidos generales del *compliance*. Dice: [...] *en primer lugar, el programa de cumplimiento deberá ser aportado al proceso como prueba documental, en tanto que deberá encontrarse documentado. En tal soporte, figurara, de ordinario, el código ético de la entidad, su mapa de riesgos delictivos, el diseño de su modelo de organización y gestión pre ordenado a evitar delitos, los protocolos de actuación orientados a prevenir y detectar la comisión de ilícitos, los procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas, la configuración y las funciones del organismo encargado del funcionamiento del programa, el sistema disciplinario, el diseño de un canal de denuncias, las labores de comunicación y formación diseñadas para dar a conocer el modelo entre los distintos agentes que se relacionan con la entidad, así como el sistema según el cual se actualizará y adoptará el programa a los cambios de la organización de la entidad o a los que, de otro modo, afecten a la determinación de los riesgos a prevenir [...]*. NEIRA PEÑA. 2017, p. 283.

recomendaciones realizadas por los oficiales de cumplimiento y la forma cómo fueron atendidos estos requerimientos. De esta manera, se construye lo que se denomina cultura de cumplimiento de la legalidad. De ello se deduce que: [...] *la entidad que cuenta con un programa de cumplimiento eficaz, podrá usarlo para ir preconstituyendo pruebas, que le podrán servir para atenuar la responsabilidad, ya sea a través de la acreditación de la operatividad del programa en cuestión [...], ya sea por la vía de aportar pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales [...]*¹².

Pero la acreditación como prueba del modelo de cumplimiento también puede ser validada, mediante pruebas periciales testimoniales de empleados, dirigentes, administradores, contratistas, proveedores y hasta consumidores. Sin embargo, las pruebas periciales, a la hora de determinar la efectividad del *compliance*, son las más apropiadas, porque implican una constatación de los hechos, documentos y la actividad de la corporación, que en forma conjunta y sistematizada, son idóneas o no para prevenir o minimizar las consecuencias de los hechos delictivos. Para algunos autores, este tipo de experticias son las únicas que sirven para acreditar o desacreditar la cultura de cumplimiento de la legalidad en una corporación¹³.

¹² NEIRA PEÑA. 2017, pp. 284-285.

¹³ *Ibíd.* p. 286.

I.B.3. ¿Los programas de *compliance* excluyen la responsabilidad penal de las personas jurídicas?

La controversia sobre la existencia del *compliance*, como elemento constitutivo de exoneración de la responsabilidad penal de las corporaciones, desplaza hacia la persona jurídica acusada la carga probatoria, la cual debe demostrar la existencia de un programa auto regulatorio, elaborado bajo premisas y exigencias normativas generales, y como consecuencia, evidenciar ser una organización no peligrosa en el desempeño de sus actividades y cumplidora con el orden jurídico. La razón es la misma que se aplica en relación con la carga dinámica de la prueba y son las organizaciones jurídicas las que tienen mayor acceso, mejor posición y la posesión de los elementos probatorios, las que deben presentar esa prueba.

NEIRA PEÑA estima que es posible trasladar la carga de la prueba de la existencia del *compliance* a la persona jurídica acusada, porque la inexistencia del programa podría considerarse como un indicio de tal condición. Esta autora realiza una serie de matizaciones para precisar y diferenciar dos situaciones un tanto complicadas: la primera, considera al delito, cometido por los administradores y propietarios, como un indicio de que el *compliance* no funcionó, y que, por tanto, corresponde a la entidad demostrar con pruebas ciertas que sí tomó todas las previsiones para evitar tal resultado lesivo, en razón de que los deberes de control y vigilancia están en manos de quienes ejecutaron la conducta ilícita. Pero si el delito lo comete un empleado o trabajador de menor jerarquía dentro de la empresa, entonces la carga indiciaria no es tan fuerte como cuando lo comete el funcionario, que

se encuentra en la cúpula de la administración de la persona jurídica¹⁴ y la carga de la prueba se traslada a la Fiscalía.

En este sentido, si el delito lo cometen los subordinados de la corporación, entonces la carga indiciaria es menor y la Fiscalía debe demostrar la inexistencia o ineficacia de un programa de *compliance*. Por el contrario, si el delito lo cometen los miembros de la alta cúpula de la corporación, es decir, quienes la dirigen, entonces este hecho constituye un indicio determinante de la ausencia de un programa auto regulatorio eficaz para la prevención de delitos. Esta situación demostraría el déficit preventivo de la corporación, sin que esta apreciación constituya una violación al principio de legalidad. No llegaríamos a este resultado, si se insiste en que la Fiscalía sea quien tenga la carga de demostrar la ausencia de un programa de prevención.

Claro que la presunción debe reunir ciertos requisitos, a fin de evitar la afectación al principio de inocencia, tales como el inferir que si los dirigentes cometen el delito, entonces no había control, ni supervisión en la corporación, y, por ende, el programa de autorregulación no era eficaz. Por otro lado, la corporación cuenta con derecho de destruir la presunción *iuris*

¹⁴ Dice la autora que: [...] cuando delinque un subalterno, la carga de indicios frente a la persona jurídica no es tan fuerte y, en tal caso, el MF tendrá que ser más diligente a la hora de hacer indagaciones sobre la ausencia de los debidos controles, por parte de la entidad, buscando otras pruebas e indicios para acreditar la ineficacia del modelo de prevención. Sin embargo, cuando delinque el delincuente, parece aceptable recurrir a presunciones legales, como la establecida por la regulación italiana, según la cual, para el caso en que delinquen los dirigentes, se presumen *iuris tantum* que los programas de cumplimiento eran ineficaces y es la empresa la que debe probar que contaba con medidas adecuadas para prevenir los delitos cometidos [...]. NEIRA PEÑA. 2017, pp. 287-288.

tatum, demostrando que hubo un premeditado y fraudulento desacato a las previsiones de un programa de *compliance* interno de la empresa¹⁵.

II. El *compliance* y el régimen de responsabilidad por hecho propio, que cumplan las exigencias de los principios básicos del Derecho penal

En este sentido, son válidas las resoluciones de las máximas autoridades judiciales españolas, quienes nos llevan enorme ventaja sobre las previsiones que se deben tomar en el largo proceso de concreción de un sistema más garantista de tratamiento penal en contra de las personas jurídicas. Hemos tomado de referencia algunas sentencias emblemáticas de los tribunales españoles¹⁶, comentadas por varios prestigiosos penalistas, en relación con

¹⁵ NEIRA PEÑA señala que: *Por otra parte, cuando delinquen los dirigentes la posibilidad de inferir la ineficacia del programa de cumplimiento de su implicación en el delito es mayor, dada la mayor fuerza incriminatoria que, para la persona jurídica, tiene la implicación de sus altos cargos en la actuación delictiva. Por eso, en este caso, se propone que se produzca una presunción legal que establezca la inefectividad de las medidas de prevención para el caso de que los encargados de la dirección y el control del ente hayan delinquido. Ahora bien, para que esta presunción, basada en un nexo lógico, la presunción de inocencia del ente, es necesario que se configure con carácter iuris tantum, permitiendo a la entidad desvirtuar tal presunción [...].* NEIRA PEÑA. 2017, pp. 287-288

¹⁶ Especialmente las siguientes sentencias y resoluciones: Sentencia del TS, de 2 de septiembre de 2015; Sentencia del Pleno de la II Sala del Tribunal Supremo, de 29 de febrero de 2016; Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de marzo de 2016; Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de noviembre de 2016; Circular de la Fiscalía General del Estado, de enero de 2011; y, Circular de la Fiscalía General del Estado, de enero de 2016.

el ejercicio punitivo, en materia de responsabilidad penal, de las personas jurídicas.

II. A. Tener cuidado de la aplicación automática

Si de algo se deben alejar los aplicadores de justicia penal, en materia de responsabilidad penal, de las personas jurídicas, es la imposición de fallos judiciales automáticos y cargados de elementos, que definan la proscrita responsabilidad penal objetiva. Este fenómeno fue muy evidenciado en la justicia española, en numerosas ocasiones¹⁷, por tal motivo, el Tribunal Supremo tuvo que salir al paso para enderezar la cuestión por la vía de la jurisprudencia.

La sentencia de 2 de septiembre de 2015, emitida por el Tribunal Supremo español, rescata esta advertencia, que nos puede servir de mucho para nuestro modelo propuesto. Se refiere a que bien sea tratándose de un modelo vicarial o un modelo de responsabilidad propio, los hechos deben describirse en función de quien los cometió y de la forma cómo lo hizo. No puede haber una atribución del delito a la persona jurídica, a partir de la narración y de la descripción de los hechos cometidos por la persona física; es decir, no puede haber ausencia de referencia de los hechos atribuidos a la corporación, como sujeto activo del delito, puesto que provoca una ausencia de la *ratio decidendi* en la decisión de los jueces.

Es importante el señalamiento sobre la independencia de los hechos, que van a servir de fundamento de la imputación

¹⁷ GÓMEZ-JARA DIEZ, C. *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona, Aranzadi, 2017, p. 30.

penal. El principio de personalidad del acto implica una clara diferenciación de los presupuestos de hecho al rto de evaluar la responsabilidad penal por parte del juez¹⁸. En un sistema de responsabilidad propio de la persona jurídica, no deben darse estos traslados de responsabilidad corporativa, desde la actuación o desde los hechos atribuidos a la conducta de la persona física, sino desde los actos cometidos por la persona jurídica.

II. B. La culpabilidad corporativa independiente de la culpabilidad individual

La condena a la persona jurídica debe realizarse como consecuencia de la declaración de culpabilidad de la corporación y ésta, a su vez, debe provenir como consecuencia de la infracción cometida por la organización, en un proceso incoado con las garantías constitucionales previstas para todo proceso penal; es decir, es una exigencia la diferenciación que debe tener la culpabilidad de la persona natural y la culpabilidad de la corporación.

En el sistema de responsabilidad propuesto (sistema mixto), si bien es cierto que la infracción penal debe provenir del accionar de la persona física, que tenga alguna relación laboral, contractual, administrativa o de propiedad, el fundamento de la responsabilidad penal corporativa debe ser independiente del fundamento de

¹⁸ En relación con la sentencia, de 2 de septiembre des 2015, sobre el caso de un delito de estafa, dice, respecto de la sentencia casada: *Con independencia para casar la sentencia de instancia respecto de la persona física, basado en el vacío probatorio de los elementos definitorios del delito de estafa [...] se puede evidenciar que la condena de la persona jurídica se deriva de un automatismo objetivista más propio de una declaración de responsabilidad civil [...] que una declaración de responsabilidad penal [...].* *Ibíd.* p. 33.

la imputación penal de la persona física. Reconocemos que no pretendemos un modelo de autorresponsabilidad absoluta porque no se puede prescindir por completo de una conducta de la persona física, que es quien comete la infracción penal, que tiene la virtud de generar responsabilidad punitiva a la persona humana y también, por otros hechos derivados de esta conducta y que no son los mismos, acarrea la responsabilidad corporativa¹⁹.

La culpabilidad penal, en términos generales, debería tener tres presupuestos, que deben necesariamente que verificarse:

1. Una conducta delictiva de la persona física, relacionada con la corporación y que produzca efectos beneficiosos a la entidad;
2. Una infracción a los deberes de supervisión, vigilancia y control, que tenga como consecuencia directa y muy probable la realización del resultado lesivo; y,
3. Un defecto organizativo y estructural, relacionado con políticas de implementación de sistemas de cumplimiento eficaz de la legalidad.

Lo importante y el paso adelante en el sistema propuesto, tomado de autores, tales como GÓMEZ JARA, NIETO MARTÍN, ZUGALDÍA ESPINAR²⁰ y, sobre todo, FEIJÓO SÁNCHEZ, se refiere

¹⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, B. 2017, p. 102.

²⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, J. "La admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: un pilar básico del moderno Derecho penal económico", en MIR PUIG, S., MODOLELL GONZÁLEZ, J., GALLEGU SOLER, J., y BELLO RENGIFO, C. (coords.). *Estudios de Derecho penal económico*.

a superar el criterio de que el defecto de la organización, es el referente material para la determinación de la persona jurídica. La culpabilidad de ésta se debe configurar, a partir del *defecto organizativo estructural, relacionado con políticas o programas de cumplimiento de la legalidad [...]*, que supera el concepto de defecto organizativo por falta de control.

FEIJÓO SÁNCHEZ²¹ pone un ejemplo en los siguientes términos: Si un alto directivo de una empresa, mediante sobornos a funcionarios públicos, consigue contratos para la empresa gracias a la falta o ausencia de control organizativo; si los administradores no controlaron estas actuaciones, entonces existiría delito corporativo. Pero si el oficial de cumplimiento de la empresa detecta estas anomalías, investiga y descubre este procedimiento ilegal, denunciando a las autoridades de la Fiscalía, estamos frente a un hecho, en el que, existiendo un defecto de organización por falta de control, no existiría un *defecto organizativo estructural*, porque la empresa demostró tener un buen modelo efectivo de *compliance* o de cumplimiento con la ley. En conclusión, la falta de una cultura de cumplimiento de la legalidad, en ese caso concreto, con la ausencia de un *compliance* efectivo es una falta atribuible a la corporación. Podríamos estar frente a un hecho propio, que acarrea culpabilidad empresarial.

Caracas, Editorial Librosca, 2002, pp. 123-196.

²¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, B. 2017, p. 127.

II. C. Los principios fundamentales del Derecho penal deberán ser observados en cualquier decisión, que determine la responsabilidad corporativa

Extraemos esta máxima de la Sentencia, de 2 de septiembre de 2015, emitida por el Tribunal Supremo de España y que determina que cualquiera que sea el modelo de responsabilidad penal que opte un determinado ordenamiento jurídico, la aplicación de aquel sistema debe informarse de los principios fundamentales del Derecho penal.

Los planteamientos que conduzcan a la determinación de la responsabilidad corporativa deberán ajustarse a la exigencia mínima de responsabilidad personal, por la cual cada persona responde por sus propios actos y no por las infracciones de terceros. La culpabilidad del ente colectivo no puede fundamentarse en las actuaciones de las personas físicas, que cometieron la infracción, porque de darse esta situación se trataría de un sistema de responsabilidad objetiva, en el que los presupuestos fácticos del funcionario o empleado de la corporación, se transforman en los presupuestos de la imputación de la organización.

En este sentido, GÓMEZ JARA²² recalca que el modelo de responsabilidad, por hecho propio, es un modelo mucho más aceptable, en términos prácticos, porque guarda una proporción mayor de conformidad con los principios fundamentales tributarios del Derecho penal tradicional. Sin embargo, no deja de cuestionar la asimetría entre las exigencias mayores de la conducta de la persona física y la conducta de la persona jurídica.

²² GÓMEZ-JARA DIEZ. 2017, pp. 41-43.

II. D. **El delito de la persona física debe ser un presupuesto y no el fundamento de la responsabilidad penal de la corporación**

En un régimen de autoresponsabilidad o por hecho propio, los hechos que configuran el tipo penal de la persona física no son, ni deben ser aquéllos que configuran la tipicidad de la persona jurídica. Una reciente sentencia de los tribunales españoles²³ establecía que la infracción de la persona natural [...] *opera como requisito precedente necesario para el ulterior pronunciamiento de la responsabilidad penal propia de la entidad, medida en términos de incumplimiento de la obligación de poner los medios para evitar la comisión de delitos en su seno [...]*²⁴.

Esta afirmación nos permite solucionar problemas que, desde la óptica del sistema vicarial, fueran imposible hacerlo. Por ejemplo, si la conducta de la persona humana fuera el fundamento de la responsabilidad penal, de tal forma que no existiendo conducta *humana*, no habría conducta de la organización, entonces en el caso en que una persona física falleciera, o no existiera o simplemente fuera difícil identificarla y no se pudiere dirigir el proceso en su contra, la consecuencia lógica sería la imposibilidad de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, porque desaparecería el fundamento de la culpabilidad corporativa, creando lagunas de impunidad, que es lo que precisamente se trata de superar con el modelo de responsabilidad por hecho propio²⁵.

²³ TRIBUNAL SUPREMO de España, sentencia del Pleno de la II Sala, de 29 de febrero de 2016.

²⁴ GÓMEZ-JARA DIEZ. 2017, p. 57.

²⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Ahora, en el modelo de autorresponsabilidad ideal, que se propone para la legislación ecuatoriana, el centro gravitacional alrededor del cual gira la imputación a la persona jurídica debe ser un hecho propio de la corporación, que se constituya en un factor propio de la responsabilidad penal²⁶. El defecto estructural aparentemente deviene en uno de los sistemas más adecuados de culpabilidad colectiva, que supera el modelo vicarial de transferencia.

En este sentido, la implementación de políticas de cumplimiento de la legalidad al interior de las corporaciones constituiría un importante elemento de definición de la responsabilidad penal. En palabras de FEIJÓO SÁNCHEZ: [...] *el delito individual sin políticas de cumplimiento de la legalidad puede ser definido como un delito corporativo [...]. El cumplimiento de la legalidad en todos los ámbitos de la actividad y gestión empresarial es el elemento estructural por el que debe velar la persona jurídica. Si lo ha hecho es algo que debe constatarse con los medios habituales de prueba, incluyendo aquella que se pueda realizar mediante indicios [...]*²⁷.

De tal forma que se descarta que el mero defecto organizativo por la deficiente gestión pueda ser el origen y el sustento de la responsabilidad penal corporativa, en razón principalmente de que el defecto de organización, no es un hecho, sino un acto de carácter valorativo, que no tiene conexión con el resultado

en el Derecho español", en MONTANER FERNÁNDEZ, R. (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*". Barcelona, Editorial Atelier, 2013, p. 32.

²⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ. 2017, p. 127.

²⁷ *Ibíd.* p. 129.

lesivo²⁸. Se requiere el hecho individual cometido por la persona física más la existencia del defecto organizativo y, finalmente, la constatación del defecto estructural como elementos integradores y constitutivos del hecho propio. En este contexto, los programas de cumplimiento o *compliance programs* pueden resultar insatisfactorios a la hora de haber evitado la comisión de un delito.

Sin embargo, tampoco sería suficiente motivo de imputación a la corporación, la evidencia de un fallo organizacional, porque material y constitucionalmente es imposible establecer mecanismos de control y vigilancia total sobre los empleados y funcionarios, que reduzcan a cero las posibilidades de realizaciones delictivas. Debe analizarse la predisposición de la corporación para activar dispositivos de reacción, que denoten una cultura organizacional de cumplimiento de la legalidad para evitar investigar, denunciar y sancionar los delitos en la empresa²⁹.

²⁸ GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 2015, p. 73.

²⁹ En la nueva legislación española, GÓMEZ-JARA y FEIJÓO SÁNCHEZ llegan a coincidir en la cultura de cumplimiento de la legalidad como efecto determinante en la responsabilidad penal de la persona jurídica, a partir de un hecho propio. GÓMEZ-JARA resalta aún más la importancia del *compliance* en este modelo. Dice: [...] *Quizá aún más relevante desde una perspectiva global es que tanto el Pleno del Tribunal Supremo como la Circular 1/2016 se alienan con la indiscutible tendencia internacional en materia de compliance. Por motivos de espacio no podemos extendernos aquí en esta cuestión; no obstante, en esta cuestión puede afirmarse que los estándares internacionales de compliance hacen gravitar el centro de cualquier sistema de gestión de compliance en el establecimiento de una cultura de compliance [...]. La reforma operada por la LO 1/2015 [...] resulta coherente cuando el Tribunal Supremo haya pretendido centrar la atención en lo que, a nivel de estandarización internacional, se considera decisivo para determinar la eficacia de los modelos o el sistema de compliance*

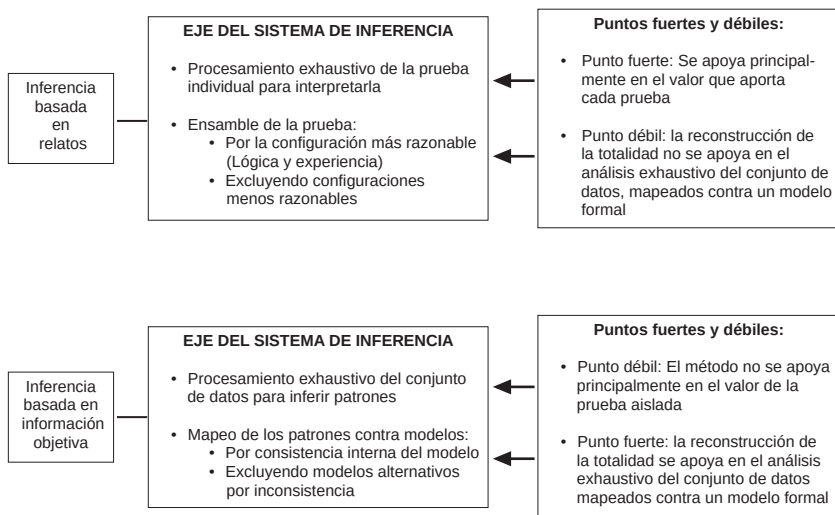
Solo en caso de ausencia de una cultura corporativa, vendría a configurarse la existencia de una falla estructural. La evidencia sobre estos tres elementos configuraría el hecho propio, que fundamentaría la responsabilidad penal de la persona jurídica.

II.E. Las garantías procesales de la corporación no deben ser disminuidas frente a las garantías procesales de las personas físicas

Ese principio es evidente cuando el derecho a la tutela judicial efectiva y el reconocimiento de todos los derechos constitucionales se hace efectivo en la normativa legal y constitucional. La persona jurídica es titular de todos los derechos fundamentales, cuantitativa y cualitativamente, en los mismos términos de los que gozan las personas naturales, amparada por el principio de igualdad ante la ley. Es decir, gozan del beneficio del reconocimiento de la presunción de inocencia, de la titularidad de los principios del debido proceso, del libre ejercicio del derecho de contradicción, del derecho de defensa, del principio de oportunidad, entre muchos más. La presunción de inocencia corporativa es un derecho independiente de la presunción de la persona física y no se puede alegar su beneficio, bajo resguardo del mismo derecho del individuo³⁰.

[...]. GÓMEZ-JARA DIEZ, C. 2017, p. 57.

³⁰ Dice GIMENO BEVIA que en la legislación española, es muy complicado este tema. Menciona que: [...] *la posibilidad de que un mismo sujeto pueda presentar un escrito de acusación y otro de defensa en el mismo proceso, o que pueda actuar en el juicio oral en calidad de acusador y acusado, resulta –a excepción únicamente del juicio de faltas–, incompatible con la LECrim y puede generar un auténtico fraude procesal. Correspondería a los jueces y tribunales determinar en qué casos concretos y ante qué determinadas circunstancias la persona jurídica ostentara legitimación*



II. F. Los conflictos de intereses entre la persona física representante y la persona jurídica

El sistema debe tener los resguardos necesarios que eviten conflictos entre el representante de la persona jurídica en el proceso penal, cuando éste ha sido involucrado en el mismo o en otro proceso similar, por actos que puedan acarrearle responsabilidad penal individual, sin perder de vista que la obligación principal

activa para poder actuar con esa doble condición la de acusada y acusadora debiendo acotar con rigidez el contenido de sus alegaciones y proposiciones probatorias para evitar fraudes o ventajas injustificadas [...]. GIMENO BEVIA. 2016, p. 134.

del representante es defender los intereses de la persona jurídica por sobre los intereses individuales que pueda tener. La cobertura de protección que la normativa debe priorizar son los intereses de la persona jurídica, entendida como un conglomerado de expectativas sociales, económicas, tributarias, comerciales, en el cual pueden salir afectados terceros que no son parte procesal, como es el caso de los trabajadores, socios, acreedores y el mismo Fisco.

Existe un conflicto, y muy serio, cuando los actos delictivos cometidos por el mismo representante de la persona jurídica pueden arrastrar a una condena punitiva a la corporación como consecuencia de una estrategia personal de defensa y evasión de responsabilidades. Si es el representante legal quien ha cometido el delito las actuaciones procesales claves, como la aceptación de los hechos, los acuerdos probatorios, la exclusión de pruebas, la aceptación de procedimientos abreviados, la falta de colaboración con la investigación, entre otras actuaciones, esfumarían la posibilidad de una atenuación de la responsabilidad de la corporación y expresarían un claro conflicto de intereses procesales, que terminarían afectando considerablemente el derecho de defensa de la persona jurídica en beneficio de la persona natural.

Tampoco el representante procesal de la persona jurídica podrá ser la persona natural, quién también esté involucrada en la comisión del delito que se investiga o, en su defecto, cuando haya sido llamada como testigo por la fiscalía. Sin mucho esfuerzo se puede comprender que este conflicto de intereses, distintos y contrapuestos, se podría verificar en situaciones en las que se ponga en juego la culpabilidad de la persona física y una forma de evadirla sea, a través de la entrega de documentación e

información perteneciente a la corporación, actuación que termina en una situación de ventaja procesal en favor del representante y en contra de la persona jurídica.

En conclusión, el representante procesal de la corporación debe ser una persona que no sea testigo, ni procesado o investigado, ni otro que tenga un potencial conflicto de intereses con la organización, preferentemente elegido por algún órgano colectivo de representación de la misma persona jurídica.

II.G. Los profesionales del Derecho que patrocinen a la persona física deberán ser distintos del que defiende a la persona jurídica

Este caso, evidentemente generaría una situación delicada de indefensión, porque el abogado patrocinador de las dos personas no podría manejar objetivamente los argumentos generalmente contradictorios de la persona física procesada y los correspondientes a la estrategia de defensa de la persona jurídica.

La defensa y patrocinio legal deberán ser llevados por abogados distintos para cada una de las partes procesales precisamente para evitar todo indicio de conflictos de interés, incluso entre abogados que pertenecen al mismo estudio jurídico.

II. H. Las sociedades pantalla no tendrían los mismos derechos procesales que tienen las personas jurídicas

Las sociedades pantalla son organizaciones que se crean y funcionan con el objeto de desarrollar y realizar actividades criminales. Son instrumentos al servicio de propósitos delincuenciales de los sujetos individuales quienes las conforman. Consideradas inimputables porque son sociedades muy simples y que no tienen capacidad de autogobernarse, [...] *de hecho, en el caso de las sociedades pantalla se aprecia claramente que se trata de sociedades plenamente heteroadministradas, carentes de la necesaria autonomía organizativa. Por ello, la adopción de cualquier tipo de medida de intervención frente a dichas sociedades se encuentra perfectamente legitimada, si bien no se pueden considerar verdaderas penas [...]*³¹.

NIETO MARTÍN estima que son tres los requisitos para que una organización sea autoreferencial: en primer lugar, deben encontrarse especificados claramente los requisitos para su ingreso o conformación; en segundo lugar, deben estar establecidos los mecanismos de decisión y la forma de adoptar las decisiones, previamente al establecimiento de los fines propios de la organización; y, en tercer lugar, cabe la identidad propia y distinta de sus miembros. Una organización debería tener una estructura jerárquica preestablecida en la toma de decisiones y,

³¹ GÓMEZ-JARA, C. “¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba, acuñado por Alex Van Weezel”, en *Revista de Política Criminal*. vol. XV, N.º 10, diciembre de 2010.

principalmente, un control sobre las conductas de sus miembros; en caso contrario, estaríamos frente a una sociedad pantalla³².

En estas condiciones, una sociedad pantalla no tendría derecho a ser titular de derechos fundamentales y tampoco tendría la prerrogativa de ser considerada como una persona jurídica imputable y sometida a la normativa, que rige para los procesos de determinación de la responsabilidad penal de las corporaciones³³. Sin embargo, a primera vista podríamos estar frente a un caso de violación de los derechos y garantías constitucionales, de los cuales las personas jurídicas son titulares y han sido legitimadas por sendas sentencias de la Corte Constitucional, antes referidas.

No obstante, contando con la ayuda que nos presenta un desglose de la persona jurídica, realizado, por la Fiscalía General del Estado español, en la Circular 1/2016 y que para efectos de la legislación ecuatoriana, es perfectamente aplicable. Dice esta

³² NIETO MARTÍN, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid, Iustel, 2008, pp. 166-167.

³³ La Circular 1/2016 nos proporciona una descripción más práctica de lo que significa una persona jurídica inimputable como las sociedades pantalla. Dice textualmente: [...] *junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamientos delictivos existen otras estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos [...]. Ya advertía la Circular 1/2011 que no se precisaba imputar necesariamente a la persona jurídica en aquellos casos en los que se detectara la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio, etc, utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación. Nada impide, se dice en esta Circular, el recurso a la figura de simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo [...].* FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. 2016.

circular que a la vista de la responsabilidad organizativa, existirían tres tipos de personas jurídicas: las primeras, son aquellas que operan con normalidad en el mercado o en la sociedad y a las que le son exigibles los programas de cumplimiento; la segunda clase está conformada por aquellas que desarrollan una actividad conformada, en la mayor parte, por actividades de carácter ilegal o delictivo y que mantienen cierto nivel organizativo y jerárquico. Éste es el típico caso de las empresas que realizan actividades de blanqueo de capitales; estas corporaciones todavía mantienen la categoría de personas jurídicas imputables. En tercer lugar, se encuentran las personas jurídicas totalmente inimputables. Su actividad es completamente ilegal y la persona jurídica es utilizada como un instrumento para la realización de actividades, que resultan solo disfraces de su objeto social y que está constituida por el grueso de las actividades ilegales.

Esta clasificación es importante, porque el modelo también debe contemplar la normativa, que califique de inimputable a una persona jurídica, cuando ésta sea una sociedad pantalla instrumentalizada para ocultar, tras la fachada corporativa, a la persona natural que delinque. El velo societario debe eliminarse, cuando las actividades ilegales e ilícitas de la persona jurídica ocupan la mayor parte de sus actividades.

En este contexto, reconocer derechos constitucionales a sociedades, que realizan toda su actividad por fuera de la Ley, sería dar ventaja a quienes se ocultan bajo la fachada societaria y la ley debería establecer un régimen de inocuización, a través de la disolución inmediata de estas corporaciones criminales³⁴.

³⁴ El autor, en relación con la inocuización, menciona que: [...] *Las consecuencias jurídicas previstas para los supuestos de inimputabilidad no*

II. I. La ausencia de una cultura de control y de cumplimiento de la legalidad en la persona jurídica no debe ser un elemento del tipo y además debe ser probado por la persona jurídica y no por la acusación

Primero dejemos en claro que la ausencia de medidas eficaces y eficientes para la prevención y control del funcionamiento interno de la corporación constituye el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica. No es el simple dato existencialista de un documento, que demuestre el funcionamiento de un *compliance*, para deducir de ello que existe una cultura de cumplimiento de la legalidad. Ésta consiste en la implementación, aplicación y seguimiento eficaz de sus directivas, a través del tiempo y en las circunstancias concretas, relacionadas con cada caso concreto.

Desde la perspectiva procesal, se requiere de una vez la solución al dilema de, si dogmáticamente la carencia de un programa de cumplimiento eficaz, es un elemento objetivo del tipo penal aplicable a las corporaciones y si la existencia de estas políticas concretas de prevención, constituyen circunstancias eximentes de responsabilidad penal. El apego a cualquier sistema que explique este dilema, tiene una profunda implicación procesal, especialmente relacionada con la carga de la prueba, dentro del esquema ideal propuesto.

tienen por qué ser necesariamente idénticas. Así, mientras que en el caso de empresas pantalla sería conveniente la disolución, un equivalente a la inocuización desde el punto de vista de los fines de la pena, en los supuestos de pequeñas empresas lo más adecuado es la no imposición de sanción alguna o alguna sanción de tipo estructural, como la curatela o las sanciones interdictivas [...] . NIETO MARTÍN. 2008, p. 169.

Si la existencia del *compliance* eficaz forma parte de la existencia del tipo penal, entonces la carga de la prueba corresponde a la parte acusadora, en este caso, la fiscalía. Es esta institución la que debe encargarse de comprobar que la persona jurídica no tiene implementado algún programa de autoregulación, para prevenir o disminuir los riesgos delictivos en la corporación.

Por el contrario, si el *compliance* constituye una medida de exoneración de culpabilidad, deberá ser la persona jurídica procesada, la que realice el aporte necesario de todos los elementos de convicción, que acrediten la existencia de tales programas; es decir, la teoría mayoritaria exige que sea la parte acusadora, la que acredite la inexistencia de los programas de cumplimiento, orientados a prevenir la comisión de delitos desde el interior de la persona jurídica. Este modelo reniega a que sea la parte acusadora, la que tenga que aportar elementos de juicio sobre la inexistencia de los programas de cumplimiento.

En líneas generales, el modelo propuesto exige la adopción e implementación de un *compliance* eficaz, que no es otra cosa que el desarrollo de un programa de cumplimiento de la legalidad. Si no existe un programa de cumplimiento eficaz para el caso concreto, entonces existe un delito corporativo y, por ende, hay lugar a la responsabilidad penal de la corporación. No es suficiente la existencia de un simple defecto organizativo como el fundamento de la responsabilidad penal de las organizaciones, sino que, en forma adicional, debe estar vinculado estrechamente con un defecto estructural, en materia de cumplimiento de la legalidad, o en relación con la cultura de cumplimiento y respeto al Derecho.

En relación con la carga de la prueba, existe una sentencia del TS español³⁵, la cual es muy ilustrativa para nuestros fines, y aporta el criterio sobre cuál debe ser la actitud de la acusación, en relación con los hechos que cada parte procesal está en la obligación de aportar para la determinación de la responsabilidad de la persona jurídica. La resolución mencionada determina que el hecho propio de la persona jurídica, es decir, la eficacia o ineficacia de los programas de control y prevención de delitos implantados en las corporaciones, debe ser investigado y demostrado por el juez instructor, en nuestro caso, por la fiscalía, quien es el ente acusador.

Frente a cualquier aportación probatoria que realice la fiscalía sobre los hechos que hayan causado un déficit de supervisión, control y vigilancia, realizado desde una perspectiva general y no individualizada a todos y cada uno de los funcionarios y trabajadores de la persona jurídica, la persona jurídica podría, igualmente, aportar elementos de descargo, dada la privilegiada posición que tiene en relación con el manejo y la posesión de la prueba.

³⁵ En este sentido, la Sentencia del TS 221/2016, de 16 de marzo, es muy clarificadora. Dice: [...] *La responsabilidad penal de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo, construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que solo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos, asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad [...].*

II. J. El contenido material de la averiguación de la fiscalía en los delitos corporativos

El objetivo de la prueba en el proceso penal ecuatoriano consta especificado en el artículo 453 COIP y se refiere a la demostración, con el grado de convencimiento, sobre la existencia material del delito y la responsabilidad del acusado. En materia de responsabilidad de las personas jurídicas, en nuestro sistema vicarial, exigirá un acoplamiento muy exigido y hasta artificial de esta normativa, con el objeto de cumplir con la demostración de la existencia del delito corporativo y de la responsabilidad de la persona jurídica.

Como la responsabilidad corporativa, en nuestro sistema vicarial extremo, se deriva de la responsabilidad de la persona física, las exigencias procesales recaen en la conducta de la persona física procesada y no en las actuaciones de la corporación, que no debería ser imputada en el mismo proceso penal.

En el sistema de responsabilidad por hecho propio, por el contrario, debe necesariamente existir procesalmente una imputación formal a la persona jurídica, notificada en la persona designada por la organización y que podría ser el representante legal. El inicio de la instrucción fiscal debe realizarse conjuntamente con la persona física, quien cometió la infracción penal, y en caso de que no haya podido ser identificada esta última, con la sola presencia de la persona jurídica.

Una vez iniciado el proceso penal, el objeto de la prueba, en relación con la persona moral, deberá ser impulsado por la fiscalía y estará orientado a la identificación de los elementos organizativos de carácter estructural, que produjeron un déficit

de control y prevención en los programas de cumplimiento, que tienen como objetivo, precisamente, evitar la comisión de delitos al interior de la organización.

Es decir, la fiscalía está obligada, legal y constitucionalmente, a investigar, analizar, recopilar, judicializar, incorporar al proceso, mediante los medios de prueba previstos en el COIP, todos los elementos de convicción que demuestren la falta de efectividad y de operatividad de los *compliance programs*, implementados por la corporación, lo que evidenciaría una falla estructural y una ausencia de una cultura de cumplimiento de la Ley, en el caso específico y concreto que se investiga.

El elemento subjetivo, para evitar una violación del principio de culpabilidad penal, se encuentra en la toma de las declaraciones, o versiones de la persona jurídica siempre y cuando se asegure que quien la represente, sea legítimamente designado por los órganos representativos de la persona jurídica. Y el contenido material de las declaraciones únicamente debe versar sobre los hechos llamados a identificar los elementos estructurales y organizativos, que provocaron el déficit de los mecanismos de prevención y control.

CONCLUSIONES

El procedimiento penal en contra de las personas jurídicas no está establecido expresamente en el COIP. Según varios fallos de la Corte Constitucional del Ecuador, la persona jurídica es titular de todos los derechos fundamentales que goza la persona física. No obstante, partiendo del sistema vicarial vigente, la persona jurídica procesada se ve impedida del ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, establecidos en el artículo 76 CRE, obligando a los jueces a utilizar la analogía y la interpretación extensiva como herramientas de aplicación para la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las cuales, a nuestro juicio, son de dudosa aceptación constitucional.

El principio de presunción de inocencia, previsto en el artículo 76.2 CRE, presume que la carga de la prueba, en los procesos penales contra las personas jurídicas -al igual que contra las personas físicas- corresponde a la fiscalía. La aplicación de la carga dinámica probatoria vendría a constituirse en un mecanismo sustitutivo, que eventualmente podría encubrir incapacidades investigativas de la fiscalía, sin que por ello en ciertos delitos, tales como el lavado de activos, el tráfico de drogas o el enriquecimiento ilícito pueda flexibilizarse, en razón de que la información que guarda el procesado, estaría en posición privilegiada de desvirtuar los cargos que se le imputan.

En el sistema de culpabilidad por defecto estructural, no es un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas puro, que prescinde de la conducta de la persona física. Éste es el hecho generador de un proceso, el cual no debe confundirse con el hecho, fundamento de la responsabilidad corporativa. El delito de la persona física sirve de sustento para establecer su

responsabilidad y es independiente de la que le impongan a la persona jurídica

Si pretendemos fundar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la sola existencia de un defecto de organización, tenemos un problema, porque siempre será el mismo defecto para cualquier tipo de delito, que se cometa en el seno de la corporación. El defecto organizativo por una deficiente gestión no es un hecho, sino un acto de carácter valorativo, que no tiene conexión con el resultado lesivo.

En el modelo de autorresponsabilidad ideal, que se propone para la legislación ecuatoriana, el centro gravitacional de la imputación penal a la persona jurídica es el hecho propio de la organización. En este sentido, un sistema que fomente la cultura de cumplimiento de la Ley, deviene en un sistema más adecuado de culpabilidad colectiva, que supera el modelo vicarial de transferencia. La implementación de los *compliance* al interior de las corporaciones constituiría un importante elemento de definición de la responsabilidad penal propia de las personas jurídicas. Su no existencia -o implementación- debe constatare con los medios habituales de prueba, incluyendo aquélla que se pueda realizar mediante indicios.

El modelo de responsabilidad por hecho propio propuesto exige que la conducta delictiva de la persona natural, tenga una relación funcional con la corporación y que produzca beneficios para ésta. Además, se verifique la existencia de un sistema de incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control, sin cuya omisión se hubiese podido evitar la comisión del delito con un grado de certeza. Finalmente, debe comprobarse la existencia de un defecto estructural de la organización,

relacionada directamente con la adopción y seguimiento -o ausencia- de políticas institucionales al interior de la persona jurídica, que favorezcan la comisión de delitos. Un indicio del defecto estructural es la falta de un programa de cumplimiento eficiente y eficaz, que podría excluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La adopción de un código de cumplimiento o *compliance* significa el compromiso voluntario de la corporación para dirigir, conforme a éste, todas las actividades internas y externas que realiza la institución, incentivando el fiel cumplimiento de la Ley y el Derecho. Pero que en nuestro sistema vicarial extremo, el *compliance* no tenga ningún tipo de beneficio, o benevolencia procesal a la hora de la imputación penal en contra de la persona jurídica, es una circunstancia intrascendente, para efectos de la valoración de las pruebas en la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, porque la conducta de la corporación no es el objeto de la prueba.

En relación con la carga probatoria, se podría proponer una alternativa, en la cual si el delito lo cometen los subordinados de la corporación, entonces la carga de la prueba de indicios tiene que ser menor, con lo cual la fiscalía debe demostrar la inexistencia o ineficacia de un programa de *compliance*. Por el contrario, si el delito lo cometen los miembros de la alta cúpula de la corporación y, por tanto, aquéllos que la dirigen, entonces este hecho constituye un indicio determinante de la ausencia de un programa de autoregulación eficaz para la prevención de delitos. No podríamos aplicar esta alternativa, si se insiste en que la fiscalía sea quien tenga la carga de la prueba de acreditar la ausencia de un programa de prevención eficaz.

En el sistema de responsabilidad por hecho propio, la carga de la prueba de eficacia o ineficacia de los programas de control y prevención de delitos *-compliance-* debe ser investigada y demostrada por la fiscalía, quien es la institución acusadora, sin descartar el aporte probatorio de la persona jurídica como elemento de descargo de la imputación, que pesa en su contra, dada la privilegiada posición que tiene en relación con el manejo y la posesión de la prueba.

BIBLIOGRAFÍA

BAJO FERNÁNDEZ, M., y GÓMEZ JARA-DIEZ, C. “Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica”. **BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJÓO SÁNCHEZ, B., y GÓMEZ-JARA DIEZ, C.** *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona, Editorial Aranzadi SA, 2012.

COCA VILA, I. “Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada”, **MONTANER FERNÁNDEZ, R.** (coord). *Criminalidad de la empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona, Editorial Atelier, 2013.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B. *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*. Pamplona, Editorial Civitas, 2016.

_____. “Réplica a Javier Cigüela”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. N.º 2, 2016. Disponible en las siguientes páginas web: www.indret.com; <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/314379/404485>.

_____. “Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles”, OLIVEROS ALONSO, M. (coord.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2014. Disponible también en la siguiente página web: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/francisco.pdf>.

GERSTNER, M., y ALLAMAND, N. “Publicación sobre el desarrollo de la práctica de *compliance* en Latinoamérica. Capítulo Chile”, SERRANO, E. (coord.). *Práctica de compliance en Latinoamérica. Estado actual de la legislación anticorrupción y otras*. Bogotá, Autores Editores, 2015.

GIMENO BEVIA, G. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Pamplona, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 2016.

GÓMEZ-JARA, C. “La culpabilidad de la persona jurídica”, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona, Editorial Aranzadi S.A., 2012.

GÓMEZ MONTORO, A. “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español). Cuestiones constitucionales”, *Revista Mexicana de Derecho constitucional*. N.º 2, enero - junio de 2000. Disponible en la siguiente página web: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5579/7243>

GOMEZ TOMILLO, M. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. Valladolid, Editorial Lex Nova, 2015.

GÓMEZ-JARA DIEZ, C. “La nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español (Artículo 31 bis del Código Penal)”, *Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas globales contemporáneas*. Lima, ARA Editores, 2012.

_____. “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona, Thomson Reuters, 2012.

GONZÁLEZ, A. “Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y Derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa”, MONTANER FERNÁNDEZ, R. (coord.). *Criminalidad de la empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona. Editorial Atelier, 2013.

GRACIA MARTÍN, L. “El Derecho penal ante la globalización económica”, *Cuestiones de Derecho penal, procesal penal y política criminal*. Lima, ARA Editores, 2010.

NEIRA PEÑA, M. “La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal”, *Política criminal*. vol. XI, N.º 22, 2016. Disponible en la siguiente página web: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-33992016000200005&script=sci_arttext.

_____. “La prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas”, NEIRA, A. M. (coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona, Editorial Aranzadi S. A., 2017.

NIETO MARTÍN, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*. Madrid, Editorial Iustel, 2008.

_____. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*. Madrid, Editorial Iustel, 2008.

_____. *El Derecho penal económico en la era de la compliance*. Madrid, Editorial Tirant lo Blanch, 2013.

_____. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: oportunidades y retos para la cooperación judicial. Armonización del Derecho penal en la UE”, *Revista Europea Inklings (EU1)*. Año 2, N.º 2, 2013.

_____. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal”, ARROYO ZAPATERO, L., y NIETO MARTÍN, A. (dirs.). *El Derecho penal económico en la era de la compliance*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, s/f.

_____. “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”, KUHLEN, L., MONTIEL, J. P., y URBINA GIMENO, I. (eds.). *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid, Marcial Pons, 2013.

SIERRA LEWIN, S. “Las personas jurídicas en el proceso penal: experiencia chilena”, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. (dir.) y NEIRA PEÑA, A. M. (coord.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y España*. Pamplona, Editorial Aranzadi S. A., 2015.

SILVA SÁNCHEZ, J. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, MONTANER FERNÁNDEZ, R. (coord.). *Criminalidad de la empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona, Editorial Atelier, 2013.

VILLEGAS GARCÍA, M. “Los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América”. Tesis doctoral de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2015. Disponible en la siguiente página web: <http://eprints.ucm.es/33361/1/T36458.pdf>.

ZUGALDÍA ESPINAR, J., y MARÍN DE ESPINOZA, B. *Responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y España*. Pamplona, Editorial Aranzadi S. A., 2015.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. *Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español*. 2010. Disponible en la siguiente página web: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292343731167?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia_de_Jose_Miguel_Zugaldia_Espinar.pdf.

_____. “La admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: un pilar básico del moderno Derecho penal económico”, MIR PUIG, S., MODOLELL GONZÁLEZ, J., GALLEGU SOLER, J., y BELLO RENGIFO, C. (coords.). *Estudios de Derecho penal económico*. Caracas, Editorial Librosca, 2002.

MONEY LAUNDERING, CYBERCRIME, AND CRIMINAL
RESPONSIBILITY OF LEGAL PERSONS

MONEY LAUNDERING, CYBERCRIME AND CRIMINAL RESPONSIBILITY OF LEGAL PERSONS ¹

MIGUEL ABEL SOUTO²

UNIVERSITY OF SANTIAGO DE COMPOSTELA - SPAIN

Email: miguel.abel@usc.es

This paper was subject of report in Beijing by its author on November 30, 2019, at the *Tenth Session of the International Forum on Crime, and Criminal Law in the Global Era*. This work was financially supported by the RTI2018-6H-093931-B-100 (AEI/FEDER, UE) project of the Spanish State Research Agency (Ministry of Science, Innovation and Universities), Operational Program FEDER 2014-2020 *A way of making Europe*.

¹ Artículo recibido el 18 de octubre de 2019 y aprobado el 27 de noviembre de 2019

² - Professor of Criminal Law, University of Santiago de Compostela, Spain;
- President of the Ibero-American Association of Economic and Business Criminal Law;
- Director of the Revista cuatrimestral europea sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero (European Quarterly Review for Prevention, and Repression of Money Laundering).

ABSTRACT:

Directives 2015/849, and 2018/843 on Money Laundering require continuous adaptations of the legal framework to respond to threats of the use of new technologies in money laundering. Directive 2018/843 extends the scope of Directive 2015/849 to *providers engaged in exchange services between virtual currencies and fiat currencies as well as custodian wallet providers*. Undoubtedly, the new payment systems facilitate money launderers' criminal activity. These systems are better than cash for moving large sums of money, non-face to face business relationships favour the use of straw buyers, and false identities, the absence of credit risk, as there is usually a prepaid payment, discourages service providers from obtaining a complete, and accurate customer information, and the nature of the trade, and the speed of transactions make it difficult to control property or freezing. However, the development of technologies, including the internet, has unquestionable advantages involved and even provides, through online resources, verification of identity, or other duty of surveillance, for the prevention of money laundering. In addition, the reform of June 22, 2010 introduced in Spain the criminal liability of legal persons, and incorporated money laundering together with other crimes to this innovative model of criminal responsibility. Soon after, Organic Law 1/2015, of March 30, modified the hereto barely applied regulation. It is quite surprising that Organic Law 1/2015 boasts of making *a technical improvement*, as it incurs obvious contradictions by exempting criminal liability to legal persons for a money laundering, that should not have existed due to the adoption and effective execution of suitable or adequate compliance programs to prevent it, as well as taking into account to limit the punishment non-serious breaches of supervisory, monitoring, and

control duties, when letter b) of the first paragraph of article 31 bis only takes into consideration serious breaches of those duties. Already in 2010, in order to introduce the criminal liability of legal persons, the Spanish Legislator invoked the alleged *need to comply with international commitments*. However, this model of responsibility was not mandatory, because international agreements normally only require *effective, proportionate, and dissuasive sanctions*. In addition, managers and executives, who have not adopted an effective compliance program, will be held liable together with the company, given that now all act as police officers. In conclusion, the use of dummy corporations for money laundering is frequent, as it is evidenced by the judgments of the Supreme Court of June 26, 2012, and February 4, 2015, but until recently, the accessory consequences and the doctrine of piercing the corporate veil were sufficient.

KEYWORDS:

Money laundering, cybercrime, expansion of the punishment, foreign exchange, money remittance, transboundary movements of cash, new technologies, electronic money, virtual currencies, and criminal liability of legal persons

Cyber Crime and Money Laundering

Directive 2015/849 of the European Parliament, and the European Council of May 20, 2015 on the Prevention of the Use of the Financial System for the Purposes of Money Laundering or Terrorist Financing requires *quick and continuous adaptations of the legal framework* (28 Whereas) to respond to threats of the use of new technologies in money laundering and Directive (E.U.) 2018/843 of the European Parliament, and the European Council of May 30, 2018, amending Directive (E.U.) 2015/849 on the Prevention of the Use of the Financial System for the Purposes of Money Laundering or Terrorist Financing insists on the *need to adapt to new threats* (6 Whereas), and extends the scope of Directive 2015/849 to *providers engaged in exchange services between virtual currencies and fiat currencies, as well as custodian wallet providers* (8 Whereas).

Money laundering is a *crime of globalization*³. Its importance nowadays is transcendental, because of the economic crisis we are suffering.

Indeed, it was noted that *an offense that has benefited most from the internet is money laundering*⁴, *generalized and radicalized*⁵ by the new electronic media, with a *spectacular*⁶ development thanks to the potential provided

³ LEVI. 2012, p. 107.

⁴ VELASCO SAN MARTÍN. 2012, p. 75.

⁵ SANDYWELL. 2010, p. 46.

⁶ PÉREZ ESTRADA. 2010, p. 306.

via internet and electronic transfers⁷ for executing this crime⁸.

The increasing use of new payment methods, such as transactions and movements of funds, resulted in an increase in the detection of cases of money laundering committed using telematic media⁹. These new technologies are appealing to money launderers mainly because of the anonymity¹⁰ provided, high marketability, usefulness of funds, and global access to ATM network¹¹. To these factors, one should add: the problems of persecution¹², which requires new investigation methods that must maintain the delicate balance between security and fundamental rights¹³.

In any case, to avoid misuse of legal insufficiencies in new technologies by organized crime¹⁴, internet cannot be an *area outside the Law*¹⁵, but must be regulated¹⁶.

Undoubtedly, the new payment systems facilitate money launderers' criminal activity. These systems are better than cash

⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, 2011, p. 231, and 234.

⁸ ABEL SOUTO. 2012a, pp. 1-45; *idem*. 2012b, pp. 220-247; *idem*. 2013a, pp. 266-284; *idem*. 2013b, pp. 1-53; *idem*. 2013c, pp. 1-7; *idem*. 2014a, pp. 80-91.

⁹ FATF. 2010b, p. 7.

¹⁰ MATA BARRANCO, 2010, p. 19; MIRÓ LINARES. 2011, p. 12, 13, 25, and 26.

¹¹ FATF. 2010b, p. 7.

¹² GLESS. 2012, pp. 3-22.

¹³ PÉREZ ESTRADA. 2010, p. 307, 309, and pp. 311-317.

¹⁴ ANGELINI, and GIBSON. 2007, pp. 65-73.

¹⁵ *Ibid.* p. 22.

¹⁶ GÓMEZ TOMILLO. 2006, p. 189.

for moving large sums of money, non-face to face business relationships favour the use of straw buyers and false identities, the absence of credit risk, as there is usually a prepaid payment, discourages service providers from obtaining a complete and accurate customer information, and the nature of the trade and the speed of transactions make it difficult to control property or freezing¹⁷.

However, the development of technologies, including the internet, has unquestionable advantages involved and even provides, through online resources, verification of identity or other duty of surveillance for the prevention of money laundering¹⁸. The new payment methods are the result of the need to both offer commercial alternatives to traditional financial services, and to include everyone in the system irrespective of poor credit rating, age, or residence in areas of low bank offer. These methods can also have a positive effect on the economy, given their efficiency in terms of speed of transactions, technological security, low costs compared to payment instruments based on paper, and accessibility, especially for prepaid cards, and payment services with mobile phones, identified as a possible tool to integrate excluded individuals because of poverty¹⁹.

For example, a total of 4 million people in the United States receive Social Security benefits without actually being bank accounts holders. To reduce their dependence on checks, which force transactions in them, spending between \$50 and \$60 dollars a month in check cashing, bill payment, or sending money to

¹⁷ FATF. 2010b, p. 21.

¹⁸ *Ídem*. *The Money Laundering*. 2011, pp. 37-39, and 54.

¹⁹ *Ídem*. 2010b, p. 12.

their families, benefits were provided with prepaid cards with which could buy goods or get cash. Moreover, in 2009, the war displaced in Pakistan more than a 1,000,000 people, and their government distributed prepaid cards with a maximum value of 25,000 rupees, about \$300, for the immediate assistance of 300,000 families. Similarly, in Afghanistan, the police salary is paid via mobile phones, so that policemen do not have to leave their job, in order to collect their salary. This also reduces the possibility of corruption or bribery²⁰.

In 1996, the Financial Action Task Force (FATF) was specifically concerned in the recommendation number 13th. with new technologies, and the danger they pose for potential money laundering by allowing the realization of huge transactions instantly from remote locations, while keeping the anonymity of the transgressor and without the involvement of traditional financial institutions. The absence of financial intermediation makes it difficult to identify customers and to keep a record of relevant information. In addition, traditional investigation techniques become ineffective or obsolete to new technologies: the problem of physical volume of money posed for launderers²¹ -to the point of leaving the paper money because of slow movement- is minimized with *electronic money*, its rapid mobility, especially on the internet, difficult to trace the funds transferred and the unusual volume of data to analyze make it almost impossible to detect any suspicious activity.

Please note that 30 years ago, there was no internet. However, a decade and a half later the closure of the *European Union*

²⁰ FATF. 2010b, p. 12, 13, 15, and 20.

²¹ ABEL SOUTO, 2013b, pp. 2-6; VIDALES RODRÍGUEZ, 2015, p. 16.

*Bank*²² was agreed in Antigua, the bank that became famous for being the 1st. bank to operate through the internet, and for advertising explicitly on the web, that this was the right bank for tax evaders, and money launderers²³ with reproduction of the advertisements that the *European Union Bank* made available in internet²⁴. Today nearly three-quarters of households in the European Union have internet access, and over a third of the population makes banking online²⁵.

Precisely for this reason, the FATF developed, in October 2010, a report, regarding the use of new payment methods for money laundering²⁶, which focused on prepaid cards, payment services on the internet²⁷, steady growth, and its misuse for the implementation of the so called *cyber laundering*²⁸ as well as on payments with mobile phones. Notably, with regard to this latter issue, it is estimated that 1,400,000,000 people used payments via mobile phones for their financial transactions in 2015²⁹.

Also, the FATF has provided revised recommendations on February 16, 2012, of which recommendation number 15 indicates that countries, and financial institutions should identify, and assess the risks for money laundering, relating to new technologies; while

²² SCHUDELARO. 2006, pp. 47-72.

²³ BLUM, et al. 1999, pp. 52-57.

²⁴ MARTÍN. 1997, p. 38, and 39.

²⁵ FAFT. 2012, p. 1; EUROPEAN COMMISSION. 2012, p. 1.

²⁶ BALDWIN, and FLETCHER. 2004, pp. 125-158.

²⁷ PHILIPSOHN. 2001, pp. 485-490; PING. 2004, pp. 48-55; YAN, et al. 2011, pp. 93-101.

²⁸ FILIPKOWSKI. 2008, pp. 15-27.

²⁹ FATF. 2010b, p. 18.

recommendation number 16 discusses about electronic transfers, and identifying both their originators as beneficiaries³⁰.

On June, 2014, the FATF produced another report on virtual currencies³¹ on June, 2015, publishing a Guidance for a risk-based approach of virtual currencies³²; on October, 2018, the FATF modified recommendation 15 to clarify that it is applied to financial activities, involving virtual assets, and on June, 2019, the FATF approved an interpretative note to recommendation 15 for virtual assets and virtual asset service providers to obtain and submit required beneficiary information to conduct USD/EUR 1000 transactions³³.

As for the detection and monitoring of transboundary movements of cash, and despite being one of the oldest techniques of money laundering, it still continues to increase its volume significantly³⁴. Thus, the study of the framework of the Mafia, published by Varese, where criminal goods arrived in Italy by a large network of individuals, who traveled from Russia with cash³⁵. There are also new *money mules*, recruited by email, with the excuse of having an opportunity to work at home through internet. Sometimes the only payment they receive is criminal prosecution for money laundering³⁶.

³⁰ FATF. 2010b, p. 17.

³¹ *Ídem*. 2014, pp. 1-15.

³² *Ídem*. 2015a, pp. 1-46.

³³ *Ídem*. 2019, p. 4, 55, and 56.

³⁴ *Ibíd.* p. 46, and 47.

³⁵ VARESE. 2012, p. 242.

³⁶ CLOUGH. 2010, p. 187, and 188.

Last but not least, the Financial Action Task Force urges countries to ensure that their authorities impede or restrict the movement of cash, which is potentially related to money laundering³⁷, and the United Nations Convention against Corruption provides that: *States Parties shall consider implementing feasible measures to detect and monitor the movement of cash [...] across their borders, but without impeding in any way the movement of legitimate capital.*

It has been said that the cash is the common medium of exchange in criminal transactions³⁸. In similar vein, the Spanish government, having more closely in mind its tax collection purposes, approved in 2012 a bill to combat tax fraud. The government limited to €2,500 euros cash payments (Law 7/2012, article 7), and on 2017, the Spanish government wanted to limit cash payments to €1,000 euros. So also France and Italy, and the Indian government banned on 2016 money notes of 500 and 1,000 rupees.

However, in order to escape the Charybdis of paper money, we will find the Scylla of electronic money, because new payment technologies are not without risks, that may thwart prevention and repression of money laundering³⁹.

Furthermore, behind the apparent dogma of the criminogenic character of cash hides, a program that exceeds the fight against

³⁷ FATF. 2012, p. 25, and pp. 99-102.

³⁸ JURADO, and GARCÍA. 2011, p. 172.

³⁹ ABEL SOUTO. 2012a, pp. 1-45; *idem.* 2013a, pp. 266-284, and *idem.* 2016c, pp. 345-353; GONZÁLEZ CUSSAC, and CUERDA ARNAU. 2013, pp. 1-540.

crime, further marginalizing those who earn less, and allows control of the private sphere⁴⁰.

The expansion of the Crime of Money Laundering

The crime of money laundering, since its creation, has been expanding unceasingly in Bolivia, Ecuador, Germany, Italy, Mexico, Peru, USA, etc.⁴¹.

When the *expansion* of the punishment for money laundering is taken into consideration, a simile is being made: just as the universe was created, it is said, with the Big Bang, and its ongoing expansion, so the crime of money laundering has been expanding unceasingly⁴².

I made an unattended call to the Legislature to moderate its intervention in money laundering⁴³, which has preferred to add with the Organic Laws 5/2010, 1/2015, and 2/2015, 3 additional reforms to the already long list of modifications on money laundering⁴⁴, that undermine the legal certainty, and the consideration of Criminal Law as *ultima ratio*. This criminal policy goes to a *breakneck speed*, and continues to accelerate despite being reported a long time ago⁴⁵. These constant reforms

⁴⁰ PIETH. 1992, p. 27.

⁴¹ ABEL SOUTO. 2017.

⁴² *Ídem*. 2016a, pp. 1-183.

⁴³ *Ídem*. 2009, p. 243, and 244.

⁴⁴ ABEL SOUTO. 2005a, pp. 5-26; *idem*. 2015, pp. 639, and 640; ZARAGOZA AGUADO. 2011, p. 1154, and 1155.

⁴⁵ HASSEMER. 1994, p. 1369; *idem*. 1998, p. 217.

violate the legal security or *the spirit of the mean*, of which HE⁴⁶ speaks, citing CHENG HAO, and CHEN YI, scholars of Chinese Song dynasty, who believed that the doctrine of the mean includes to be steady, *steadiness means not to be changeable, and is the law of the world*.

First of all, Organic Law 5/2010, in the initial clause contained in article 301.1, regarding the requirement for the knowledge that the goods have their origin *in a crime*, changes these words by the formula *in a criminal activity, without being clear the objective pursued*⁴⁷ with the replacement speech, which is attributed expansion effort and, in principle, wider than the previous noun *crime*⁴⁸, it seemed to allow the inclusion of the petty offenses made in preceding facts of money laundering, which would mean *an enormous enlargement of the field of this crime*⁴⁹. But the petty offenses should be excluded from previous facts on the basis of a literal, historical, and systematic interpretation.

However, Organic Law 1/2015 of March 30, although says eliminating, doing away with the petty offenses, using Orwellian Newspeak, it actually transforms most of them into minor offenses in Spain, so that expands the preceding facts of money laundering.

To illustrate this point, a single euro from a previous petty offense of fraud, now a minor offense, according to article 249 of the Spanish Criminal Code, becomes a material object capable

⁴⁶ HE. 2010, p. 7, and 8.

⁴⁷ MANJÓN-CABEZA OLMEDO. 2010, p. 340.

⁴⁸ FERNÁNDEZ TERUELO. 2010, p. 318, 319, and 324.

⁴⁹ MUÑOZ CONDE. 2010, p. 557.

of money laundering, and preparatory acts of such fraud, before unpunished regarding petty offenses, are punished in accordance article 269. However, must be excluded here the punishment of money laundering by the principle of insignificance.

Moreover, the petty offences, now minor offenses, cannot be included in the previous facts to the crime of money laundering, because it limits the effectiveness of the norm⁵⁰, and increases social costs⁵¹, so intolerable and contrary to the principle of proportionality⁵². Thus, HE⁵³ says that to achieve the purpose of defense of human rights *the penalty must adhere to the spirit of mean*, which opposes to *any penalties that are extreme, excessive*, and requires *moderateness and appropriateness*⁵⁴.

Secondly, Organic Law 5/2010, after the reference in article 301.1 to the *criminal activity*, which integrates the previous fact, added *committed by him or by any third person*, which punishes expressly money laundering committed by those responsible for the previous fact in the way the majority interpreted the crime⁵⁵, and *ditch one of the most controversial issues*⁵⁶. In this sense, there was already a plenary agreement

⁵⁰ FLICK. 1992, p. 1293; TERRADILLOS BASOCO. 2008, p. 261.

⁵¹ *Ídem*. 1990, p. 1264.

⁵² FERNÁNDEZ TERUELO. 2010, p. 324; MANJÓN-CABEZA OLMEDO. 2010, p. 341.

⁵³ HE.. 2010, p. 7.

⁵⁴ *Ídem*. 2012, p. 4, and 5.

⁵⁵ FERNÁNDEZ TERUELO.. 2010, p. 319.

⁵⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, and VIDALES RODRÍGUEZ. 2009, p. 195.

no jurisdictional of the Supreme Court of July 18, 2006⁵⁷, admitting the self-laundering⁵⁸.

But the punishment of self-laundering combined with new behaviour of possession or use to the Criminal Code, incorporated by Organic Law 5/2010, produces *strange consequences*⁵⁹, even absurd⁶⁰, because this would imply that the person, who has a painting or a jewel which he has stolen, would now commit a new crime, and the same applies to the individual using someone else's car without permission⁶¹.

Not only that, but since the enlargement of the previous facts to the old petty offenses operated under Organic Law 1/2015, a new crime is also committed by anyone having or wearing a scarf worth €5 euros acquired through theft, a petty offense converted now into a minor offense, according to article 234.2, and who uses an old moped of very little value, which he subtracted, because the old petty offense has become a minor offense of theft of usage with no predetermined worth of article 244.1.

To avoid jeopardy⁶², the *typus* should be interpreted as meaning that the possession by the authors or participants is in the preceding fact, as money laundering is punishable only when

⁵⁷ GÓMEZ RIVERO. 2010, p. 540.

⁵⁸ ABEL SOUTO, 2011a. p. 15, and 16; *ibid.* 2011b. pp. 78-80, with references of various sentences.

⁵⁹ QUINTERO OLIVARES. 2010a, p. 13; *idem.* 2010b, p. 109.

⁶⁰ CASTRO MORENO. 2009, p. 1, and 4.

⁶¹ QUINTERO OLIVARES. 2010a, p. 13; *ibid.* p. 109.

⁶² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. 2015, p. 579, and 580.

it is not possible to sanction them for the previous crime⁶³. It should exclude from the typus both the use and another kind of possessions, on the basis of the principle of insignificance and teleological interpretation, taking into consideration the legally protected interest, requiring a significant impairment of the socio-economic order, and appropriateness of behaviours to incorporate illegal capital to trade.

Thirdly, the reform of June 22, 2010 incorporated in the initial paragraph of article 301.1 of the Criminal Code the possession and use of criminal property as new forms of money laundering⁶⁴. The possession and used behaviours were already covered, from the Criminal Code in 1995, through the formula: *Perform any other act to conceal or disguise the illicit origin, or to help the person who has participated in the infringement or infringements to evade the legal consequences of their actions*. Now, however, they are also explicitly included in the Code⁶⁵, but regardless of the purpose that guides a money launderer⁶⁶.

Thus, it seems that since Organic Law 1/2015 the Spanish offense of money laundering includes the carrier, that among the things that moves sees the above-mentioned scarf with an anti-theft device, the person who takes care of this scarf in the cloakroom of an establishment, and the garage worker, who guards the old moped mentioned, knowledgeable of the subtraction, because

⁶³ *Ibid.* p. 20; *ibid.* 2010b, p. 110.

⁶⁴ ABEL SOUTO. 2011a, pp. 17-27; *ibid.* 2011b, pp. 81-98.

⁶⁵ MUÑOZ CONDE. 2010, p. 554, and 556.

⁶⁶ ABEL SOUTO. 2005b, pp. 93-102, 290, and p. 291; *idem.* 2009, pp. 177-187, and p. 235; BLANCO CORDERO. 2011, p. 42; *ibid.* 2012, p. 437.

article 301.1 punishes simple possession of property with knowledge, that have their origin in an offense.

In addition, from the reform of June 22, 2010, the mere use of goods from a crime is incriminated, so that article 301.1 of Spanish Criminal Code, such as §261 II number 2 of the German StGB, seems covering surprisingly, who write a text with a subtracted computer, but much more astonishing that since Organic Law 1/2015, which transforms the old petty offense into a minor offense of theft (article 234.2), if a person writes something with a subtracted pen, he is considered a money launderer.

However, the Spanish offense of money laundering, as well as the German, should be *teleologically restricted*⁶⁷, which excludes of the article 301 of the Criminal Code by reason of lack of typus, all material objects of insignificant quantity, as the *amount of cents*⁶⁸, under the principle of insignificance⁶⁹ or of *minimal intervention*⁷⁰.

The same principle of insignificance applies to basic consumer acts, services, or merchandise sales in everyday vital business⁷¹ given how important it is for individuals to be able to transmit the money received, and to use purchased goods⁷². The previous

⁶⁷ VOGEL. 1997, p. 356.

⁶⁸ BOTTKE. 1998, p. 11.

⁶⁹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ. 2000, p. 184, 185, and 248; PALMA HERRERA. 2000, p. 350, and 351; RAGUÉS I VALLÈS. 2001, p. 625; TERRADILLOS BASOCO. 2008, p. 240, and 263.

⁷⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. 2015, p. 565.

⁷¹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ. 2000, p. 184, 247, and 248.

⁷² LAMPE. 1997, p. 131, and 132.

author, who only has money originating from a crime, *would prohibit almost the satisfaction of vital needs*⁷³, and thus, his own survival⁷⁴, if behaviours directed to sustain life are not excluded from typus. Furthermore, it would be forcing any potential provider of goods or services *now to waive the settlement of accounts with uncontrolled money now to refrain traffic*⁷⁵, which limits so much economic rights of the citizen, raising serious questions of constitutionality⁷⁶. According to HE, the penalty *to achieve the greatest value of defending human rights* must be *moderate, appropriate, fair, impartial, and free from excess and deficiency*⁷⁷, and these elements are not satisfied in the current case, and also here would criminalize *behaviours which do not violate human rights, such as unethical behaviours*. The primary and main adjustments in response to crimes in the era of globalization requires decriminalization of *immoral behaviours or minor offences with petty violation against social orders*⁷⁸.

Fourthly, regarding the new aggravations laundering of profits from certain crimes against public administration, contained in articles 419-445 of the Penal Code, against land planning, and urbanism⁷⁹, the penalty is aggravated despite such increases

⁷³ BARTON. 1993, p. 161.

⁷⁴ BLANCO CORDERO. 1997, p. 272.

⁷⁵ BOTTKKE. 1995, p. 122.

⁷⁶ *Ídem*. 1997, p. 290.

⁷⁷ HE. 2010, p. 8.

⁷⁸ *Ídem*. 2012, p. 4.

⁷⁹ ABEL SOUTO. 2011a, pp. 27-31; *ídem*. 2011b, pp. 98-103; *ídem*. 2013c, pp. 1-7; FERRÉ OLIVÉ. 2013, pp. 389-391; NÚÑEZ PAZ. 2013, pp. 267-279.

gravity *do not have relevant general preventive effect*⁸⁰. Over this punitive *hardening*⁸¹, must be applied the penalty of imprisonment in the upper half for membership of an organization dedicated to money laundering of article 302.1 Penal Code⁸², so that the penalty can achieve *really high limits*⁸³.

It cannot be presumed that the amount of money laundered from these offenses exceeds the amount derived from other crimes. Neither are these aggravations justified by the legally protected interests⁸⁴, because they are the same values protected by the basic typus, since the Administration of Justice is interested in punishing any crime, and the socio-economic order is not more damaged by the laundering of the proceeds of such crimes. Truly, the laundered value determines a higher content of unfairness, and it should aggravate the penalty⁸⁵, so the qualified typus would focus on the characteristics of the material object, the *magnitude*⁸⁶ or obvious importance of the amount laundered, but not in the irrelevant nature of the predicate offense⁸⁷, since the foundation of the aggravation would reside in the greater flow of illicit goods⁸⁸ put into circulation. From a technical standpoint, it is also unacceptable to increase the penalties for laundering, according to the origin of goods, given that the autonomy of this crime

80 SILVA SÁNCHEZ. 2010a, p. 5.

81 DÍAZ, and GARCÍA CONLLEDO. 2013, p. 288.

82 LORENZO SALGADO. 2013, pp. 235-237.

83 MUÑOZ CONDE. 2013a, p. 376.

84 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, and FABIÁN CAPARRÓS. 2010, p. 13.

85 PALMA HERRERA. 2000, p. 787, and 788.

86 DÍAZ, and GARCÍA CONLLEDO. 2002, p. 209.

87 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ. 2000, p. 316.

88 FARALDO CABANA. 1998, p. 150; VIDALES RODRÍGUEZ. 1997, p. 142.

would deny to attend the previous offense⁸⁹. The criminalization of money laundering would be deprived of independent material content and would simply be a reinforcement of the legally protected interest through the crime of which capital derives⁹⁰. Finally, the foundation of the aggravation underlies neither greater reproach, since the person, who converts property linked to crimes against the public administration, and urban planning, is not guiltier than money launderers derived from other crimes⁹¹, nor international pressure, since no supranational instrument forces a heavier penalty of money laundering in these cases.

In conclusion, the excessive punishment of new aggravations, like *the abuse of any penalty*, according to HE⁹², is a breach of the theory of human rights defense, and a *serious violation of the value target*.

This expansion in punishment of money laundering is taking place worldwide. Thus, in Spain, the Organic Law 1/2015 extended the previous facts of money laundering to the ancient petty offenses, now called minor offenses, and in China, article 191 of the Criminal Code, in 1997, punished money laundering from drug crimes, organized criminal syndicate nature, or smuggling crimes, in 2001, terrorism was added to the list of preceding offenses of money laundering, and in 2006, the previous facts were extended to crimes of corruption, bribery, and disrupting the order of financial administration, and financial fraud crimes⁹³.

⁸⁹ ÁLVAREZ PASTOR, and EGUIDAZU PALACIOS. 2007, p. 356.

⁹⁰ FABIÁN CAPARRÓS. 1998; PALMA HERRERA. 2000, p. 787, and 788.

⁹¹ *Ibid.* p. 785.

⁹² HE. 2010, p. 7.

⁹³ YU. 2016, p. 358, and 361.

What will be the next step? How long will our Criminal Code wait to punish money laundering from mere administrative infractions or civil wrongs?⁹⁴

Money Laundering, Terrorism, and Immigration

Terrorism is escalating around the world. After the terroristic acts in Paris, and Brussels, in 2015, there were *about 900 attacks in Iraq and Syria during the first quarter of 2016*⁹⁵.

In 2017, Paris, and London have once again become tragic protagonists, in addition to Nice, Manchester, Berlin, Stockholm, the Ramblas in Barcelona, and the Paseo de Cambrils. Although it might seem otherwise, in fact, a Directive against terrorism was approved in 2017; the European Union is not the most affected region, but in other latitudes the fatalities are counted by hundreds, as in Afghanistan, Iraq, Syria, Somalia, Pakistan, Nigeria, Mali, Yemen, the Philippines, India or Egypt, with the last attack, for the moment, with more than 300 dead in the Sinai.

In accordance with the resolution adopted by the General Assembly of United Nations on July 1st., 2016: *Any acts of terrorism are criminal and unjustifiable, regardless of their motivation, wherever, whenever and by whomsoever committed*⁹⁶, because as HE says: *Are threatening innocents' lives, infringing people's basic freedom, and human dignity,*

⁹⁴ HE. 2010, p. 7.

⁹⁵ HE. 2016, p. 1.

⁹⁶ UNITED NATIONS ORGANIZATION (UNO). 2016, p. 1.

*and threatening international peace, and security seriously*⁹⁷, but the United Nations also remember that in the fight against terrorism is necessary to ensure the *respect for human rights for all, and the rule of law*⁹⁸.

Organic Law 2/2015, also published on March 30, introduces a new form of money laundering in article 576 of the Spanish Criminal Code with a terrorist purpose, which distorts the legally protected interest by criminalization of money laundering, because it is not required that the goods used for terrorism are of illegal origin⁹⁹.

However, *in the financing of terrorism, the wrongfulness of the conduct lies not in the source of the goods, but at the destination*¹⁰⁰.

Terrorism financing, and money laundering must not be confused to extend onto money laundering the exceptional, and reinforced protection of the prevention of terrorism. In recent years, under the pretext of pursuing terrorism, has been expanded the prosecution of money laundering, but the fight against terrorism cannot become an excuse to control absolutely all citizens, and to destroy the guarantees of the rule of law¹⁰¹.

Both human rights, the principles of legal certainty, and proportionality prohibit criminalization by connivance with

⁹⁷ HE. 2016, p. 2.

⁹⁸ UNITED NATIONS ORGANIZATION (UNO). 2006, p. 9.

⁹⁹ ABEL SOUTO. 2016a, pp. 125-132; LORENZO SALGADO. 2018, pp. 371-374.

¹⁰⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, and VIDALES RODRÍGUEZ. 2009, p. 194.

¹⁰¹ FERRÉ OLIVÉ. 2009, p. 164, and 165.

terrorism normal behaviour in a democratic society, because the reason of State can not prevail over the reason of law¹⁰².

Regarding immigration, first of all inhuman trafficking, and illegal immigration¹⁰³ are one of the most lucrative criminal phenomena¹⁰⁴, and obviously, they are connected with money laundering.

Secondly, the sector of foreign exchange, and money remittance also are connected with money laundering. FATF devoted a special report in 2010 to the sector of foreign exchange, and money remittance, which demonstrated with the use of various examples, voluntary or unconscious, laundering activities, and warned the detection at low compared to the volume of suppliers¹⁰⁵.

To illustrate this point, there are several alternative delivery systems, such as hawala¹⁰⁶ or hundi, informal funds transfer without moving, based on a trust relationship; voucher systems in China and East Asia are changing the black market peso used by immigrants to send money to their countries¹⁰⁷.

Thirdly, the detection and monitoring of transboundary movements of cash, despite being one of the oldest techniques of money laundering, it still continues to increase its volume significantly¹⁰⁸.

¹⁰² GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. 2013, p. 9, 11, 15, and 20.

¹⁰³ FATF. 2011b, pp. 1-84.

¹⁰⁴ *Ídem*. 2011a, p. 19.

¹⁰⁵ *Ídem*. 2010a, p. 7.

¹⁰⁶ *Ídem*. 2013, pp. 1-72.

¹⁰⁷ COLLADO MEDINA. 2010, p. 480, and 481.

¹⁰⁸ FATF. 2010b, p. 46, and 47; *ídem*. 2015, p. 3.

However, immigration and money laundering must not be confused to extend on immigration the exceptional, and reinforced protection against money laundering. Border control cannot become an excuse to control absolutely all citizens, and to destroy the guarantees of the rule of Law.

In conclusion, both human rights, and the principle of proportionality also prohibit criminalization by connivance with immigration, and normal behaviour in a democratic society, because the reason of State cannot prevail over the reason of Law.

Criminal Responsibility of Legal Persons, and Money Laundering

The penal reform of June 22, 2010 introduced in Spain the criminal liability of legal persons, and incorporated money laundering together with other crimes to this innovative model of criminal responsibility, provided in article 31 bis of the Criminal Code¹⁰⁹.

Soon after, Organic Law 1/2015, published on March 30, modified the hereto barely applied regulation of criminal liability of legal persons, because the first judgment of the Supreme Court on the criminal liability of legal persons did not occur until September 2, 2015¹¹⁰.

First of all, it is quite surprising that Organic Law 1/2015 boasts of making *a technical improvement* (Preamble), as it incurs in

¹⁰⁹ FERNÁNDEZ TERUELO. 2010, p. 319.

¹¹⁰ GÓMEZ-JARA DIEZ. 2015, pp. 1-8.

obvious contradictions by exempting, in the second, and forth sections of article 31 bis, criminal liability to legal persons for a money laundering that should not have existed due to the adoption and effective execution of suitable or adequate compliance programs to prevent it, as well as taking into account to limit the punishment, in the 3.º paragraph of the 2nd. rule of article 66 bis, non-serious breaches of supervisory, monitoring, and control duties, when letter b) of the 1st. section of article 31 bis only takes into consideration serious breaches of those duties¹¹¹.

Secondly, already in 2010, in order to introduce the criminal liability of legal persons, the Spanish Legislator invoked the alleged *need to comply with international commitments*¹¹². However this model of responsibility was not mandatory¹¹³, because international agreements normally only require *effective, proportionate, and dissuasive* sanctions, which means that administrative sanctions, security measures, and other legal consequences other than penalties in the strict sense of the term were enough¹¹⁴.

In addition, managers and executives, who have not adopted an effective compliance program, will be held liable together with the company¹¹⁵, given that now all act *as guarantees of the non-commission of money laundering offenses in their organization, in other words, as police officers*¹¹⁶; and in case of non-cooperation,

¹¹¹ ABEL SOUTO. 2018, pp. 13-27.

¹¹² BERMEJO, y AGUSTINA SANLLEHÍ. 2012, p. 460.

¹¹³ MATA BARRANCO. 2015, p. 126, and 129.

¹¹⁴ SILVA SÁNCHEZ. 2010a, p. 3.

¹¹⁵ DÍAZ-MAROTO, y VILLAREJO. 2011, p. 460.

¹¹⁶ SILVA SÁNCHEZ. 2010b, p. 9.

the Damocles sword hangs over them for a money-laundering penalty¹¹⁷.

Thus, the evaluation and monitoring by the obliged subject or legally bound party of the danger of money laundering with respect to its clients through compliance programs¹¹⁸ plays an important role in determining the criminal liability of legal persons¹¹⁹. However, the mere existence of a protocol of good practices *will not be enough*¹²⁰, in order to *mitigate or exclude the liability of a legal person or avoid the liability of certain individual obligors*¹²¹; despite the fact that Organic Law 1/2015 introduces in a contradictory manner a new 2nd. (1st. condition), and 4 sections in article 31 bis of the Criminal Code, that exempts from criminal liability legal entities that effectively adopt and execute a model of organization, and management suitable or adequate for the prevention of crimes of the nature of the committed, or for the significant reduction of the risk of their commission, because in the majority of cases the latter money laundering will prove the inefficiency of the model, its unsuitability or inadequacy to prevent it, and that the danger of the commission of a criminal act has not been significantly reduced. Even when an interpretation in accordance with the principle of validity, requires understanding, suitability, adequacy, or effectiveness in a relative sense, the exemption

¹¹⁷ ARZT, WEBER, HEINRICH, and HILGENDORF. 2014, §29.

¹¹⁸ BONATTI BONET. 2017; GÓMEZ TOMILLO, 2016; NIETO MARTÍN. 2015; REYNA ALFARO. 2018.

¹¹⁹ BERMEJO, y AGUSTINA SANLLEHÍ. 2012, p. 446, and pp. 459-461.

¹²⁰ ROSAL BLASCO. 2015, p. 1.

¹²¹ DÍAZ, y GARCÍA CONLLEDO. 2013, p. 292.

is condemned to *insignificant use*¹²², which is demonstrated by the Italian experience. This is important to note here, because the penal reform of 2015 literally reproduces a criticized Italian Legislative Decree of June 8, 2001; in the majority of cases, as in the country cited, the mitigating factor provided for the *partial accreditation* will be resorted to, which of course cannot refer to an inadmissible alleviation of evidence of the prevention systems *skillfully combined with accordance*¹²³, which has the powerful stimulus of the fear to suffer closures of premises or suspension of activities, that entail a much greater loss for the company.

Organic Law 1/2015 also contradicts itself in *the only novelty*¹²⁴, that it incorporates to article 66 bis. The reform limits for legal persons in the 3rd. paragraph of the 2nd. rule of the aforementioned article to a maximum duration of 2 years the penalties in the crimes committed: by those subject to the authority of the legal representatives, to those authorized to decide on behalf of the legal entity, or those who have powers of organization and control, when the liability of the legal entity *derives from a breach of the duties of supervision, monitoring, and control, that is not of a serious nature*. The truth is that the forgetful Legislator of 2015 forgot that in the same reform the criterion of *due control*, which was contained in article 31 bis, in the 2nd. paragraph of its 1st. section, was modified by the *less demanding*¹²⁵ formula: *Serious breach [...] of the duties of supervision, surveillance and control* of the current letter b) of 31 bis, following the recommendation made by the OECD to the Spanish authorities

¹²² GONZÁLEZ CUSSAC. 2015, p. 189.

¹²³ *Ibíd.*

¹²⁴ BORJA JIMÉNEZ. 2015, p. 279.

¹²⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. 2016, p. 20, and 59.

of *greater precision* in the *duty of control*. Thus, Organic Law 1/2015 is incongruous¹²⁶, given the fact that it stops punishing, in accordance with letter b) of the first section of article 31 bis, the less serious and minor breaches of due control and at the same time, contradictorily, takes into account to limit the penalty, in the third paragraph of the second rule of article 66 bis, non-serious breaches of supervision, monitoring and control duties that are now atypical.

Last but not least, the 2nd. rule of article 66 bis refers to legal persons used *instrumentally for the commission of criminal offenses*, which offers an authentic interpretation of instrumentalization, *that the legal activity of the legal entity is less relevant than its illegal activity*, although the identical wording of the 2 letters b) of the 2nd. rule of article 66 bis raises problems. This poses problems given the fact that the same hypothesis serves to overcome the 2, and 5 year term limit or allows the permanent imposition of sometimes coinciding certain penalties. The afore said legislative negligence must be resolved with *a systematic interpretation*, and in accordance with the principle of validity, that allows to distinguish *a greater intensity of the criminal instrumentalization of the legal person*¹²⁷. Therefore, for example, if a tax consulting firm is dedicated to the laundering of money something more than to its legal work, the 2 year limit in the penalty of prohibition of carrying out activities could be exceeded. It would be possible to exceed the 5 year ceiling for this penalty, if the company is much more engaged in money laundering than providing advice, and it would be possible to impose the aforementioned

¹²⁶ BLANCO CORDERO. 2015, p. 1017.

¹²⁷ BORJA JIMÉNEZ. 2015, p. 280.

prohibition on a permanent basis when *the company is almost exclusively dedicated to money-laundering*¹²⁸.

In conclusion, the use of dummy corporations for money laundering is frequent, as is evidenced by the judgments of the Supreme Court of June 26, 2012, and February 4, 2015, which make reference to some 15 companies; some domiciled in tax havens, such as Belize, the Bahamas, the Virgin Islands, Panama, Liberia, Jersey or Liechtenstein, which concealed the ownership of a huge volume of properties, *which are listed twenty-three pages of the ruling of the Court of first instance*. Until recently, the accessory consequences, and the doctrine of piercing the corporate veil were sufficient. Such doctrine prohibits the prevalence of the created legal personality, if fraud is committed, or 3rd. parties are harmed, as is reflected in the Supreme Court judgments of March 2, 2016, and December 5th., 2012, which confirmed the involvement of 14 companies -including 4 from Delaware, that participated in 3 limited liability companies, a couple of companies domiciled in Gibraltar, and 2 other companies domiciled in the United Kingdom- of a lawyer, whose assets were clearly, and unjustifiably confused with the assets of the companies, to the payment of costs, fines, and civil liabilities derived from their crimes of money laundering, and against the Treasury, civil liability with regard to which, of course, there was no problem that it corresponded to legal persons, as noted in the judgment of the Supreme Court of April 9th., 2012¹²⁹.

¹²⁸ BORJA JIMÉNEZ. 2015, p. 281.

¹²⁹ ABEL SOUTO. 2019.

BIBLIOGRAPHY

ABEL SOUTO, M. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales, Servicio de publicaciones e intercambio científico*. Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2002.

_____. “Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo. Análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al Texto punitivo español en 1988 hasta la última reforma de 2003”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. N.º 20, octubre de 2005a.

_____. *El delito de blanqueo en el Código penal español*. Barcelona, Bosch, 2005b.

_____. “Conductas típicas de blanqueo en el ordenamiento penal español”, Abel Souto, M., y Sánchez Stewart, N. (coords.). 2009.

_____. “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. N.º 79, febrero de 2011a.

- _____. “La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero”, Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.). 2011b.
- _____. “Luces y sombras en la reforma penal sobre drogas de 2010”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. N.º 83, junio de 2011c.
- _____. “Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N.º 14, 2012a.
- _____. “The Update of Penalty Concept, and Adjustment of Crime in Money Laundering”, *Antiriciclaggio*. N.º 2 y 3, 2012b.
- _____. “Money laundering, new technologies and Spanish penal reform”, *Journal of Money Laundering Control*. N.º 16, Año 3, 2013a.
- _____. “Volumen mundial del blanqueo de dinero, evolución del delito en España y jurisprudencia reciente sobre las últimas modificaciones del Código penal”, *Revista General de Derecho Penal*. N.º 20, 2013b.
- _____. “Anti-corruption Strategy in the Global Era and Money Laundering”, *Fifth Session of the International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era*. Beijing, 2013c.
- _____. “Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en

- España”, Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.). 2014a.
- _____. “Drugs Criminal Policies in the Global Era and Money Laundering”, *Sixth Session of the International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era*. Beijing, 2014b.
- _____. “El blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social”, *Revista Cuatrimestral Europea sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*. N.º 1, 2014c.
- _____. “Política criminal sobre drogas en la era global y blanqueo de dinero”, *Revista Cuatrimestral Europea sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*. N.º 2, 2014d.
- _____. “El blanqueo de dinero: problemática actual española, con anotaciones de Derecho comparado estadounidense”, *Revista Cuatrimestral Europea sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*. N.º 3, 2014e.
- _____. *La expansión penal del blanqueo de dinero*. Ciudad de México, Centro Mexicano de Estudios en lo Penal Tributario, 2016a.
- _____. “Expanding the Crime of Money Laundering and Countermeasures against Global Terrorism”, *Eighth Session of the International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era*. Beijing, Lex Russica, N.º 12, 2016b.

- _____. “Cyber Crime and Money Laundering”, Kolaric, D. (ed.). *Thematic Conference Proceedings of International Significance Archibald Reiss Dayss*. Vol. 3. Belgrade, Academy of Criminalistic and Police Studies, 2016c.
- _____. “La expansión mundial del blanqueo de dinero y las reformas penales españolas de 2015, con anotaciones relativas a los ordenamientos jurídicos de Bolivia, Alemania, Ecuador, Estados Unidos, México y Perú”, *I Congreso de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Santa Cruz de la Sierra, 2017.
- _____. “Antinomias de la reforma penal de 2015 sobre programas de prevención que eximen o atenúan la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, Matallín Evangelio, A. (dir.). *Compliance y prevención de delitos de corrupción*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- _____. “Criminal Responsibility of Legal Persons and Money Laundering”, *The 19th World Congress of the International Society of Criminology*. Doha, 2019.
- _____., y SÁNCHEZ STEWART, N. (coords.). *I Congreso de Prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- _____., y SÁNCHEZ STEWART, N. (coords.). *II Congreso sobre Prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

- _____, y SÁNCHEZ STEWART, N. (coords.). *III Congreso sobre Prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- _____, y SÁNCHEZ STEWART, N. (coords.). *IV Congreso sobre Prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- _____, y SÁNCHEZ STEWART, N. (coords.). *V Congreso sobre Prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- _____, y SÁNCHEZ STEWART, N. (coords.). *VI Congreso sobre Prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- ÁLVAREZ PÁSTOR, D., y EGUIDAZU PALACIOS, F. *Manual de prevención del blanqueo de capitales*. Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2000.
- ARZT, G., WEBER, U., HEINRICH, B., and HILGENDORF, E. *Strafrecht, Besonderer Teil: Lehrbuch*. N.º 3. Auflage, Giesecking, Bielefeld, §29, Geldwäsche, §261, 2014.
- AVILÉS GÓMEZ, M. (coord.). *El enriquecimiento ilícito*. Alicante, Editorial Club Universitario, 2011.

BARTON, S. “Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§261StGB)”, *Strafverteidiger*. N.º 3, 1993.

BERMEJO, M. G., y AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. “El delito del blanqueo de capitales”, Silva Sánchez, J. M. (dir.). *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*. Madrid, La Ley, 2012.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., y FABIÁN CAPARRÓS, E. A. “La «emancipación» del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español”, *Diario La Ley*. N.º 7535, 27 de diciembre de 2010.

BLANCO CORDERO, I. “Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. L, enero-diciembre, 1997. (fascículo único)

_____. “El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N.º 13-01, 2011.

_____. *El delito de blanqueo de capitales*. 3.^a edición. Cizur Menor, Aranzadi, 2012.

_____. *El delito de blanqueo de capitales*. 4.^a edición. Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, 2015.

BOLETÍN OFICIAL DE ESPAÑA (BOE). Ley 7/2012, de 29 de octubre, de “Modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude”, 30 de octubre de 2012.

- BONATTI BONET, F. (coord.). “Memento experto Francis Lefebvre”, *Sistemas de gestión de compliance. Normas ISO y UNE 19601*. Madrid, Lefebvre-El Derecho, 2017.
- BORJA JIMÉNEZ, E. “Reglas generales de aplicación de las penas: arts. 66, 66 bis, 70 y 71”, González Cussac, J. L. (coord.). 2015.
- BOTTKE, W. “Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche”, *Teil 2*. Wistra, N.º 4, 1995.
- _____. “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”, Arroyo Alfonso, S., y Aguado Correa, T. (trads.). *Revista Penal*. N.º 2, 1998.
- BROOKS, G. “Online Gambling and Money Laundering: Views from the Inside”, *Journal of Money Laundering Control*. Vol. XV, N.º 3, 2012.
- CASTRO MORENO, A. “Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito de blanqueo de capitales en la reforma del Anteproyecto de 2008”, *Diario La Ley*. N.º 7277, 5 de noviembre de 2009.
- COLLADO MEDINA, J. “El blanqueo de capitales: una aproximación”, Collado Medina, J. (coord.), *La investigación criminal y sus consecuencias jurídicas*. Madrid, Dykinson, 2010.
- CUESTA ARZAMENDI, J. L. DE LA (dir.). *Derecho penal informático*. Cizur Menor, Civitas, Thomson Reuters, Aranzadi, 2010.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M. “Blanqueo de bienes”, Luzón Peña, D. M. (dir.). *Enciclopedia penal básica*. Granada, Comares, 2002.

_____. “El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010”, Abel Souto, M., y Sánchez Stewart, N. (coords). *La autoría y la participación en el delito de blanqueo de capitales*. 2013.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. “Recepción de las propuestas del GAFI y de las Directivas europeas sobre el blanqueo de capitales en el Derecho español”, Bajo Fernández, M., y Bacigalupo Saggese, S. (eds.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid, Barcelona y Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.

_____. *Estudios sobre las reformas del Código penal*. Cizur Menor, Civitas, Thomson Reuters, Aranzadi, 2011.

EUROPEAN UNION. *Directive 2015/849 of the European Parliament and of the Council of May 20, 2015 on the Prevention of the Use of the Financial System for the Purposes of Money Laundering or Terrorist Financing, amending Regulation N.º 648/2012 of the European Parliament and of the Council, and repealing Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directive 2006/70/EC*. 2015.

EUROPEAN UNION. *Directive 2018/843 of the European Parliament and of the Council of May 30, 2018, amending Directive (EU) 2015/849 on the Prevention of the Use of the Financial System for the Purposes of*

Money Laundering or Terrorist Financing, and amending Directives 2009/138/EC, and 2013/36/EU. 2018.

FABIÁN CAPARRÓS, E. A. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid, Colex, 1998.

FARALDO CABANA, P. “Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código penal de 1995”, *Estudios Penales y Criminológicos*. N.º 21, 1998.

FATF. “Reviewing Money Laundering Methods and Countermeasures. Report 1995-1996”. Obtained from the following web page: <http://www.fatf-gafi.org>. (accessed November, 2019)

_____. “Issues Concerning New Payment Technologies. Report 1996-1997”. Obtained from the following web page: <http://www.fatf-gafi.org>. (accessed November, 2019)

_____. “Money Laundering Through Money Remittance and Currency Exchange Providers. June Report”, 2010a. Obtained from the following web page: <http://www.fatf-gafi.org>. (accessed November, 2019)

_____. “Money Laundering Using New Payment Methods. October Report”, 2010b. Obtained from the following web page: <http://www.fatf-gafi.org>. (accessed November, 2019)

_____. “Annual Report 2010-2011”, 2011a. Obtained from the following web page: <http://www.fatf-gafi.org>. (accessed November, 2019)

- _____. “Money Laundering Risks Arising from Trafficking in Human Beings and Smuggling of Migrants. July Report”, 2011b. Obtained from the following web page: <http://www.fatf-gafi.org>. (accessed November, 2019)
- _____. “International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism and Proliferation. The FATF Recommendations. February Report”, 2012. Obtained from the following web page: <http://www.fatf-gafi.org>. (accessed November, 2019)
- _____. “The Role of Hawala and Other Similar Service Providers in Money Laundering and Terrorist Financing. October Report”, 2013. Obtained from the following web page: <http://www.fatf-gafi.org>. (accessed November, 2019)
- _____. “Virtual Currencies. Key Definitions and Potential AML/CFT Risks. June Report”, 2014. Obtained from the following web page: <http://www.fatf-gafi.org>. (accessed November, 2019)
- _____. “Guidance for a Risk-Based Approach Virtual Currencies, June Report”, 2015a. Obtained from the following web page: <http://www.fatf-gafi.org>. (accessed November, 2019)
- _____. “Money Laundering Through the Physical Transportation of Cash. October Report”, 2015b. Obtained from the following page: <http://www.fatf-gafi.org>. (accessed November, 2019)
- _____. “Guidance for a Risk-Based Approach Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers. June Report”, 2019.

Obtained from the following web page: <http://www.fatf-gafi.org>. (accessed November, 2019)

FERNÁNDEZ STEINKO, A. “Financial Channels of Money Laundering in Spain, September Report”, *The British Journal of Criminology. An International Review of Crime and Society*. Vol. LII, N.º 5, 2012.

FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. “Blanqueo de capitales”, Ortiz De Urbina Gimeno, I. (coord.). *Memento experto Francis Lefebvre. Reforma penal. Ley Orgánica 5/2010*. Madrid, Ediciones Francis Lefebvre, 2010.

FERRÉ OLIVÉ, J. C. “Política criminal europea en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo”, González Cussac, J. L. (coord.). 2009.

_____. “El nuevo tipo agravado de blanqueo cuando los bienes tengan su origen en delitos relativos a la corrupción”, Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.). 2013.

FINKLEA, K. M. “Organized Crime in the United States: Trends and Issues for Congress”, *Journal of Current Issues in Crime, Law, and Law Enforcement*. Vol. II, N.º 1, 2009.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. “Circular 1/2016, sobre la Responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por la Ley orgánica 1/2015”, 2016. Disponible en la siguiente página web: <http://www.fiscal.es>. (última consulta noviembre 2019)

FISHER, J. “The Vulnerability of Her Majesty’s Revenue and Customs to Penetration by Criminal Actors”, *Journal of Money Laundering Control*. Vol. XV, N.º 2, 2012.

FLICK, G. M. “La repressione del riciclaggio ed il controllo della intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. N.º 4, 1990.

_____. “Le risposte nazionali al riciclaggio di capitali. La situazione in Italia”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. N.º 4, 1992.

GLESS, S. “Strafverfolgung im Internet”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*. Vol. CXXX, N.º 1, 2012.

GÓMEZ RIVERO, M. C. *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial. (Adaptado al EEES)*. Madrid, Tecnos, 2010.

GÓMEZ TOMILLO, M. *Compliance penal y política legislativa*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

GÓMEZ-JARA DIEZ, C. “El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aviso a navegantes judiciales”, *Diario La Ley*. N.º 8632, 26 de octubre de 2015.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies”, González Cussac, J. L. (dir.). *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. 2.ª edición. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

_____. y CUERDA ARNAU, M. L. (dirs.). *Nuevas amenazas a la seguridad nacional. Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

_____. y VIDALES RODRÍGUEZ, C. “El nuevo delito de financiación del terrorismo: consideraciones acerca de su necesidad y conveniencia”, González Cussac, J. L. (dir.). *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

GONZÁLEZ RUS, J. J., Morillas Cueva, L. (coord.). *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial*. Madrid, Dykinson, 2011.

GROSSY, S. *The Money Laundering Officer's Practical Handbook*. N.º 11. Cambridge, Compliance Training Products Limited, 2017.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. “Manifiesto por una nueva política sobre la droga”, *Una alternativa a la actual política criminal sobre drogas*. Málaga, Imagraf, 1992.

_____. “Propuesta alternativa en el ámbito de los delitos de blanqueo de capitales y encubrimiento”, *Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas*. Málaga, Gráficas Luis Mahave, 2010.

_____. “Manifiesto por una política criminal sobre terrorismo adaptada a los nuevos tiempos”, *Una propuesta de*

renovación de la política criminal sobre terrorismo.
Málaga, Gráficas Luis Mahave, 2013.

_____. “Autoevaluación. Política criminal de drogas”, 23 de mayo de 2014. Disponible en la siguiente página web: <http://www.gepc.es>. (última consulta noviembre de 2019)

HASSEMER, W. “Gewinnaufspürung: jetzt mit dem Strafrecht”, *Wertpapier Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Gastkommentar)*. 1994. Abel Souto, M. (trad.). “Localización de ganancias: ahora con el Derecho penal”, *Revista de Ciencias Penales*. Vol. I, N.º 1, 1998.

HE, B. “Resolution of the International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era on the Theory of Human Rights Defense”, Beijing, 2010.

_____. “Fourth Session of the International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era”, Beijing, 2012.

_____. “Eighth Session of the International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era”, Beijing, 2016.

HUGEL, P., and KELLY, J. “Internet gambling, credit cards and money laundering”, *Journal of Money Laundering Control*. Vol. VI, N.º 3, 2002.

JURADO, N., y GARCÍA, R. “El blanqueo de capitales”, Avilés Gómez, (coord.). 2011.

LAMPE, E. J. “Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB)”, *Juristen Zeitung*. N.º 3, 1994. Abel Souto, M.,

y Pérez Peña, J. M. (trads.). “El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261 StGB)”. *Estudios penales y criminológicos*. N.º 20, 1997.

LEVI, M. “Crimes of Globalization: Some Measurement Issues”, Joutsen, M. (ed.). *New Types of Crime. Proceedings of the International Seminar Held in Connection with HEUNI’s Thirtieth Anniversary Helsinki, October 20, 2011*. Helsinki, Heuni, 2012.

LORENZO SALGADO, J. M. “Reformas penales y drogas: observaciones críticas. (Especial referencia a la LO 5/2010, de modificación del Código penal)”, Muñoz Conde, F., Lorenzo Salgado, J. M., Ferré Olivé, J. C., Cortés Bechiarelli, E., y Núñez Paz, M. A. (dirs.). *Un Derecho penal comprometido: libro homenaje al profesor doctor Gerardo Landrove Díaz*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

_____. “El tipo agravado de blanqueo cuando los bienes tengan su origen en el delito de tráfico de drogas”, Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.). 2013.

_____. “El blanqueo de dinero procedente del narcotráfico, la protección del orden socioeconómico y la desnaturalización del bien jurídico en las modalidades de blanqueo, con finalidad terrorista, introducidas por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código penal”, Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.). 2018.

MANJÓN-CABEZA OLMEDO, A. “Receptación y blanqueo de capitales (arts. 301 y 302)”, Álvarez García, F. J., y

González Cussac, J. L. (dirs.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*. 5.ª edición. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

MATA BARRANCO, N. J. DE LA. “Ilícitos vinculados al ámbito informático: la respuesta penal”, Cuesta Arzamendi, 2010.

_____. *Derecho penal europeo y legislación española*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

MILLS, J. “Internet Casinos: a Sure Bet for Money Laundering”, *Journal of Financial Crime*. Vol. VIII, N.º 4, 2001.

MINISTERIO DE ECONOMÍA. “Comisión de prevención del blanqueo de capitales e infracciones monetarias”, *Memoria de información estadística 2010-2012*. 2013. Disponible en la siguiente página web: http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/ficheros/noticias/2013/131208_ESTADISTICAS_2010_2012prensa.pdf, also in [tesoro.es/sp/expcam/novedades_blanqueo.asp](http://www.mineco.gob.es/sp/expcam/novedades_blanqueo.asp). (última consulta noviembre, 2019)

MORENO ALCÁZAR, M. A. “Receptación y blanqueo de capitales”, Boix Reig, J. (dir.). *Derecho penal. Parte Especial. Delitos contra las relaciones familiares, contra el patrimonio y el orden socioeconómico*. vol. II. Madrid, Iustel, 2012.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*. 18.^a edición. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

_____. “El delito de blanqueo de capitales y el Derecho penal de enemigo”, Abel Souto, M., y Sánchez Stewart, N. (coords.). 2013a.

_____. *Derecho penal. Parte Especial*. 19.^a edición. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013b.

_____. *Derecho penal. Parte Especial*. 20.^a edición. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

_____. *Derecho penal. Parte Especial*. 21.^a edición. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

NIETO MARTÍN, A. (dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

NÚÑEZ PAZ, M. A. “Tipologías criminales de blanqueo. Técnicas de comisión”, Abel Souto, M., y Sánchez Stewart, N. (coords.). 2011.

_____. “El tipo agravado de blanqueo de dinero procedente de delitos urbanísticos”, Abel Souto, M., y Sánchez Stewart, N. (coords.). 2013.

PALMA HERRERA, J. M. *Los delitos de blanqueo de capitales*. Madrid, Edersa, 2000.

PÉREZ ESTRADA, M. J. “La investigación del delito a través de las nuevas tecnologías. Nuevos medios de investigación en el proceso penal”, Cuesta Arzamendi, 2010.

PIETH, M. “Zur Einführung: Geldwäscherei und ihre Bekämpfung in der Schweiz”, Pieth, M. (ed.). *Bekämpfung der Geldwäscherei: Modellfall Schweiz? Basel und Frankfurt am Main*, Schäffer-Poeschel, Stuttgart, Helbing & Lichtenhahn, 1992.

QUINTERO OLIVARES, G. “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la recepción civil”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 8 de marzo de 2010a.

_____. “La reforma del comiso (art. 129)”, Quintero Olivares, G. (dir.). *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*. Cizur Menor, Aranzadi, 2010b.

RAGUÉS I VALLÈS, R. “Lavado de activos y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de lavado”, Roxin, C. *Homenaje. Nuevas formulaciones en las Ciencias penales*. Lerner, Universidad Nacional de Córdoba, 2001.

REYNA ALFARO, L. (dir.). *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima, Ideas Solución Editorial, 2018.

RÍOS CORBACHO, J. M. “Un acercamiento al perfil del delincuente urbanístico”, *Revista General de Derecho Penal*. N.º 14, 2010.

ROSAL BLASCO, B. DEL. “Las pymes son las que menos preparadas están”, *Diario La Ley*. N.º 8532, 5 de mayo de 2015.

RUSS, W. “Kommentar zum § 261 StGB”, *StGB Leipziger Kommentar*. Großkommentar, N.º 11. neubearbeitete Auflage. Berlin, Walter de Gruyter, 1994. Abel Souto, M. (trad.). “Comentario al parágrafo 261 del Código penal alemán: el blanqueo de dinero”, *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*. Santiago de Compostela, vol. VI, N.º 1, 1997.

SHEHU, A.Y. “Should Gambling Be a Predicate for Money Laundering?”, *Journal of Money Laundering Control*. Vol. VII, N.º 3, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. “La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto”, *Diario La Ley*. N.º 7464, 9 de septiembre de 2010a.

_____. “Los delitos patrimoniales y económico-financieros”, *Diario La Ley*. N.º 7534, 23 de diciembre de 2010b.

TERRADILLOS BASOCO, J. M. “El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español”, Cervini, R., et al. *El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo. Cuestiones dogmáticas y político-criminales. Un enfoque comparado*. Córdoba, Alveroni, 2008.

_____. “Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal”, vol. IV. *Derecho penal. Parte Especial (Derecho penal económico)*. Madrid, Iustel, 2012.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 2017/541 del Parlamento y del Consejo Europeo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la Lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la

Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, *Diario Oficial de la Unión Europea*. L 88, 31 de marzo de 2017.

UNITED NATIONS ORGANIZATION (UNO). “Resolution adopted by the General Assembly on September 8, 2006”, *The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy*. A/RES/60/288, 2006.

UNITED NATIONS ORGANIZATION (UNO) “Resolution adopted by the General Assembly on July 1, 2016”, *The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy Review*. A/RES/70/291, 2016.

VIDALES RODRÍGUEZ, C. *Los delitos de recepción y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

_____. *El delito de enriquecimiento ilícito: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada. Especial referencia a la legislación penal colombiana*. Miami, Center for the Administration of Justice, Florida International University, 2008.

_____. *El delito de tráfico de drogas en la legislación penal costarricense. Su adecuación a la normativa internacional*. Miami, Center for the Administration of Justice, Florida International University, 2012.

_____. (dir.) *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

- VOGEL, J. “Geldwäsche - eine europaweit harmonisierter Straftatbestand?”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*. N.º 2, 1997.
- YU, J. J. “Terrorism financing. China”, *Revista Penal*. vol. XXXVIII, julio de 2016.
- ZARAGOZA AGUADO, J. A. Gómez Tomillo, M. (dir.). *Comentarios al Código penal*. 2.^a edición. Valladolid, Lex Nova, 2011.
- _____. Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*. Tomo III. Delitos contra el patrimonio y socioeconómicos -artículos 234-318 bis-. Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

**INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES
SOBRE LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS
EN LA REVISTA CAPJURÍDICA**

1. La Revista CAP Jurídica Central es una publicación del Colegio de Abogados de Pichincha y de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Central del Ecuador, 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 CAP Jurídica Central declaran que son titulares de su autoría y derechos de publicación, mismos que ceden al Colegio de Abogados de Pichincha y a la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Central del Ecuador. 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 a los correos decanato.fjcps@uce.edu.ec subdecanato.fjcps@uce.edu.ec revistacapjurídica@gmail.com o a 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 CAP Jurídica Central

4. Los criterios de presentación de las colaboraciones se detallan a continuación:
 - Los documentos deberán ser colaboraciones originales e 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 a la Revista CAP Jurídica Central 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 quince (15) páginas y máximo treinta (30). El número de páginas 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.

- Puesto que la revista CAP Jurídica Central 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.
- La recepción de un trabajo no implica ningún compromiso de publicación por parte de la Revista, y de no contar con la declaración jurada, no se procederá a la evaluación del artículo.
- El Consejo Editorial seleccionará los trabajos de acuerdo con rigurosos criterios formales y de contenido, esperándose encontrar un aporte original al mejor conocimiento del fenómeno objeto de análisis o perfeccionamiento de la disciplina pertinente a dicho estudio.

- El artículo será dictaminado por dos evaluadores que podrán ser miembros del Consejo Editorial, o un miembro del Consejo y otro que será seleccionado por el Director según el tema de estudio. El dictaminador desconocerá el nombre del autor o de los autores del artículo.
- El dictaminador del artículo tendrá 22 días hábiles, para evaluar y enviar sus observaciones con respecto al artículo, las cuales podrán incluir:
 - Si aceptan, rechazan o sugieren revisiones previas a su publicación.
 - Comentarios para el autor (indicando, en su caso, puntos a reconsiderar, explicar o modificar),
 - Sugerencias para ampliar las posibilidades de desarrollo del tema (sitios web de especial interés, referencias bibliográficas, otros documentos).

POLÍTICA DE DERECHOS DE AUTOR

Los autores que publiquen en la Revista CAP Jurídica Central, se adhieren a los siguientes términos:

En el momento en que una obra es aceptada para su publicación, se entiende que el autor cede a la Revista CAP Jurídica Central los derechos de reproducción y distribución de su artículo para su explotación en todos los países del mundo en formato de revista de papel, así como en cualquier otro soporte magnético, óptico y digital.

Los autores conservarán sus derechos de autor y garantizarán a la revista el derecho de primera publicación de su obra, el cual estará simultáneamente sujeto a la Licencia de reconocimiento de *Creative Commons* que permite a terceros compartir la obra siempre que se indique su autor y su primera publicación en esta revista.

Los autores podrán adoptar otros acuerdos de licencia no exclusiva de distribución de la versión de la obra publicada (p. ej.: depositarla en un archivo telemático institucional o publicarla en un volumen monográfico) siempre que se indique la publicación inicial en esta revista.

Se recomienda a los autores difundir su obra a través de Internet (p. ej.: en archivos telemáticos institucionales, repositorios, bibliotecas, o en su página web), lo cual puede producir intercambios interesantes y aumentar las citas de la obra publicada.

RESPONSABILIDADES DE LAS PERSONAS REVISORAS EXTERNAS

Las personas revisoras, en su condición de pares externos, cumplen con el rol de asegurar criterios de calidad en los contenidos y de objetividad en la selección y publicación, dentro del proceso editorial. Con este objeto se les adscriben las siguientes responsabilidades:

1. Rol de revisores o arbitraje

Toda persona que se encarga de revisar de manera voluntaria, solidaria y profesional, según arreglo de las formas utilizadas en la academia, acepta valorar manuscritos con temas en los cuales tiene capacidad y competencia para emitir criterio experto. En todo momento, esta revisión y el dictamen seguirán las pautas establecidas por la revista, ajustándose a las normas editoriales que se encuentran disponibles en el siguiente link: <https://www.publicacionesjurisprudenciauce.com.ec/>

2. Conflicto de intereses

En caso de existir un conflicto de intereses, de cualquier índole, las personas revisoras se comprometen a informar a la revista de inmediato, en cualquier momento del proceso.

3. Confidencialidad

Las personas revisoras deben respetar el contenido de cada artículo en proceso de arbitraje y lo mantendrán en condición confidencial durante todo el proceso editorial.

4. Retroalimentación

Toda crítica al artículo se realizará en forma objetiva, honesta y respetuosa para con el autor, quién podrá realizar las correcciones o ajustes correspondientes, según lo solicitado por la revista. En caso de no aceptar el arbitraje, el artículo será excluido.

5. Modalidad de arbitraje

Los artículos emitidos por los autores son enviados a los pares revisores externos, bajo el sistema de BLIND PEER REVIEW (sistema de pares a doble ciego). Este sistema de evaluación de los trabajos de investigación consiste en que dos expertos en la materia sobre la que tratan los evalúan y emiten un dictamen sobre la viabilidad de la publicación.

6. Responsabilidades del comité editorial

El comité editorial vela por mantener el perfil académico de la revista en su ámbito de reflexión, en el objeto de estudio al cual responde y en relación con la audiencia a la cual se dirige.

7. Competencia

El comité editorial de la Revista CAP Jurídica Central, es el único responsable, con el director/editor que lo preside, sobre el carácter de publicable de los artículos.

CÓDIGO DE CONDUCTA Y MEJORES PRÁCTICAS DIRECTRICES PARA EDITORES DE REVISTAS¹

Antecedentes / estructura

El Código de Conducta COPE para Editores de Revistas está diseñado para proveer de un conjunto de estándares mínimos al que se espera que todos los miembros de COPE se adhieran. Las Directrices sobre las *Mejores Prácticas* son más ambiciosas y se desarrollaron en respuesta a las peticiones de orientación por parte de los editores sobre una amplia gama de cuestiones éticas cada vez más complejas. Aunque COPE espera que todos los miembros se adhieran al Código de Conducta para los Editores de Revistas (y considerará la presentación de reclamaciones contra los miembros que no lo hayan seguido), somos conscientes de que los editores pueden no ser capaces de implementar todas las recomendaciones de *Mejores Prácticas* (que son voluntarias), pero esperamos que nuestras sugerencias identifiquen aspectos en relación con la política y las prácticas de la revista que puedan ser revisados y discutidos.

En esta versión combinada de los documentos, las normas obligatorias que integran el Código de Conducta para los Editores de Revistas se muestran en letra redonda y con cláusulas numeradas; por otra parte, las recomendaciones en relación con las *Mejores Prácticas* aparecen en cursiva.

¹ Obtenido de la página web: <http://www.publicationethics.org>.

1. Deberes y responsabilidades generales de los editores

- 1.1. Los editores deben ser responsables de todo lo publicado en sus revistas. Esto significa que los editores deben:
- 1.2. Tratar de satisfacer las necesidades de los lectores y autores;
- 1.3. Esforzarse para mejorar constantemente su revista;
- 1.4. Establecer procesos para asegurar la calidad del material que publican;
- 1.5. Abogar por la libertad de expresión;
- 1.6. Mantener la integridad del historial académico de la publicación;
- 1.7. Impedir que las necesidades empresariales comprometan las normas intelectuales y éticas; y,
- 1.8. Estar siempre dispuesto a publicar correcciones, aclaraciones, retracciones y disculpas cuando sea necesario.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Buscar activamente las opiniones de los autores, lectores, revisores y miembros del Consejo Editorial sobre cómo mejorar los procesos de la revista;*
- *Fomentar y conocer las investigaciones sobre la revisión por pares y publicar y reevaluar los procesos seguidos por la revista a la luz de estos nuevos hallazgos;*
- *Trabajar para persuadir al editor de la publicación para que proporcione los recursos apropiados, así como la orientación de expertos (por ejemplo, diseñadores, abogados);*

- *Apoyar iniciativas diseñadas para reducir las malas conductas en relación con la investigación y la publicación;*
- *Apoyar iniciativas para educar a los investigadores sobre la ética de las publicaciones;*
- *Evaluar los efectos de la política de la revista sobre el comportamiento del autor y del revisor y revisar las políticas, en caso necesario, para fomentar un comportamiento responsable y desalentar la puesta en práctica de malas conductas;*
- *Asegurar que los comunicados de prensa emitidos por la revista reflejan fielmente el mensaje del artículo sobre el que versan y ponerlos en contexto.*

2. Relaciones con los lectores

- 2.1.** Se debe informar a los lectores sobre quién ha financiado la investigación u otro trabajo académico, así como sobre el papel desempeñado por el financiador, si este fuera el caso, en la investigación y en la publicación.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Velar por que todos los informes y las revisiones de la investigación publicados hayan sido revisados por personal cualificado (incluyendo revisiones estadísticas cuando sean necesarias);*
- *Garantizar que las secciones no revisadas por pares de la revista están claramente identificadas;*

- *Adoptar procesos que fomenten la exactitud, integridad y claridad de los informes de investigación, incluida la edición técnica y el uso de directrices y listas de verificación apropiadas (por ejemplo, MIAME, CONSORT);*
- *Considerar el desarrollo de una política de transparencia para fomentar la divulgación máxima de los artículos que no son de investigación;*
- *Adoptar sistemas de autoría o contribución que promuevan buenas prácticas, es decir, que reflejen quién realizó el trabajo y desmotiven la puesta en práctica de malas conductas (por ejemplo, autores fantasmas y autores invitados); y,*
- *Informar a los lectores sobre las medidas adoptadas para garantizar que las propuestas presentadas por los miembros del personal de la revista o del Consejo Editorial reciben una evaluación objetiva e imparcial.*

3. Relaciones con los autores

- 3.1.** Las decisiones de los editores de aceptar o rechazar un documento para su publicación deben basarse en la importancia, originalidad y claridad del artículo, en la validez del estudio, así como en su pertinencia en relación con las directrices de la revista;
- 3.2.** Los editores no revocarán las decisiones de aceptar trabajos a menos que se identifiquen problemas graves en relación con los mismos;
- 3.3.** Los nuevos editores no deben anular las decisiones tomadas por el editor anterior de publicar los artículos presentados, a menos que se identifiquen problemas graves en relación con los mismos;

- 3.4. Debe publicarse una descripción detallada de los procesos de revisión por pares y los editores deben estar en disposición de justificar cualquier desviación importante en relación con los procesos descritos;
- 3.5. Las revistas deben tener un mecanismo explícito para que los autores puedan apelar contra las decisiones editoriales;
- 3.6. Los editores deben publicar orientaciones para los autores sobre todos aquellos aspectos que se esperan de ellos. Esta orientación debe actualizarse periódicamente y debe hacer referencia o estar vinculada al presente código;
- 3.7. Los editores deben proporcionar orientación sobre los criterios de autoría y / o quién debe incluirse como colaborador siguiendo las normas dentro del campo pertinente.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Revisar las instrucciones de los autores regularmente y proporcionar enlaces a las directrices pertinentes (por ejemplo, ICMJE5, Publicación de investigación responsable: Normas internacionales para los autores);*
- *Publicar intereses contrapuestos relevantes en relación con todos los colaboradores y publicar correcciones si dichos intereses se revelan tras la publicación ;*
- *Asegurar que se seleccionan revisores apropiados para los artículos presentados (es decir, individuos que pueden valorar el trabajo y no son capaces de rechazarlo por intereses contrapuestos);*

- *Respetar las peticiones de los autores de que un evaluador no revise su trabajo, siempre que estas estén bien razonadas y sean posibles;*
- *Guiarse por los diagramas de flujo de COPE (<http://publicationethics.org/flowcharts>) en casos de sospecha de mala conducta o de controversia en la autoría;*
- *Publicar información detallada sobre cómo se gestionan los casos de sospecha de mala conducta (por ejemplo, con vínculos al diagrama de flujo de COPE);*
- *Publicar las fechas de entrega y aceptación de los artículos.*

4. Relaciones con los revisores

- 4.1. Los editores deben proporcionar orientación a los revisores sobre todo lo que se espera de ellos, incluyendo la necesidad de manejar el material enviado en confianza con confidencialidad; esta orientación debe actualizarse periódicamente y debe hacer referencia o estar vinculada al presente código;
- 4.2. Los editores deben exigir a los revisores que revelen cualquier posible interés contrapuesto antes de revisar un trabajo;
- 4.3. Los editores deben contar con sistemas que garanticen la protección de las identidades de los revisores, a menos que utilicen un sistema abierto de revisión, del que han sido informados tanto los autores como los revisores.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Alentar a los revisores a realizar comentarios sobre cuestiones éticas y posibles acciones de mala conducta en relación con la investigación y la publicación identificadas en los trabajos presentados (por ejemplo, diseño de investigación poco ético, detalles insuficientes sobre el consentimiento de los pacientes del estudio o sobre la protección de los sujetos de la investigación incluidos los animales-, manipulación y presentación inadecuada de los datos, etc.);*
- *Animar a los revisores a realizar comentarios sobre la originalidad de los trabajos presentados y a estar alerta de las posibles publicaciones repetidas y del plagio;*
- *Considerar la posibilidad de proporcionar a los revisores herramientas para detectar publicaciones relacionadas (por ejemplo, vínculos a referencias citadas y búsquedas bibliográficas);*
- *Enviar los comentarios de los revisores a los autores en su totalidad a menos que sean ofensivos o difamatorios;*
- *Favorecer el reconocimiento de la contribución de los revisores a la revista ;*
- *Alentar a las instituciones académicas a reconocer las actividades de revisión por pares como parte del proceso académico;*
- *Realizar un seguimiento de la labor desempeñada por los evaluadores y tomar medidas que aseguren un proceso de alta calidad;*
- *Desarrollar y mantener una base de datos de revisores adecuados y actualizarla en función del rendimiento de los mismos;*
- *Dejar de enviar trabajos a revisores que emiten, de forma constante, críticas carentes de educación, de mala calidad o fuera de plazo;*

- *Asegurar que la base de datos de revisores es un reflejo de la comunidad académica para la revista y añadir nuevos revisores si resulta necesario;*
- *Utilizar una amplia gama de fuentes (no solo contactos personales) para identificar nuevos posibles revisores (por ejemplo, sugerencias de los autores, bases de datos bibliográficas);*
- *Seguir el diagrama de flujo de COPE en casos de sospecha de mala conducta por parte del revisor.*

5. Relaciones con los miembros del Consejo Editorial

- 5.1.** Los editores deben proporcionar a los nuevos miembros del Consejo Editorial las directrices y normas sobre todo lo que se espera de ellos y deben mantener informados a los miembros existentes sobre las nuevas políticas y normas de la revista.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Tener una política clara para gestionar las entregas de trabajos por parte de los miembros del Consejo Editorial que asegure una revisión imparcial de los mismos;*
- *Identificar de forma apropiada a los miembros del Consejo Editorial debidamente cualificados que puedan contribuir activamente al desarrollo y buena gestión de la revista;*
- *Revisar periódicamente la composición del Consejo Editorial. Proporcionar una orientación clara a los miembros del Consejo Editorial sobre sus funciones y obligaciones, entre las que se encuentran las siguientes:*
 - *Actuar como embajadores de la revista;*
 - *Apoyar y promover la revista;*

- *Buscar los mejores autores y los mejores trabajos (por ejemplo, a partir de los resúmenes de reuniones científicas) y motivarles activamente para que envíen sus artículos;*
- *Revisar los envíos de trabajos a la revista;*
- *Aceptar encargos para redactar editoriales, reseñas y comentarios sobre documentos del área de especialización de la publicación ; y,*
- *Asistir y participar en las reuniones del Consejo Editorial.*
- *Consultar a los miembros del Consejo Editorial de forma periódica (por ejemplo, una vez al año) con el fin de valorar sus opiniones sobre el funcionamiento de la revista e informarles sobre cualquier cambio en la política de la revista y sobre los retos futuros;*

6. Relaciones con los propietarios de las revistas y editoriales

- 6.1.** La relación de los editores con los propietarios de las revistas o los grupos editoriales es a menudo compleja, pero debe basarse firmemente en el principio de independencia editorial.
- 6.2.** Los editores deben decidir qué artículos se publican basándose en la calidad y en su adecuación a la revista, sin interferencia por parte del propietario o del grupo editorial encargado de la publicación.
- 6.3.** Los editores deben tener un contrato escrito que establezca su relación con el propietario de la revista y/o grupo editorial.
- 6.4.** Los términos de este contrato deben ser coherentes con el Código de Conducta COPE para Editores de Revistas.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Establecer mecanismos para gestionar los desacuerdos que puedan producirse entre ellos y el propietario/grupo editorial con el fin de garantizar el proceso ; y,*
- *Comunicarse regularmente con el propietario y/o grupo editorial encargado de la revista.*

7. El proceso editorial y la revisión por pares

- 7.1. Los editores deben esforzarse por asegurar que la revisión por pares en su revista sea justa, imparcial y oportuna.
- 7.2. Los editores deben contar con sistemas que aseguren que los materiales enviados a la revista preservan su confidencialidad durante todo el proceso de revisión.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Garantizar que las personas que participan en el proceso editorial (incluidos ellos mismos) reciben una formación adecuada y están al corriente sobre las últimas directrices, recomendaciones e informaciones en relación con la revisión por pares y la gestión de la publicación;*
- *Mantenerse informados sobre los avances en la investigación en el campo tecnológico y en de la revisión por pares;*
- *Adoptar los métodos de revisión por pares más adecuados para la revista y la comunidad científica a la que da respuesta;*
- *Revisar periódicamente las prácticas de revisión por pares con el fin de comprobar si es posible mejorarlas;*
- *Remitir los casos problemáticos a COPE, especialmente cuando surjan cuestiones no contempladas en el diagrama de flujo de COPE o cuando se sospecha que existen nuevos tipos de mala conducta en la publicación; y,*

- *Considerar el nombramiento de un defensor externo para resolver las quejas que no se hayan podido resolver internamente.*

8. Garantía de calidad

- 8.1. Los editores deben tomar todas las medidas razonables para garantizar la calidad del material que publican, reconociendo que las revistas y las secciones dentro de las revistas podrán tener objetivos y estándares diferentes.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Disponer de sistemas para detectar la falsificación de información (por ejemplo, imágenes manipuladas de forma inapropiada o texto plagiado), ya sea de forma rutinaria o cuando surjan sospechas; y,*
- *Basar las decisiones sobre el estilo de la revista en factores relevantes que garantizan la calidad del mismo (por ejemplo, la adopción de resúmenes estructurados, la aplicación de directrices como CONSORT) en lugar de basarlas en motivos estéticos o preferencias personales.*

9. Protección de datos individuales

- 9.1. Los editores deben cumplir las leyes sobre confidencialidad establecidas en su propio ordenamiento jurídico. Sin embargo, independientemente de las leyes locales, siempre deben proteger la confidencialidad de la información individual obtenida en el transcurso de la investigación o de las interacciones profesio-

nales (por ejemplo, entre médicos y pacientes). Por lo tanto, resulta necesario en la mayor parte de los casos obtener el consentimiento informado por escrito para la publicación por parte de personas que pudieran reconocerse o ser identificadas por otros (por ejemplo, en informes de casos o en fotografías). Cabría la posibilidad de publicar información individual sin el consentimiento explícito si el interés público de la publicación es mayor que los posibles daños, resulta imposible obtener el consentimiento o si fuera improbable que cualquier individuo razonable se opusiera a la publicación.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Publicar su política sobre la publicación de datos individuales (por ejemplo, datos o imágenes personales identificables) y explicar estos aspectos claramente a los autores; Tenga en cuenta que el consentimiento para participar en una investigación o someterse a un tratamiento no es el mismo que el consentimiento para publicar datos personales, imágenes o citas.*

10. Fomentar la investigación ética (por ejemplo, la investigación con seres humanos o animales)

- 10.1. Los editores deben esforzarse por asegurar que las investigaciones publicadas se realizan siguiendo las directrices pertinentes internacionalmente aceptadas (por ejemplo, la Declaración de Helsinki para la investigación clínica o las directrices AERA y BERA para la investigación educativa).

- 10.2.** Los editores deben asegurarse de que todas las investigaciones han sido aprobadas por un organismo apropiado (por ejemplo, el Comité de ética de la investigación o el Comité de revisión institucional). Sin embargo, los editores deben ser conscientes de que tal aprobación no garantiza que la investigación sea ética.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Estar preparado para solicitar pruebas de la aprobación ética de la investigación y para preguntar a los autores sobre los aspectos éticos (por ejemplo, la forma en la que se obtuvo el consentimiento del participante en la investigación o qué métodos se utilizaron para minimizar el sufrimiento de los animales) si surgen dudas o si se necesitan aclaraciones específicas;*
- *Garantizar que los informes de los ensayos clínicos mencionan el cumplimiento de la Declaración de Helsinki, las Buenas Prácticas Clínicas y otras directrices pertinentes para salvaguardar a los participantes;*
- *Asegurar que los informes de los experimentos o estudios sobre animales mencionen el cumplimiento de la Guía para el Cuidado y Uso de Animales de Laboratorio del Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos u otras directrices relevantes.*
- *Nombrar a un consejero o un comité de ética de la revista para informar sobre casos específicos y revisar las políticas de la revista de forma periódica.*

11. Cómo abordar posibles malas conductas

- 11.1.** Los editores tienen la obligación de actuar si sospechan que se ha producido alguna conducta indebida o si reciben una denuncia de mala conducta. Esta obligación se extiende tanto a los documentos publicados como a los no publicados.
- 11.2.** Los editores no deben limitarse a rechazar los documentos que suscitan dudas acerca de una posible mala conducta. Tienen la obligación ética de perseguir los supuestos casos.
- 11.3.** Los editores deben seguir los diagramas de flujo COPE en aquellos casos en los que sean de aplicación.
- 11.4.** Los editores deben primero intentar obtener una respuesta de los sospechosos de mala conducta. Si no están satisfechos con la respuesta, deben instar a sus empleadores, a la institución a la que pertenecen o a alguna entidad apropiada (por ejemplo un organismo regulador o una organización nacional que vele por la integridad de la investigación) para que inicien una investigación más exhaustiva.
- 11.5.** Los editores deben hacer todos los esfuerzos razonables para garantizar que se lleva a cabo una investigación exhaustiva de los supuestos casos de mala conducta; Si esto no sucede, los editores deben intentar, por todos sus medios, conseguir una solución al problema. Se trata de una obligación onerosa, pero importante.

12. Asegurar la integridad del documento académico

- 12.1. Los errores, declaraciones inexactas o engañosas deben ser corregidos de forma inmediata y con prominencia.
- 12.2. Los editores deben seguir las pautas COPE en relación con las retracciones.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Tomar medidas para reducir las publicaciones repetidas encubiertas (por ejemplo, exigiendo que todos los ensayos clínicos estén registrados);*
- *Asegurar que el material publicado esté archivado de forma segura (por ejemplo, a través de repositorios permanentes en línea, como PubMed Central); y,*
- *Disponer de sistemas adecuados para dar a los autores la oportunidad de publicar libremente artículos de investigación originales y ponerlos a disposición de la comunidad científica.*

13. Propiedad intelectual

- 13.1. Los editores deben estar atentos a los problemas de propiedad intelectual y trabajar con el grupo editorial para resolver posibles infracciones de las leyes y convenciones sobre propiedad intelectual.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Adoptar sistemas de detección del plagio (por ejemplo, software, búsqueda de títulos similares) para los artículos presentados (ya sea de forma rutinaria o cuando surgen dudas sobre un determinado documento);*
- *Apoyar a los autores cuyos derechos de autor han sido vulnerados o que han sido víctimas de plagio;*
- *Estar preparados para trabajar junto con el grupo editorial para defender los derechos de los autores y perseguir a los infractores (por ejemplo, solicitando retracciones o la retirada del material de los sitios web) independientemente de si la revista posee los derechos de autor.*

14. Fomento del debate

- 14.1. Los editores deben alentar y estar dispuestos a considerar las críticas contundentes de los trabajos publicados en la revista.
- 14.2. Los autores de los materiales objeto de críticas deben tener la oportunidad de responder a las mismas.
- 14.3. Los estudios que incluyan resultados negativos no deben ser excluidos.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Estar abierto a la investigación que desafía a algún trabajo previo publicado en la revista.*

15. Quejas y reclamaciones

- 15.1. Los editores deben responder con celeridad a las quejas y deben asegurarse de que existe un mecanismo para

dar respuesta a las reclamaciones presentadas. Este mecanismo debería quedar detallado en la revista y debería incluir información sobre cómo remitir los asuntos sin resolver a COPE.

- 15.2. Los editores deben seguir el procedimiento establecido en el diagrama de flujo COPE en relación con las quejas y reclamaciones.

16. Intereses comerciales

- 16.1. Las revistas deben contar con políticas y sistemas adecuados para asegurar que los intereses comerciales no influyen en las decisiones editoriales (por ejemplo, el departamento de publicidad y el departamento editorial deberían trabajar de forma independiente).
- 16.2. Los editores deberían tener políticas claras de publicidad en relación con el contenido de la revista y sobre los procesos de publicación de suplementos patrocinados.
- 16.3. Las reimpresiones deben publicarse tal y como aparecen en la revista, a menos que sea necesario incluir correcciones, en cuyo caso deben estar claramente identificadas.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Publicar una descripción general de las fuentes de ingresos de la revista (por ejemplo, las cantidades recibidas de la publicidad en pantalla, las ventas de reimpresiones, suplementos patrocinados, pagos por páginas, etc.);*

- *Garantizar que el proceso de revisión por pares de los suplementos patrocinados es el mismo que el de la publicación principal; y,*
- *Garantizar que los artículos de los suplementos patrocinados se aceptan únicamente por el mérito académico y el interés de los lectores y que las decisiones editoriales sobre tales suplementos no dependen de intereses comerciales.*

17. Conflictos de intereses

- 17.1.** Los editores deben contar con sistemas para gestionar sus propios conflictos de intereses, así como los de su personal, autores, revisores y miembros del Consejo Editorial.
- 17.2.** Las revistas deben contar con un proceso declarado para gestionar las entregas de trabajos por parte de los editores, empleados o miembros del Consejo Editorial con el fin de asegurar la imparcialidad en las revisiones.

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Publicar listados de intereses relevantes (financieros, académicos y de otro tipo) de todo el personal editorial y de los miembros de los Consejos Editoriales (que deben actualizarse al menos una vez al año).*

POLÍTICAS DE ÉTICA Y DETECCIÓN DE PLAGIO

La revista CAP Jurídica Central procura que los interesados en el proceso editorial apliquen las normas éticas básicas que rigen las publicaciones científicas. Para ello se siguen como base las normas éticas establecidas por *Committee on Publication Ethics* (COPE) y en específico lo relacionado con el *Code of conduct and best practice guidelines for journal editors*.

La revista CAP Jurídica Central somete a los artículos originales recibidos al sistema antiplagio con el software URKUND , a través de los siguientes pasos:

1. Envío

El proceso de URKUND empieza cuando se envía un documento al sistema. Esto puede hacerse mediante la plataforma de aprendizaje existente del colegio o adjuntándolo a un mensaje de correo electrónico. El sistema admite una amplia variedad de los formatos de archivo más populares, sus procesadores de texto estándar y archivos con varios documentos cuando se envían por correo electrónico. A continuación, se extrae el texto del documento y comienza el proceso, con independencia del idioma en que esté escrito el texto.

2. Similitudes de texto con las fuentes

El texto se analiza y empezamos a comprobar si existen posibles candidatos para la similitud de texto en las tres áreas de origen. URKUND destaca los posibles orígenes coincidentes respecto a nuestros archivos,

que contienen orígenes de Internet, material académico publicado y documentos de estudiantes enviados previamente. Se estudian en profundidad las similitudes de texto candidatos y se guardan los resultados.

3. **Análisis basado en *machine learning***

Cuando un documento empieza a mostrar similitudes con otros orígenes, comienza a tomar forma la base del informe. No solo registramos el grado de coincidencia, sino que también tenemos en cuenta cualquier otro uso de paráfrasis y sinónimos, además de otras formas de sustituciones. Nuestros algoritmos funcionan independientemente del idioma y son capaces incluso de detectar similitudes entre un número cada vez mayor de idiomas.

4. **Creación y entrega del informe**

Cuando el proceso finaliza, se genera una visión general del análisis y se entrega al profesor, ya sea a través de la plataforma de aprendizaje utilizada, por correo electrónico o mediante el buzón de entrada web. Los resultados del análisis se presentan en un informe comprensible para que el profesor pueda tomar la decisión final acerca de si se ha producido plagio o no.

A su vez la revista CAP Jurídica Central cuenta con un Código de ética y buenas prácticas, el cual se puede consultar en nuestro sitio web.

POLÍTICAS DE PRESERVACIÓN DIGITAL:

La Revista CAP Jurídica se ajusta a las políticas y lineamientos de la Dirección de Tecnologías y del Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador.