

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

JUNIO, 2020

CAP JURÍDICA CENTRAL

Publicación impresa ISSN: 2550 - 6595

Año 4, N.º 6 enero - junio de 2020 - 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 6, Quito, Colegio de Abogados de Pichincha y Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, enero-junio 2020.

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

- Los principales elementos de mi filosofía del Derecho
ROBERT ALEXY 17
- La validez de la prueba indiciaria en el proceso penal
ESTEFANY ALVEAR TOBAR..... 55
- Descolonizar la enseñanza-aprendizaje del Derecho.
Hacia una ecología de saberes para formar abogados
con enfoque de género y de interculturalidad
PAÚL CÓRDOVA VINUEZA 101
- Discurso extremista y la expansión de la censura
CÉSAR FRANCISCO GALLEGOS PAZMIÑO
EDDY ISMAEL VILLACÍS FLORES..... 147
- La inclusión del error de tipo en el ordenamiento
penal ecuatoriano
RAMIRO J. GARCÍA FALCONÍ
KÁTERIN VALLEJO VACA..... 209
- Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio
Bulygin. derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación
RICCARDO GUASTINI 243

- La omisión propia y la comisión por omisión o impropia en el Código Orgánico Integral Penal ÁLVARO FRANCISCO ROMÁN MÁRQUEZ.....	277
- Instrucciones para los autores	341
- Política de derechos de autor.....	345
- Responsabilidades de las personas revisoras externas.....	347
- Código de conducta y mejores prácticas para editores.....	351
- Políticas de ética y detección de plagio.....	371
- Políticas de preservación digital.....	373

LOS PRINCIPALES ELEMENTOS DE MI FILOSOFÍA DEL DERECHO

**LOS PRINCIPALES ELEMENTOS
DE MI FILOSOFÍA DEL DERECHO¹**

ROBERT ALEXY²

UNIVERSIDAD DE KIEL-ALEMANIA

RESUMEN:

En este texto ROBERT ALEXY expone las líneas básicas de su concepción de la filosofía del Derecho.

PALABRAS CLAVE:

R. Alexy, pretensión de corrección, teoría del discurso, positividad, validez, constitucionalismo democrático.

ABSTRACT:

R. Alexy presents herein the main lines of his legal philosophy conception.

KEYWORDS:

R. Alexy, claim to correctness, discourse theory, facticity, validity, democratic constitutionalism.

¹ *Hauptelemente meiner Philosophie des Rechts*, título original del Artículo publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32 (2009) ISSN: 0214-8676 pp. 67-84

² Filósofo del Derecho, jurista alemán y catedrático de Derecho público y filosofía del Derecho de la Universidad Christian-Albrechts de Kiel, hasta su retiro a finales de 2013.

En el centro de mi filosofía jurídica se encuentra la tesis de que el Derecho tiene una doble naturaleza³. Comprende necesariamente tanto una dimensión real o fáctica como una dimensión ideal o crítica. El aspecto fáctico se refleja en los elementos definitorios de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social, y el ideal en el de la corrección moral⁴. Quien define el Derecho exclusivamente por medio de la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social sostiene un concepto positivista de Derecho. En cuanto añadimos la corrección moral como tercer elemento necesario, el cuadro cambia de un modo fundamental: surge un concepto no positivista de Derecho. Así pues, la tesis de la doble naturaleza implica el no-positivismo.

Como tal, la tesis de la doble naturaleza del Derecho es todavía indeterminada y formal, pero adquiere un contenido concreto y una estructura clara cuando se despliega en un sistema. La idea rectora de este sistema es la institucionalización de la razón⁵, cuya forma política es el constitucionalismo democrático⁶. El sistema se puede generar en tres pasos.

³ ALEXY R. "On the Concept and the Nature of Law", *Ratio Juris*. N.º 21, 2008, p. 292.

⁴ *Ídem*. *El concepto y la validez del Derecho*. Seña, J. M. (trad.). 2.ª ed. Barcelona, 1997, pp. 21 y ss.

⁵ *Ídem*. "La institucionalización de la razón", en Seoane, J. A. (trad.). *Persona y Derecho*. N.º 43, 2000, pp. 217 y ss.

⁶ *Ídem*. "La institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado constitucional democrático", en AÑAÑOS MEZA, M. C. (trad.). *Derechos y Libertades*. N.º 8, 2000, pp. 35 y ss.

Corrección y discurso

La pretensión de corrección

El primero de los pasos estriba en la tesis de que el Derecho, necesariamente, efectúa o plantea una pretensión de corrección. Para precisar esta tesis hay que responder a tres cuestiones:

- a) ¿qué significa que el Derecho plantea una pretensión?;
- b) ¿qué hemos de entender por necesidad de la pretensión?; y,
- c) ¿en qué consiste el contenido de la pretensión?

El planteamiento de la pretensión

En sentido estricto, las pretensiones sólo pueden plantearlas sujetos capaces de actuar y de hablar⁷. De ahí que el Derecho, en la medida en que se contemple como un sistema de normas, no pueda plantear pretensión alguna, según ha puesto acertadamente de relieve N. MAC. CORMICK⁸. Que el Derecho plantee una pretensión de corrección sólo puede significar, por tanto, que la plantean aquellos que intervienen en el Derecho, y actúan por él, al crearlo, interpretarlo, aplicarlo y hacerlo cumplir. Los casos paradigmáticos son el del legislador y el del juez. Que ellos planteen esa pretensión significa, primero, que a sus actos institucionales -es decir, a las decisiones legislativas y a las sentencias judiciales- está unido el acto no institucional de

⁷ Ídem. "Derecho y corrección", Seoane, J. A., y Soderó, E. R. (trads.). en Seoane, J. A. (ed.). *La institucionalización de la justicia*. Granada, Comares, 2005, pp. 32-33.

⁸ MACCORMICK, N. "Why Law Makes No Claims", en Pavlakos, G. (ed.), *Law, Rights and Discourse*. Oxford, Hart, 2007, p. 60.

aserción o afirmación de que el acto jurídico es procedimental y materialmente correcto. La corrección implica justificabilidad. Luego la pretensión de corrección incluye, en segundo lugar, una aseveración de justificabilidad⁹. Como tercer elemento, a la afirmación y a la aseveración se suma la expectativa de que todo aquel que se sitúe en el punto de vista del correspondiente sistema jurídico y sea razonable aceptará el acto jurídico como correcto. El planteamiento de una pretensión de corrección, por consiguiente, se compone de la tríada de:

- 1) afirmación de la corrección;
- 2) aseveración de la justificabilidad; y,
- 3) expectativa de aceptación.

Esta tríada no se halla unida solamente a actos institucionales como las decisiones legislativas y las sentencias judiciales. Cualquiera que, en cuanto participante en un sistema jurídico -por ejemplo, como abogado ante un tribunal o como ciudadano dentro de un debate público-, aduzca argumentos a favor o en contra de determinados contenidos de dicho sistema estará planteando

⁹ ALEXY, R. "Thirteen Replies", en Pavlakos, G. (ed.), *Law, Rights and Discourse*. Oxford, Hart, 2007, pp. 348-49. En anteriores trabajos hablaba de una *garantía* en vez de una *aseveración* (*Versicherung*); cfr. *Ídem*. "Derecho y corrección", *op. cit.*, p. 35.

En el pasaje citado, el autor emplea la expresión *afirmación de justificabilidad* (*affirmation of justifiability*), en el sentido de una pretensión de tener razones válidas (*the claim to have sound reasons lies between the claim simply to have some reasons, whether sound or not, and the guarantee of soundness*); cfr. también al haberse usado ya la palabra *afirmación*, se opta por traducir *Versicherung* como aseveración (aseverar es *afirmar o asegurar lo que se dice*) [N. del T.]. RAZ, J. "The Argument from Injustice, or How Not to Reply to Legal Positivism", en Pavlakos, G. (ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford, Hart, 2007, p. 27.

la pretensión integrada por la afirmación de la corrección, la aseveración de la justificabilidad y la expectativa de aceptación.

La necesidad de la pretensión

La pretensión de corrección sólo es relevante para el concepto y la naturaleza¹⁰ del Derecho si este la plantea necesariamente. Se puede demostrar y explicar su necesidad por medio de dos ejemplos.

El primer ejemplo trata del artículo primero de una nueva constitución para el Estado X, donde una minoría oprime a la mayoría. La minoría desea continuar disfrutando de las ventajas de oprimir a la mayoría, aunque también quiere ser sincera. La asamblea constituyente aprueba por ello, como artículo primero de la nueva constitución, la siguiente cláusula:

1. X es una república soberana, federal e injusta

Este artículo constitucional tiene algo defectuoso. La cuestión es únicamente en qué consiste el defecto. Sin duda, el artículo infringe las convenciones acerca de la redacción de textos constitucionales. Pero esto solo no explica el defecto. Por ejemplo, un catálogo de derechos fundamentales de cien páginas que intentara codificar la jurisprudencia dictada hasta la fecha por el tribunal constitucional sería de lo más insólito o poco convencional, pero no tendría el carácter manifiestamente absurdo de la cláusula de la injusticia. Ocurre otro tanto si pensamos en un defecto moral. Desde el punto de vista de la

¹⁰ Sobre la relación entre concepto y naturaleza, cfr. ALEXY, R. "On the Concept and the Nature of Law", *op. cit.*, pp. 290-92.

moral, no habría ninguna diferencia si la mayoría oprimida fuese privada de forma expresa, en un artículo adicional, de los derechos a cuya privación apunta la cláusula de la injusticia. Pero desde el punto de vista del defecto, en cambio, sí existiría una diferencia: la cláusula de la injusticia no es sólo inmoral, sino en cierto modo también disparatada. E. BULYGIN ha sostenido que la cláusula de la injusticia constituye sólo un error político, pues sería *políticamente poco conveniente*¹¹. Y seguramente lo es, aunque tampoco eso explica por completo el defecto. Muchas cosas en una constitución pueden ser inconvenientes en términos políticos y, en este sentido, técnicamente defectuosas, pero no provocan un efecto tan peculiar como nuestro artículo primero¹². Ni el defecto convencional ni el moral ni el técnico explican el carácter absurdo de la cláusula de la injusticia. Ese carácter, como muy a menudo sucede con lo absurdo, resulta aquí de una contradicción. Tal contradicción surge porque con el acto de promulgar la constitución se plantea una pretensión de corrección, que en este caso es esencialmente una pretensión de justicia¹³. Como hemos visto, las pretensiones incluyen afirmaciones. Y la que está incluida en la pretensión de justicia planteada aquí es la afirmación de que la república es justa. La contradicción consiste, por tanto, en que con el acto de promulgar

¹¹ BULYGIN, E. "ALEXY y el argumento de la corrección", GAIDÓ, P. (trad.), en ALEXY, R., y BULYGIN, E. *La pretensión de corrección del Derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre Derecho y moral*. Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 50.

¹² Cfr. ALEXY, R. *El concepto y la validez del Derecho. op. cit.*, p. 42.

¹³ La justicia no es sino un caso especial de corrección, a saber: corrección en relación con la distribución y la compensación; cfr. ALEXY, R. "Justicia como corrección", HAQUÍN, A. I. (trad.), en *Doxa*. N.º 26, 2003, p. 163.

la constitución se efectúa implícitamente una afirmación que contradice el contenido explícito del acto constituyente, la cláusula de la injusticia¹⁴.

En el segundo ejemplo se trata de un juez que pronuncia el siguiente fallo:

2. Se condena al acusado, en virtud de una interpretación errónea (falsch) del Derecho vigente, a cadena perpetua.

Esta frase suscita una serie de cuestiones que no se abordarán en este trabajo¹⁵. Lo único importante, en el presente contexto, es que reconocer un defecto convencional, moral o técnico, al igual que una vulneración del Derecho positivo¹⁶, no basta tampoco aquí para aprender el peculiar carácter de la deficiencia. La absurdidad de la frase, también en este caso, se explica solamente por una contradicción. Con un fallo judicial se efectúa siempre la pretensión de que el Derecho es aplicado correctamente, por poco

¹⁴ Sobre este punto, con mayor detalle, ALEXY, R. "Sobre la tesis de una conexión necesaria entre Derecho y moral: la crítica de Bulygin", GAIDÓ, P. (trad.), en ALEXY, R. y BULYGIN, E. *La pretensión de corrección del Derecho. La polémica ALEXY/BULYGIN sobre la relación entre Derecho y moral*. Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 100 y ss.

¹⁵ Cfr., al respecto, por una parte, NEUMANN, U. *Juristische Argumentationslehre*. Darmstadt, Wiss. Buch- gesellschaft, 1986, pp. 87-89; BULYGIN, E. "ALEXY y el argumento de la corrección", *op. cit.*, pp. 49-50; y, por la otra, ALEXY, R. "La crítica de BULYGIN al argumento de la corrección", GAIDÓ, P. (trad.), en ALEXY, R., y BULYGIN, E. *La pretensión de corrección del Derecho. La polémica ALEXY/BULYGIN sobre la relación entre Derecho y moral*. Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 78-83.

¹⁶ ALEXY, R. *El concepto y la validez del Derecho. op. cit.*, p. 44.

satisfecha que resulte. Esta pretensión de corrección, efectuada al ejecutarse el acto institucional de condena, contradice la calificación de erróneo que el fallo hace de sí mismo. Que se efectúe una pretensión de corrección significa, entre otras cosas, que se afirma implícitamente que el fallo es correcto. Esta afirmación implícita contradice la afirmación explícita y pública, unida al fallo, de que éste es erróneo. Esta contradicción entre lo implícito y lo explícito explica el absurdo.

Cabría objetar que todo esto aún no muestra la necesidad de la pretensión de corrección, ya que en los dos casos el absurdo sería evitable. Tan sólo habría que modificar radicalmente la praxis y la concepción del Derecho vigentes hasta ahora. Una vez que todos interpretasen las constituciones exclusivamente como una expresión de poder, voluntad y fuerza, y las sentencias judiciales como una mezcla de órdenes, decisiones y emociones, o sea, si ambas cosas se entendieran como naturales, desaparecería de nuestros ejemplos la pretensión de corrección y, con ella, desaparecería a un tiempo la contradicción y, por ende, el absurdo. La pretensión de corrección quedaría sustituida por algo así como una pretensión de poder. Esta posibilidad de sustituir el Derecho por el mero poder muestra en qué sentido es necesaria la pretensión de corrección. Y es necesaria con relación a una práctica definida esencialmente por la distinción entre lo correcto y lo erróneo o incorrecto (*falsch*), es decir, por la normatividad. Esta práctica es, por cierto, una práctica de índole especial. Podríamos desde luego intentar prescindir -sea totalmente o sólo en el ámbito de la coordinación y la cooperación sociales- de las categorías de corrección, justificabilidad y objetividad¹⁷. Pero

¹⁷ RAZ ha sostenido que el argumento de la corrección no es más que una *tesis general sobre las acciones intencionales y sus productos*, de modo

si lográsemos hacerlo, nuestro lenguaje y nuestros actos (*Reden und Handeln*) serían algo sustancialmente distinto de lo que ahora son. El precio a pagar por ello sería alto: en algún sentido, consistiría en nosotros mismos. Por tanto, la fundamentación de la necesidad de la pretensión de corrección, si quiere ser algo más que la explicación de una práctica presente en la realidad, conduce a una dimensión existencial¹⁸.

El contenido de la pretensión

Con la tesis de que el Derecho plantea una pretensión de corrección todavía no se dice nada sobre el contenido de esa pretensión. Este depende del contexto institucional. Y así, para una asamblea constituyente se aplicarán criterios distintos de los aplicables a las sentencias judiciales. Pero hay dos rasgos que caracterizan la pretensión de corrección del Derecho en todos los contextos: la primera es que incluye siempre una pretensión

que valdría también para las acciones de los bandidos. Ahí tomaría la forma de una pretensión de que aquello que hacen los bandidos es idóneo o *apropiado* (*appropriate*) en relación con sus objetivos, lo cual podría significar, por ejemplo, que la acción resulta lucrativa o *autoenriquecedora* (*self-enriching*); RAZ, J. "The Argument from Injustice, or How Not to Reply to Legal Positivism", en PAVLAKOS, G. (ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford, Hart, 2007, p. 27. A ello hay que responder que la pretensión de corrección, según se ha expuesto, incluye una aseveración de justificabilidad que se hace frente a todos, así como una expectativa de aceptación. El objetivo de enriquecerse uno mismo, mediante el robo, no es compatible con esto. La pretensión de idoneidad a la que alude RAZ carece, pues, de la dimensión de objetividad, contenida en la pretensión de corrección. Cfr. ALEXY, R. "An Answer to JOSEPH RAZ", en PAVLAKOS, G. (ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford, Hart, 2007, p. 49.

¹⁸ Cfr., al respecto, ALEXY, R. "Menschenrechte ohne Metaphysik?", *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*. N.º 52, 2004, p. 21.

de justificabilidad; y la segunda es que, como se expondrá luego, siempre se refiere -por lo menos también- a la corrección moral. De esta manera, al dictar un fallo o sentencia judicial no sólo se afirma que se ha seguido el Derecho promulgado y eficaz, sino también que tanto este Derecho como su interpretación son moralmente correctos.

La teoría del discurso

Cabría objetar que la pretensión de corrección, por cuanto se refiere a la moral, es tan sólo expresión de una ilusión. Los juicios sobre lo que está moralmente ordenado, prohibido o permitido, sobre lo que es bueno y malo y justo e injusto, serían subjetivos, relativos y fruto de meras decisiones. Las cuestiones prácticas, dejando al margen las que atañen a la maximización de la utilidad, serían racionalmente indecidibles. A esta objeción del irracionalismo hago frente con la teoría del discurso.

Las ideas fundamentales de la teoría del discurso

La teoría del discurso es una teoría procedimental de la corrección o verdad práctica¹⁹. La tesis principal de todas las teorías procedimentales de la corrección es que la corrección de una proposición normativa depende de que la proposición sea o pueda ser el resultado de un determinado procedimiento. Es una propiedad esencial de la teoría del discurso que este procedimiento no sea un procedimiento de decisión o negociación, sino un procedimiento de argumentación.

¹⁹ ALEXY, R. "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica", DE SANTIAGO, C. (trad.), en GARZÓN VALDÉS, E. (ed.). *Derecho y filosofía*. Barcelona-Caracas, Alfa, 1985, p. 43 y ss.

El procedimiento del discurso puede definirse mediante un sistema de reglas discursivas que expresan las condiciones de la argumentación práctica racional²⁰. Una parte de esas reglas formula exigencias generales de racionalidad, válidas también con independencia de la teoría del discurso. Entre ellas figuran la no contradicción, la universalidad -en el sentido de un uso consistente de los predicados utilizados-, la claridad lingüística y conceptual, la verdad empírica, la consideración de las consecuencias, la ponderación, el intercambio de roles y el análisis del origen de las convicciones morales. Todas estas reglas son válidas asimismo para los monólogos. Ya esto deja claro que la teoría del discurso en ningún caso reemplaza la justificación o fundamentación por la mera creación de consensos, como se ha objetado en su contra²¹. Esta teoría incluye la totalidad de las reglas de argumentación racional que son aplicables a fundamentaciones monológicas. Su particularidad estriba exclusivamente en que a este plano le añade otro: el de las reglas referidas al procedimiento del discurso, las cuales tienen un carácter no monológico. Su objetivo es la imparcialidad del discurso. Y este objetivo se alcanza asegurando la libertad y la igualdad de la argumentación.

²⁰ Para un intento de formular dicho sistema con ayuda de veintiocho reglas del discurso, cfr. ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, ATIENZA, M. y ESPEJO, I. (trads.), 2.^a ed. Madrid, CEPC, 2007, pp. 185-201.

²¹ Cfr. WEINBERGER, O. "Grundlagenprobleme des Institutionalistischen Rechtspositivismus und der Gerechtigkeitstheorie", en KOLLER, P., KRAWIETZ, W., y STRASSER, P. (eds.). *Institution und Recht (Rechtstheorie, Beiheft 14)*. Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 258-259.

Entre estas reglas, las más importantes rezan:

- (1) Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.
- (2)
 - a) Todos pueden problematizar cualquier aserción.
 - b) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.
 - c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.
- (3) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en (1) y (2) mediante coerción interna o externa al discurso²².

Estas reglas expresan las ideas de libertad e igualdad en el plano de la argumentación. Y si ellas valen, es decir, si todos pueden decidir libremente y en igualdad aquello que aceptan, vale entonces necesariamente la siguiente condición de aprobación o acuerdo universal:

Una norma sólo puede encontrar aprobación universal en un discurso si las consecuencias de su observancia general respecto a la satisfacción de los intereses de cada uno de los individuos pueden ser aceptadas por todos.

Constituye una asunción central de la teoría del discurso, en primer lugar, que la aprobación en el discurso puede depender de los argumentos y, en segundo lugar, que existe una relación necesaria entre la aprobación universal bajo condiciones ideales y los conceptos de corrección y, por tanto, de validez moral. Esta conexión puede formularse como sigue:

²² ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica. op. cit.*, p. 189.

Únicamente son correctas y, por tanto, válidas las normas que en un discurso ideal todos juzgarían correctas.

Los límites de la teoría del discurso

La teoría del discurso conduce a numerosos problemas. Tres de ellos resultan de especial importancia. El primero, que afecta a la teoría del discurso como teoría de la corrección práctica, puede denominarse problema del estatus. El problema del estatus se refiere a la cuestión de si efectivamente existe, como sostiene la teoría del discurso, una relación necesaria entre los discursos y la corrección práctica²³. El segundo problema reside en la fundamentación de las reglas del discurso. El problema de la fundamentación se puede resolver si se logra mostrar, por una parte, que quienes participan en la práctica de afirmar, preguntar y argumentar presuponen necesariamente esas reglas; y, por la otra, que la participación en esa práctica es, en algún sentido, necesaria para cualquier persona. He procurado exponer que tanto lo uno como lo otro es cierto²⁴. Aquí será el tercer problema el que ocupe el primer plano. Es el problema de la aplicación de la teoría del discurso.

Desde el punto de vista de la aplicabilidad, la principal debilidad de la teoría del discurso estriba en que su sistema de reglas no

²³ Sobre este punto, cfr. ALEXY, R. "Problemas de la teoría discurso", en *Actas del Congreso Internacional Extraordinario de Filosofía*. vol. I. Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1988, pp. 66-70; así como ALEXY, R. "Thirteen Replies", *op. cit.*, pp. 347-348.

²⁴ ALEXY, R. "Teoría del discurso y derechos humanos", VILLAR BORDA, L. (trad.), en ALEXY, R. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 73-95.

ofrece un procedimiento que permita llegar a un único resultado en un número finito de operaciones. Esto obedece a tres razones. En primer lugar, las reglas del discurso no contienen estipulaciones sobre los puntos de partida del procedimiento. Los puntos de partida son las convicciones normativas e interpretaciones de intereses de los participantes que existan en cada caso. En segundo lugar, las reglas del discurso no fijan todos los pasos de la argumentación. Y en tercer lugar, hay una serie de reglas del discurso que tiene carácter ideal y, por consiguiente, sólo son susceptibles de cumplimiento aproximado.

Esto último nos trae a la distinción, fundamental para la teoría del discurso, entre discursos ideales y reales. El discurso práctico ideal en todos los aspectos se define por ser un discurso en el cual, bajo condiciones de tiempo ilimitado, participación ilimitada y total ausencia de coerción, se busca la respuesta a una cuestión práctica sobre la base de una completa claridad lingüístico-conceptual, una información empírica perfecta, una completa capacidad y disposición para el intercambio de roles, y una total ausencia de prejuicios. El concepto de discurso ideal plantea diversos problemas²⁵, y es objeto de duras críticas²⁶.

Ninguna persona ha participado nunca en un discurso ideal en todos los aspectos, y ningún mortal lo hará jamás. Por eso, sobre los resultados de discursos ideales nunca podrá haber certeza, sino tan sólo suposiciones. Además, ni siquiera es seguro que el discurso ideal en todos los aspectos condujese en cada cuestión

²⁵ ALEXY, R. "Problemas de la teoría discurso", *op. cit.*, pp. 50-57.

²⁶ WEINBERGER, O. "Grundlagenprobleme des Institutionalistischen Rechtspositivismus und der Gerechtigkeits-theorie", *op. cit.*, pp. 259-262.

práctica a un consenso, o que las personas no tengan diferencias que sean resistentes al discurso y excluyan los consensos incluso bajo las condiciones más ideales.

Todo eso, sin embargo, no es capaz de desvirtuar el concepto de discurso ideal. La noción del discurso ideal es una idea regulativa siempre presente en los discursos reales²⁷; en cuanto idea regulativa, expresa su meta u objetivo. Lo que define los discursos prácticos reales es que en ellos se busca la respuesta a una cuestión práctica bajo condiciones de tiempo limitado, participación limitada y limitada ausencia de coerción; y con una claridad lingüístico-conceptual limitada, una información empírica limitada, una limitada capacidad para el intercambio de roles y una ausencia limitada de prejuicios. Aun a pesar de estas limitaciones, el discurso real se encuentra necesariamente vinculado al ideal. Quien intenta convencer a un oponente con argumentos presupone que este tendría que convenir con él bajo condiciones ideales. El discurso ideal, como idea regulativa, y la pretensión de corrección son, de este modo, dos caras de una misma cosa.

Contra ello se podría objetar que el discurso ideal es inútil como idea regulativa. Lo sería si aproximarse a él fuese o imposible o irrelevante para la corrección. Que la aproximación de los discursos reales a los ideales es posible resulta fácil de advertir. Y así, hay discursos limitados y discursos abiertos, imprecisos y claros, autocomplacientes y críticos; y todo esto, y más, aparece en diferentes grados. La cuestión, por tanto, sólo puede ser si existe una vinculación intrínseca entre la aproximación a los discursos ideales y la corrección práctica. Hay buenas razones

²⁷ Sobre el concepto de idea regulativa, cfr. KANT, I. *Crítica de la razón pura*. A p. 509 y 644; B p. 537 y 672.

para sostener que tal es el caso. En los discursos prácticos no se trata sólo de constatar intereses comunes, sino también, y primordialmente, de hallar una solución correcta a conflictos de intereses. En esencia, la solución correcta a los conflictos de intereses pasa por determinar correctamente los pesos relativos de los intereses que se encuentran en juego. Supongamos por ejemplo que la norma N_1 , que resuelve un conflicto de intereses, encuentra aprobación general tras un discurso del que fueron excluidos los oponentes no dispuestos a aceptarla, y en el cual prevaleció un grupo, la retórica emocional dominó el terreno, los hechos falsos fueron tratados como verdaderos hasta el final, y los ganadores miraron exclusivamente por sus propios intereses y nada quisieron oír de los intereses de los demás. Compárese este escenario con la solución del mismo conflicto de intereses mediante la norma N_2 , que encuentra aprobación general tras un discurso del que nadie ha sido excluido y en el cual nadie prevaleció, donde se argumentó con claridad y precisión, donde se hicieron sólo apreciaciones exactas o probables sobre las circunstancias empíricas, y donde todos, en la medida de sus posibilidades, se pusieron en la situación de los demás y discutieron entre sí su interpretación de los intereses. No hay duda de que el segundo caso está más próximo al discurso ideal que el primero, y todo indica que N_2 , al menos *ceteris paribus*, se encuentra por ello más próxima a la corrección que N_1 . Esto es suficiente para lo que se trataba de mostrar aquí: la aproximación del discurso real al ideal no es irrelevante para la corrección.

La vinculación del discurso real con el ideal, no obstante, sólo es capaz de eliminar la indefinición del resultado de manera muy limitada. Hay algunas cosas que, cuando se logra una aproximación suficiente al discurso ideal -lo cual, generalmente, es posible en la práctica-, no entran en consideración como

resultado. Un ejemplo es la esclavitud. Esta se puede calificar como *discursivamente imposible*²⁸. Otras cosas pueden conceptuarse con bastante seguridad como resultados del discurso, por lo que cabe denominarlas *discursivamente necesarias*. Sirvan de ejemplo los derechos humanos y la democracia²⁹. Ahora bien, en numerosos casos, puede ocurrir que se sostengan posiciones inconciliables al final de un discurso, sin que ello vulnere las reglas discursivas. Por su compatibilidad con las reglas del discurso, esas posiciones en conflicto pueden calificarse como *discursivamente posibles*. El desacuerdo discursivamente posible es un desacuerdo razonable. Y aquí la teoría del discurso tropieza con un límite que ella misma no puede cruzar. Esto podemos llamarlo el *problema del conocimiento* (ERKENNTNIS).

Positividad

El problema del conocimiento obliga a abandonar el primer nivel, definido solamente por los ideales de la corrección y del discurso, y a pasar a un segundo nivel en el que los procedimientos regulados por el Derecho positivo garantizan la toma de decisiones, por ejemplo, mediante votaciones en el Parlamento. Este es el paso a la positividad definida por la legalidad.

El problema del conocimiento no es el único problema que nos conduce desde la teoría del discurso pura al Derecho positivo. A él se suman otros dos: el problema de la imposición o ejecución y el de la organización. El problema de la ejecución surge porque la mera conciencia de la corrección de una norma no garantiza su

²⁸ ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*. *op. cit.*, pp. 201-202.

²⁹ Cfr. ALEXY, R. "Teoría del discurso y derechos humanos", *op. cit.*, pp. 104 y ss., pp. 134 y ss.

observancia. Y si algunos pueden vulnerar una norma sin correr ningún riesgo, ya no se puede exigir a nadie más que la cumpla.

Esto hace necesaria la conexión entre el Derecho y la coerción, por cuanto ésta es un elemento decisivo de la eficacia social³⁰.

Por último, el problema de la organización resulta del hecho de que numerosas exigencias morales y objetivos deseables no se pueden cumplir o alcanzar suficientemente tan sólo mediante acciones individuales y cooperación espontánea. La seguridad social es un ejemplo: su organización presupone Derecho. Y esto vale también para la administración del Derecho mismo: el Derecho tiene que organizarse a través del Derecho. Así pues, la tesis de la doble naturaleza conduce primero hasta la idealidad, en forma de corrección y discurso, y después hasta la facticidad, en forma de legalidad y eficacia.

Institucionalización de la razón

Se podría pensar que con el tránsito desde el discurso a la facticidad de la legalidad y la eficacia se da a la vez el paso hacia el positivismo jurídico³¹. Pero eso sería malentender la tesis de la doble naturaleza. Según la tesis de la doble naturaleza, el Derecho tiene necesariamente tanto una dimensión fáctica o real como una dimensión ideal o crítica. La necesidad de esta vinculación deriva de dos principios

³⁰ ALEXY, R. "On the Concept and the Nature of Law", *op. cit.*, pp. 292-293.

³¹ Así, BRAUN, C. "Diskurstheoretische Normenbegründung in der Rechtswissenschaft", in *Rechtstheorie*. N.º 19, 1988, pp. 259-260.

contrapuestos: el de seguridad jurídica y el de justicia. Como la pretensión de corrección incluye los dos principios³², ambos están necesariamente conectados al Derecho. El principio de seguridad jurídica reclama sujetarse a aquello que ha sido establecido conforme al ordenamiento y es eficaz socialmente; el de justicia exige la corrección moral de la decisión. Ninguno de los dos principios puede jamás desplazar por completo al otro. La tesis de la doble naturaleza exige combinar ambos en la proporción correcta. La corrección cobra, en esa proporción, un sentido que comprende facticidad e idealidad. También podría hablarse aquí de una *corrección de segundo nivel*. Generar esta corrección de segundo nivel es tarea del tercer paso, en el que se aborda la institucionalización de la razón.

El límite último

La institucionalización de la razón es una empresa compleja. En ella pueden distinguirse cuatro aspectos. El primero lo constituye un límite extremo o último del Derecho. Aquí se trata de refutar la célebre frase de H. KELSEN: *por tanto, cualquier contenido puede ser Derecho*³³. Lo que a su juicio puede llegar a ser Derecho lo ilustra KELSEN con este comentario: *con arreglo al Derecho de los Estados totalitarios, el gobierno está facultado para confinar a las personas de convicciones, religión o raza indeseadas en campos de concentración, para obligarlas a realizar cualquier tipo de trabajo, y hasta*

³² ALEXY, R. "On the Concept and the Nature of Law", *op. cit.*, p. 293.

³³ Donde la frase se traduce: "de ahí que cualquier contenido que sea, pueda ser Derecho (N. del T.). KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*. VERNENGO, R. J. (trad.). Ciudad de México, Porrúa, 1998, p. 205.

*para matarlas*³⁴. A esto hay que contraponer la fórmula de RADBRUCH³⁵, que en su versión abreviada puede expresarse así³⁶:

La injusticia extrema no es Derecho

Lo que tiene de particular esta fórmula es que conecta Derecho y moral sin exigir una coincidencia plena entre ambos. Deja que el Derecho positivo sea válido aun cuando sea injusto³⁷. Tan sólo si se traspasa el umbral de la extrema injusticia pierden las normas establecidas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces su carácter jurídico o su validez jurídica.

La pretensión de corrección, ciertamente, constituye un importante apoyo para la fórmula de RADBRUCH, aunque, por sí sola, no basta para justificarla. Para ello son precisas razones adicionales. Entre estas razones, las normativas desempeñan un papel especial. Esto ya ha sido expuesto con detalle en otro lugar³⁸, por lo que aquí se abordará solamente la cuestión fundamental de si las razones normativas, como los recién mencionados principios de seguridad

³⁴ *Ibid.* p. 54.

³⁵ RADBRUCH, G. "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en RADBRUCH, G. *Gesamtausgabe*. vol. III. Heidelberg, Müller, 1990, p. 89. *Ídem.* "Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes", RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M. (trad.), en RADBRUCH, G., et al. *Derecho injusto y Derecho nulo*. Madrid, Aguilar, 1971, pp. 13-14.

³⁶ Cfr. ALEXY, R. "Una defensa de la fórmula de RADBRUCH", SEOANE, J. A. (trad.), en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*. N.º 5, 2001, pp. 75 y ss.

³⁷ Atendiendo a esta fórmula cabe hablar, por lo tanto, de un *no-positivismo inclusivo*; cfr., al respecto, ALEXY, R. "On the Concept and the Nature of Law", *op. cit.*, pp. 286-290.

³⁸ ALEXY, R. *El concepto y la validez del Derecho*. *op. cit.*, pp. 34-67.

jurídica y justicia, pueden jugar algún papel en absoluto de cara a determinar el concepto y la naturaleza del Derecho.

J. RAZ ha sostenido que la cuestión de la naturaleza del Derecho es una cuestión teórica, y no práctica o normativa, y que la teoría exclusivamente ha de constatar *cómo son las cosas*³⁹. En cuanto a la cuestión de si la fórmula de RADBRUCH dice algo correcto sobre la naturaleza del Derecho o si -como lo expresa RAZ- existe una regla *que confiere a los tribunales el poder de invalidar (set aside) leyes extremadamente injustas*, estaríamos, pues, ante *una cuestión de hecho social (a matter of social fact)*⁴⁰.

Pero que en todos los sistemas jurídicos exista necesariamente un hecho social semejante es algo que yo tendría que haber demostrado⁴¹. A esto hay que responder que la fórmula de RADBRUCH no describe ningún hecho social. Es, antes bien, la contraparte de un hecho social: impone límites a la validez jurídica sustentada en los hechos sociales de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia real.

No obstante, queda la cuestión de si la fórmula puede hacer eso sobre la base de razones morales, es decir, normativas. A. MARMOR lo niega con singular énfasis:

una vez que admitimos que para llegar a la fórmula de RADBRUCH necesitamos un argumento normativo, quedamos en manos de un argumento moral que nos diga

³⁹ RAZ, J. "On The Nature of Law", in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*. N.º 82, 1996, p. 7.

⁴⁰ *Ídem*. "How Not to Reply to Legal Positivism", *op. cit.*, p. 31.

⁴¹ *Ibíd.*

*algo sobre el Derecho. La conclusión, entonces, ya no es sobre la naturaleza del Derecho. Así de simple*⁴².

Se puede rebatir que sea así de simple. No es tan simple porque junto a la perspectiva del observador está la perspectiva del participante⁴³, y porque la perspectiva del participante es necesaria para el Derecho y, por lo tanto, pertenece a su naturaleza. No existe Derecho sin participantes. La diferencia entre ambas perspectivas consiste en que el observador pregunta cómo se decide de hecho en un determinado sistema jurídico, mientras que el participante pregunta cuál es la respuesta correcta a una cuestión jurídica dentro de un determinado sistema jurídico. Para el observador, el Derecho se compone tan sólo de aquello que ha sido efectivamente promulgado y es socialmente eficaz⁴⁴. Esto, en verdad, es *una cuestión de hecho social*, como la llama RAZ.

En la perspectiva del participante, en cambio, la respuesta a la cuestión de qué tiene validez como Derecho y, en ese sentido, es el Derecho, depende de lo que se pueda afirmar correctamente que es Derecho. Y la corrección de una afirmación sobre lo que sea el Derecho no depende ya sólo de hechos sociales, sino también de argumentos morales. En este sentido, los argumentos morales forman parte de las condiciones de corrección de las

⁴² MARMOR, A. "Debate", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. N.º 39, 2005, p. 752.

⁴³ Cfr. ALEXY, R. *El concepto y la validez del Derecho*. op. cit., pp. 31-32.

⁴⁴ Esto no impide que las consideraciones del observador incluyan consideraciones acerca de cómo debe ser el Derecho, según la opinión de los participantes que él observa. Cabe hablar aquí de *consideraciones indirectas o en tercera persona* acerca de cómo debe ser el Derecho. Los participantes, por el contrario, efectúan consideraciones directas o en primera persona.

afirmaciones jurídicas⁴⁵. De tal suerte, lo que el Derecho debe ser penetra en lo que el Derecho es. El *es* del participante, por esta razón, es necesariamente un *es* que incluye un deber ser. Al igual que antes a propósito de la corrección, cabría asimismo hablar aquí de un *es* de segundo nivel.

Constitucionalismo democrático

El límite último de todo Derecho es una condición necesaria, aunque en ningún caso suficiente, para la institucionalización de la razón. Para lograrla no sólo hay que solventar la confrontación entre positividad y corrección en ese límite último o exterior, sino que también hay que establecer, en la medida en que sea posible, su vinculación en el interior. Y esto sólo es factible en la forma política del constitucionalismo democrático.

Derechos fundamentales

La teoría del discurso conduce al constitucionalismo democrático porque plantea dos exigencias cardinales respecto al contenido y a la estructura del sistema jurídico: derechos fundamentales y democracia. Los derechos fundamentales son derechos que han sido recogidos en una constitución con el propósito de positivizar los derechos humanos⁴⁶. Los derechos humanos son derechos morales de índole universal, fundamental *-en el sentido de que*

⁴⁵ DWORKIN, R., quien habla de *condiciones de verdad (truth conditions)*, en lugar de *condiciones de corrección*. Cfr. DWORKIN, R. *Justice in Robes*. Cambridge, Harvard University Publications, 2006, p. 2.

⁴⁶ ALEXY, R. "Los derechos fundamentales", BERNAL PULIDO, C. (trad.), en ALEXY, R. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 28.

son derechos que protegen necesidades e intereses fundamentales o básicos- (N. del T.), abstracta y prioritaria⁴⁷. Como intentos de positivización de los derechos morales, los derechos fundamentales expresan la doble naturaleza del Derecho de un modo particularmente significativo.

Por supuesto, los derechos humanos pueden imponer exigencias al sistema jurídico sólo si existen. Y existen si son válidos. Pues bien, la validez de los derechos humanos como derechos morales depende de su justificabilidad, y de nada más.

Hace algún tiempo intenté una fundamentación de los derechos humanos, en términos de teoría del discurso, cuyo punto de partida es un argumento trascendental⁴⁸. Este punto de partida se puede denominar también *explicativo*⁴⁹. El argumento explicativo consiste en un análisis de la praxis discursiva, que es la práctica de afirmar, preguntar y aducir razones. Esta práctica presupone necesariamente reglas que expresan las ideas de libertad y de igualdad de los participantes en el discurso⁵⁰. Desde luego, la libertad y la igualdad en el discurso aún no implican libertad e igualdad en el terreno de los actos. Para completar ese paso, hay que sumar a las capacidades discursivas un interés en utilizarlas efectivamente (*im Handeln*). Lo podemos denominar *interés en*

⁴⁷ ALEXY, R. "Menschenrechte ohne Metaphysik?", *op. cit.*, p. 16.

⁴⁸ *Ídem.* "Teoría del discurso y Derechos Humanos", *op. cit.*, pp. 73 y ss.

⁴⁹ Aquí, *explicativa* y *explicación* aluden a la fundamentación que hace explícito lo que está necesariamente implícito en una práctica (N. del T.). Cfr. *Ídem.* "Menschenrechte ohne Metaphysik?", *op. cit.*, pp. 19-20.

⁵⁰ Más detalladamente, véase a *ídem.* "Teoría del discurso y Derechos Humanos", *op. cit.*, pp. 76-91.

la corrección. Esta vinculación entre capacidad e interés implica reconocer al otro como autónomo⁵¹. Quien reconoce al otro como autónomo, lo reconoce como persona. Quien lo reconoce como persona, le atribuye dignidad. Quien le atribuye dignidad, reconoce sus derechos humanos. Y con ello hemos llegado al objetivo de la fundamentación.

Cabría objetar que esto no constituye en absoluto una fundamentación. Es cierto -se dirá- que la explicación de las presuposiciones necesarias de una práctica podría verse como una fundamentación si esta práctica hubiera de conceptuarse como necesaria. Tal sería el caso de la práctica de afirmar, de preguntar, y de dar y aceptar razones, al menos en la medida en que quien a lo largo de toda su vida no efectúa ninguna afirmación, no plantea ninguna pregunta y no aduce ningún argumento, no toma parte en lo que cabe llamar *la forma de vida humana más elemental*⁵². Pero el argumento para justificar los derechos humanos dejaría de ser una fundamentación tan pronto como entraran en juego los intereses.

Aunque acierta en algo, esa objeción ha de relativizarse. Como todo interés, el interés en la corrección se halla, en efecto, ligado a decisiones acerca de si se impone frente a intereses contrapuestos. Ahora bien, con esa cuestión nos encontramos ante la pregunta fundamental de si aceptamos nuestras posibilidades discursivas. Se trata de si nos queremos a nosotros mismos, en palabras de BRANDOM⁵³, como criaturas discursivas. Eso es una decisión

⁵¹ *Ibíd.* pp. 104-111.

⁵² *Ibíd.* p. 86.

⁵³ BRANDOM, R. *Articulating Reasons*. Cambridge, Harvard University Publications, 2000, p. 26.

acerca de lo que somos. Este paso de la fundamentación se puede denominar *existencial*. Y aquí puede hablarse de *fundamentación* porque no estamos ante ninguna clase de preferencias que uno se saque de la manga, sino ante la confirmación de algo que ya por la vía de la explicación se ha demostrado necesariamente como posibilidad⁵⁴.

Democracia

La segunda exigencia es la democracia. Hay nociones muy diversas de la democracia. El principio del discurso exige la democracia deliberativa. La democracia deliberativa es más que un procedimiento para establecer un equilibrio de intereses por debajo del umbral de la dictadura o la guerra civil. En ella, al plano de los intereses y del poder se superpone un plano de los argumentos, en el que todos los implicados discuten sobre la solución política correcta. La democracia deliberativa, por consiguiente, presupone la posibilidad de racionalidad discursiva. Si la racionalidad discursiva fuera imposible, la democracia deliberativa sería una ilusión.

Que la posibilidad de la democracia deliberativa dependa de la posibilidad de discursos prácticos racionales es solamente un lado del asunto. El otro es que sólo a través de la institucionalización de la democracia deliberativa puede realizarse la idea del discurso tanto como esta es realizable. Quien quiere corrección, tiene que querer discursos; y quien quiere discursos, tiene que querer democracia⁵⁵.

⁵⁴ Cfr. ALEXY, R. "Menschenrechte ohne Metaphysik?", *op. cit.*, p. 21.

⁵⁵ ALEXY, R. "Ley Fundamental y teoría del discurso", OLIVER-LALANA, D. (trad.), en CARDINAUX, N., CLÉRICO, L., y D'AURIA, A.

Jurisdicción constitucional

Si el proceso de formación de la voluntad política discurre como es debido, la mayoría parlamentaria respetará y concretará tanto los derechos fundamentales como las reglas de la democracia deliberativa. Ahora bien, ¿qué sucede si se aprueban leyes que vulneran los derechos fundamentales, o que son incompatibles con los principios de la democracia deliberativa? Se puede entonces confiar en el poder de auto-sanación de la democracia o instituir una jurisdicción constitucional. Es preferible lo segundo⁵⁶. Toda jurisdicción constitucional, desde luego, encierra el riesgo de un paternalismo incompatible con la idea de autodeterminación democrática⁵⁷. Pero el riesgo puede contrarrestarse si la jurisdicción constitucional se concibe como la representación argumentativa de los ciudadanos y si, en cuanto tal, tiene éxito⁵⁸. Esto deja claro que el constitucionalismo democrático sólo es posible como un constitucionalismo discursivo⁵⁹.

(eds.). *Las razones de la producción del Derecho*. Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, (UBA), 2006, p. 30.

⁵⁶ *Ídem*. "La institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado constitucional democrático", *op. cit.*, pp. 39-41; *ídem*. "La institucionalización de la razón", *op. cit.*, pp. 242-243.

⁵⁷ HABERMAS, J. *Facticidad y validez*. JIMÉNEZ REDONDO, M. (trad.). Madrid, Editorial Trotta, 1998, p. 339.

⁵⁸ ALEXY, R. "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", GONZÁLEZ DE LA VEGA, R. (trad.), en *Ídem*. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. Ciudad de México, Fontamara, 2005, pp. 99-103.

⁵⁹ *Ibíd.* p. 89.

Argumentación jurídica

Ningún legislador puede crear un sistema de normas tan perfecto que todos los casos se puedan resolver solamente en virtud de una simple subsunción de la descripción del estado de cosas bajo el supuesto de hecho de una regla. Hay varias razones para ello. De singular importancia resultan la vaguedad del lenguaje del Derecho, la posibilidad de antinomias, la falta de normas en las que pueda fundarse la decisión, y la posibilidad de decidir incluso, en casos especiales, contra el tenor literal de una norma⁶⁰. En ese sentido existe una necesaria apertura del Derecho⁶¹. Y esto vale también, por lo menos en igual medida, para un sistema de precedentes.

En el ámbito de apertura del Derecho positivo, por definición, no se puede decidir sobre la base del Derecho positivo, pues si fuera posible hacerlo ya no estaríamos en el ámbito de apertura. Por eso, positivistas como KELSEN y HART tan sólo son consecuentes cuando dicen que en el ámbito de apertura el juez está facultado para decidir, a semejanza del legislador, a partir de criterios extrajurídicos⁶². La pretensión de corrección conduce, por el contrario, a una interpretación no positivista. En el centro de esta interpretación no positivista se encuentra la tesis del caso especial.

⁶⁰ Cfr. ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica. op. cit.*, pp. 23-24.

⁶¹ Cfr. HART, H. L. A. *El concepto de Derecho*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1980, pp. 159-160.

⁶² KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho. op. cit.*, p. 353; HART, H. L. A. *El concepto de Derecho. op. cit.*, pp. 157- 158, 168 y pp. 252-253.

La tesis del caso especial afirma que el discurso jurídico es un caso particular de discurso práctico general⁶³. Al igual que en la argumentación práctica general, en la argumentación jurídica se trata siempre, en definitiva, de lo que está ordenado, prohibido y permitido, es decir, de cuestiones prácticas. Tanto en el discurso práctico general como en el discurso jurídico se efectúa una pretensión de corrección. La particularidad consiste en que, a diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, en el discurso jurídico la pretensión de corrección no se refiere a qué es correcto con independencia del Derecho positivamente válido en cada caso, sino a qué es correcto dentro del marco de un sistema jurídico determinado. Lo que sea correcto en un sistema jurídico depende, en esencia, de lo que haya sido establecido autoritativa o institucionalmente y encaje en el sistema. Si se quiere expresar esto con una fórmula abreviada, puede decirse que la argumentación jurídica está sujeta a la ley y al precedente, y tiene que atender al sistema de Derecho elaborado por la dogmática jurídica⁶⁴. Si la ley, el precedente o la dogmática establecen claramente la decisión, y no existen reparos serios en el aspecto de la corrección material, el caso se decidirá sólo mediante lo autoritativo e institucional. Pero cuando la ley, el precedente y la dogmática no fijan la respuesta a una cuestión jurídica, lo cual define los casos difíciles, son precisas valoraciones adicionales que no se pueden extraer sólo del material autoritativo preestablecido. Si se ha de satisfacer la pretensión de corrección, estas premisas adicionales tienen que justificarse. Y esto, si lo autoritativo o institucional por sí solo no

⁶³ ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica. op. cit.*, pp. 206-213.

⁶⁴ Estas sujeciones se expresan con las reglas y formas específicas del discurso jurídico; cfr. *ídem. Teoría de la argumentación jurídica. op. cit.*, pp. 213 y ss., pp. 285-287.

ofrece ninguna respuesta, únicamente es posible por medio de la argumentación práctica general.

HABERMAS ha objetado, en contra de la tesis del caso especial, que el discurso jurídico no puede concebirse como un caso especial del discurso moral: *los discursos jurídicos (...) no constituyen casos especiales de argumentaciones morales*⁶⁵. La razón sería que en el Derecho, junto a los argumentos morales, también han de jugar algún papel los argumentos éticos y pragmáticos⁶⁶. HABERMAS denomina *morales* a los argumentos que tratan de la justicia⁶⁷. Las cuestiones éticas, en este caso ético-políticas, tendrían por objeto, en cambio, *la autocomprensión colectiva*⁶⁸, lo cual incluiría las discusiones acerca de las tradiciones y valores comunes⁶⁹. En cuanto a los argumentos pragmáticos, por último, se trataría de lograr un equilibrio entre intereses rivales por medio de la *negociación de compromisos*⁷⁰. Sin duda, a la luz de estas distinciones, HABERMAS tiene razón con su tesis de que el discurso jurídico no es un caso especial del discurso moral, puesto que el discurso jurídico no sólo está abierto a los argumentos morales, sino también a los éticos y a los pragmáticos. Pero eso no afecta a la tesis del caso especial. Esta no dice que el discurso jurídico sea un caso especial del discurso moral, sino que constituye un caso especial del discurso práctico general. El discurso práctico general es un discurso en el que las cuestiones prácticas se responden con razones no autoritativas,

⁶⁵ HABERMAS, J. *Facticidad y validez. op. cit.*, p. 306.

⁶⁶ *Ibíd.* pp. 302-303.

⁶⁷ *Ibíd.* pp. 221 y ss.

⁶⁸ *Ibíd.* p. 173.

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ *Ibíd.*

las cuales comprenden tanto las razones morales como las éticas y pragmáticas. El discurso práctico general es, pues, un discurso donde se combinan las razones morales, éticas y pragmáticas. Esta combinación forma un vínculo sistemáticamente necesario en el que se manifiesta la unidad substancial de la razón práctica⁷¹. La pretensión de corrección se refiere aquí a las tres dimensiones, si bien la prioridad corresponde a las razones morales⁷². La tesis del caso especial expresa una conexión necesaria entre el Derecho y la moral por cuanto afirma que en el discurso jurídico se encuentra necesariamente incluido el discurso práctico general y, en este, el discurso moral.

La teoría de los principios

El sistema del constitucionalismo democrático quedaría incompleto sin la teoría de los principios. La base de la teoría de los principios es la distinción que la teoría de las normas establece entre reglas y principios⁷³. Los principios son mandatos de optimización. Exigen que algo se realice en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Su forma de aplicación es la ponderación. En cambio, las reglas son normas que ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente. En este sentido son mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción.

⁷¹ ALEXY, R. "La tesis del caso especial", LIFANTE, I. (trad.), en *Isegoría*. N.º 21, 1999, p. 29.

⁷² *Ídem*. "Thirteen Replies", *op. cit.*, p. 355.

⁷³ Cfr. *ídem*. *Teoría de los derechos fundamentales*. BERNAL PULIDO, C. (trad.). 2.ª ed. Madrid, CEPC, 2007, pp. 67-68.

La teoría de los principios es el sistema construido a partir de las implicaciones de esa distinción. Estas implicaciones afectan a todos los ámbitos del Derecho. Como hemos visto, afectan incluso al concepto de Derecho: el equilibrio correcto entre los principios de seguridad jurídica y justicia exige allí que la extrema injusticia no pueda ser Derecho, si bien, por debajo del umbral de la injusticia extrema, la injusticia no elimina el carácter jurídico o la validez jurídica. La teoría de los principios desempeña su papel principal en el campo de los derechos fundamentales. La razón más importante para ello es la relación de mutua implicación entre el carácter de principio y el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, se sigue lógicamente de la definición de los principios, y ésta de aquél⁷⁴. Esto significa que si los derechos fundamentales tienen carácter de principios, entonces se aplica (*gilt*) el principio de proporcionalidad; y que si se aplica el principio de proporcionalidad, entonces los derechos fundamentales tienen carácter de principios.

Los subprincipios de idoneidad y necesidad exigen una optimización relativa a las posibilidades fácticas. Ahí no se trata de efectuar una ponderación, sino de evitar aquellas injerencias en los derechos fundamentales que son evitables sin detrimento de otros principios, es decir, se trata de la *optimalidad de Pareto*⁷⁵. En cambio, en el caso del principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*) en sentido estricto -que también cabe denominar, sin más, *principio de proporcionalidad*

⁷⁴ ALEXY, R. *op. cit.*, pp. 91-95.

⁷⁵ *Ibíd.* p. 141.

(*Proportionalität*)-, se trata de una optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas, además de por reglas, quedan determinadas esencialmente por principios opuestos. Este es el terreno de la ponderación, pues la ponderación no consiste en nada más que en la optimización de principios opuestos. De ahí que esta teoría de los principios sea, ante todo, una teoría de la ponderación.

En la Teoría de los derechos fundamentales he intentado capturar o reflejar la estructura de la ponderación con ayuda de dos leyes: la Ley de colisión y la Ley de ponderación. Aquí sólo ha de interesar la Ley de ponderación⁷⁶. Reza como sigue:

*Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*⁷⁷.

La Ley de ponderación expresa el núcleo de una estructura que es posible reflejar completa y exactamente con ayuda de una fórmula que he denominado *fórmula del peso*⁷⁸:

$$G_{ij} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

G_{ij} representa el peso concreto de un principio P_i en relación con el principio en colisión P_j . Si G_{ij} es mayor que 1, prevalece

⁷⁶ Acerca de la Ley de Colisión, cfr. *ibíd.* pp. 75-76.

⁷⁷ *Ibíd.* p. 138.

⁷⁸ *Ídem.* "La fórmula del peso", BERNAL PULIDO, C. (trad.), en *ídem.* *Teoría de la argumentación jurídica. op. cit.*, p. 371.

P_i ; si $G_{i,j}$ es menor que 1, prevalece P_j . Si $G_{i,j}$ adopta el valor 1, existe un empate o situación de igualdad, para cuya solución son precisas consideraciones adicionales. La fórmula del peso define $G_{i,j}$ como el cociente del producto de tres factores referidos a cada uno de los principios. En el lado de P_i son la intensidad de la injerencia en P_i (I_i), el peso abstracto de P_i (G_i) y la seguridad de las apreciaciones o asunciones empíricas acerca de lo que la ejecución de la medida evaluada significa para la no realización de P_i (S_i). Los factores correlativos, en el lado de P_j , son la intensidad de la injerencia en P_j que resultaría de la no injerencia en P_i (I_j), el peso abstracto de P_j (G_j) y la seguridad de las apreciaciones empíricas acerca de lo que la omisión de la medida evaluada significaría para la realización de P_j (S_j).

Estos seis factores pueden valorarse con ayuda de escalas como *leve* (l), *medio* (m) y *grave* (s); desde luego, sería posible afinar esta escala, aunque debido a la naturaleza del Derecho constitucional en seguida toparíamos con límites⁷⁹. Para calcular el valor de $G_{i,j}$ hemos de asignar cifras a l, m y s. Para ello se puede emplear la secuencia geométrica $2^0, 2^1, 2^2$, esto es, 1, 2, 4⁸⁰.

Uno podría pensar que así se reemplaza la argumentación por el cálculo, y que eso no es posible en el Derecho. Pero a esto hay que responder que los números o cifras no sustituyen a los juicios o a las proposiciones, sino que únicamente los representan. P_i representa el Derecho fundamental a la libertad de expresión. Si se asigna el valor 1 a I_i , entonces 1 representa el juicio *la injerencia en la libertad de expresión es leve*. Este juicio, como

⁷⁹ ALEXY, R. "On Balancing and Subsumption", en *Ratio Juris*. N.º 16, 2003, p. 445.

⁸⁰ *Ídem*. "La fórmula del peso", *op. cit.*, p. 365.

todos los juicios, precisa de una fundamentación por medio de argumentos. Ocurre aquí lo mismo que con las premisas de la fórmula de la subsunción⁸¹. Esto deja claro que la fórmula del peso no es sino una forma de argumento⁸² del discurso práctico. En cuanto forma de argumento, la fórmula del peso no es un rival del discurso práctico racional, sino uno de sus elementos⁸³.

Así pues, la teoría de los principios conecta la teoría de los derechos fundamentales y la teoría de la argumentación en una unidad necesaria. Si a eso añadimos que resulta posible construir sobre esta base una teoría de los márgenes de acción del legislador que permita una delimitación razonable de las competencias del tribunal constitucional respecto de las del Parlamento⁸⁴, entonces quedan reunidos los elementos principales del sistema del constitucionalismo democrático. Si lo ideal puede conciliarse con lo real, es en este intento de institucionalizar la razón.

(Traducción de A. Daniel Oliver-Lalana)

⁸¹ ALEXY, R. "On Balancing and Subsumption", *op. cit.*, p. 448.

⁸² Cfr. *idem*. *Teoría de la argumentación jurídica*. *op. cit.*, pp. 102-103.

⁸³ Indicios de la fórmula se encuentran ya en el canon de reglas del autor. Cfr. *Ibid.* p. 196, (4.5, 4.6).

⁸⁴ *Ídem*. "Derecho constitucional y Derecho ordinario. Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria", BERNAL PULIDO, C. (trad.), en *Ídem*. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 57-87.

LA VALIDEZ DE LA PRUEBA INDICIARIA
EN EL PROCESO PENAL

LA VALIDEZ DE LA PRUEBA INDICIARIA EN EL PROCESO PENAL¹

ESTEFANY ALVEAR TOBAR²

ABOGADA EN LIBRE EJERCICIO PROFESIONAL EN ECUADOR

RESUMEN:

Con el paso del tiempo, el derecho procesal ha evolucionado y en consecuencia han aparecido diferentes clases de prueba, entre ellas la prueba indiciaria, actualmente la posición doctrinaria mayoritaria acepta el uso de esta prueba, pues afirma que evita que delitos, que no cuenta con prueba directa, queden en la impunidad. La finalidad de esta prueba es el llegar a una conclusión con respecto a su validez en base a otra prueba, lo que abre una brecha con respecto al análisis del juzgador, pues al no existir pruebas directas, aparentemente no se tendría la certeza de lo que ha ocurrido.

PALABRAS CLAVE:

Prueba, prueba indirecta, indicios, principio de inocencia, carga de la prueba.

¹ Artículo recibido el 20 de enero de 2020 y aprobado el 20 de febrero de 2020.

² La autora es investigadora del Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas.
ORCID: 0000-0001-6902-8544

ABSTRACT:

Over time, Processual Law has evolved, in consequence it has appeared different classes of proof like the circumstantial evidence. Nowadays the majority doctrinal position accepts the use of it, because it says that it avoids that crimes that do not have direct proof remain unpunished. The purpose of this proof is to reach a conclusion about its validity in base of another proof, which open a gap in regard of the analysis of the judge because it does no exist direct evidence, so it is possible that the authority does not have certainty of the facts.

KEY WORDS:

Evidence, circumstantial evidence, indication, presumption of innocence, burden of proof

INTRODUCCIÓN

La esencia de la prueba indiciaria es el llegar a una conclusión con respecto a la validez de esta en base a otra prueba, lo que abre una brecha bastante grande con respecto al raciocinio y análisis del juzgador, dado que, al no existir pruebas directas, tales como testigos, aparentemente no se tendría la certeza de lo que ha ocurrido, y como tal, se podría sentenciar como culpable a una persona que no ha cometido el ilícito.

Pensando en lo anterior, gran parte de las legislaciones del mundo han regulado la forma de aplicación de la prueba indiciaria y han señalado los requisitos que debe cumplir la prueba indiciaria para que sea considerada válida dentro del proceso penal. En el presente trabajo se hará un análisis del régimen ecuatoriano y español, con el fin de establecer diferencias y determinar mejoras en uno u otro sistema.

Otro de los problemas que aparece con el uso de la prueba indiciaria es la posible violación al principio de inocencia y la inversión de la carga de la prueba. El principio de inocencia menciona que toda persona que ha sido sometida a un proceso debe ser tratada como inocente hasta que exista una sentencia condenatoria que determine lo contrario, esto trae como consecuencia el hecho de que el procesado no tiene que demostrar su inocencia, sin embargo, se puede llegar a pensar que en los casos de aplicación de la prueba indirecta, es el procesado quien debe destruir los indicios propuestos por la acusación, lo que significaría una violación a las garantías básicas del debido proceso y, en consecuencia, en su debido momento se podría declarar la nulidad del mismo.

LA PRUEBA

La prueba cumple una función importante en el proceso penal, pues sirve como medio idóneo para la reconstrucción conceptual y acreditación de un hecho que ha sucedido en el pasado y que le da contenido a la hipótesis acusatoria. Así, termina siendo ese instrumento sobre el cual debe apoyarse la comprobación de la reconstrucción conceptual de los hechos sometidos a un proceso penal³. En consecuencia, tiene la función de comprobar la producción de los hechos condicionales a los que el derecho consecuencias jurídicas, esto es determinar el valor de verdad de las proposiciones que describen la concurrencia de esos hechos condicionantes⁴.

Se conoce como prueba al conjunto de elementos que dan validez a una hipótesis, con los cuales se puede entender *el suceso en el cual son constatadas circunstancias fácticas conforme a la verdad (...)*⁵.

Es así que, la prueba permite comprobar los hechos de la imputación delictiva, a través del procedimiento, con la finalidad de llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada. Es una actividad esencial del proceso sobre

³ AROCENA, G., BALCARCE, F., y CESANO, J. D. *Prueba en materia penal*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2009, p. 3.

⁴ FERRER BELTRÁN, J. *La valoración racional de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 30.

⁵ GÖSSEL. "Sobre valoración probatoria, apreciación de la prueba y reglas de prueba", en DE FIGUEIREDO DIAS, et. al. *El penalista liberal*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, p. 96.

la cual se fundamenta la actividad decisoria del Juez penal a través de la sentencia, dentro del debate contradictorio que exige el proceso penal⁶.

Se puede entonces decir que lo que se prueba son las afirmaciones sobre los hechos, no solo los hechos, pues se habla de prueba únicamente con respecto a cosas que hayan sido afirmadas y cuya exactitud es necesaria comprobar. De ahí que, la función de la prueba no sea la de averiguar sino verificar, lo cual a su vez permite identificar los actos de prueba de los actos de investigación⁷.

Para realizar esta diferenciación, hay que separar al proceso penal en dos partes, la fase investigativa y la de juicio; en la primera se realizan todas las indagaciones necesarias para determinar si existen suficientes elementos como para emitir una acusación e iniciar un proceso penal, aquí se practican actos de investigación. Por otro lado, en el juicio, se practica la prueba y se le da validez a la misma, por lo que estos ya pueden ser considerados actos de prueba. En este sentido, los jueces emitirán su dictamen basándose en las pruebas, no en los actos de investigación⁸, lo que permite deducir que todo elemento de cargo o descargo que no sea practicado en juicio no podrá ser considerado por los jueces al momento de tomar su decisión.

⁶ GONZÁLEZ CANO, M. I. y ROMERO PRADAS, M. I. *La prueba en el proceso penal*. T. II. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 28.

⁷ PARDO IRANZO, V. "La valoración de la prueba penal", en *Revista Bolivariana de Derecho*. N.º 2, 2006, p. 75.

⁸ SANCHIS CRESPO, C. *La etapa preparatoria penal*. Santa Cruz de la Sierra, Editorial El País, 2006, p. 22.

En esta tarea de mostrar la verdad de las afirmaciones, pueden presentarse distintos medios de prueba, los más utilizados son el documental, testimonial y pericial; la primera se refiere a todos los documentos que han sido adjuntados al proceso y que pueden ser de utilidad tanto para la defensa, como para la parte acusatoria; el testimonio es la declaración dada por una persona, ante el juez, sobre sus percepciones de hechos en torno a los cuales gira el proceso; finalmente, la prueba pericial es un informe con respecto a circunstancias importantes para la investigación, realizado por personas con conocimientos especializados que el juez no posee⁹.

Al construir su versión de los hechos, el juez tiene que escoger los hechos extrayéndolos del conjunto de pruebas que tiene el proceso, ya sea por pedido de las partes o por iniciativa propia del juez. La decisión que tome el juzgador sobre los principales hechos del litigio se puede derivar tanto de pruebas directas como de pruebas de carácter presuntivo o indiciario¹⁰.

Prueba directa

La prueba directa es aquélla que permite al juez inferir la existencia de un hecho de manera inmediata y que no necesita mayor raciocinio¹¹, porque ésta versa directamente a la hipótesis. Entonces lo único que se deberá observar es que la prueba sea

⁹ ARMENTA DEU, T. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 165.

¹⁰ CRUZ TEJADA, H. *Nuevas tendencias de derecho probatorio*. Santa Fe de Bogotá, Universidad de los Andes, 2015, p. 104.

¹¹ JAUCHEN, E. *Tratado de la prueba en materia penal*. Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 13.

válida, de ahí la afirmación que el grado de confirmación de la hipótesis depende del grado de aceptabilidad de la prueba, la cual se determina mediante una serie de presupuestos e inferencias realizadas por el sujeto que utiliza la prueba, sobre las cuales establece el grado y credibilidad de la proposición que constituye el elemento¹².

La valoración del grado de aceptabilidad de un elemento de prueba es el resultado de inferencias fundadas en premisas constituidas por distintas circunstancias con respecto a la formación de la prueba. Muchas veces las inferencias se basan en criterios científicos, en otras ocasiones en máximas de experiencia sobre valoraciones, análisis comportamientos, interpretaciones de expresiones lingüísticas, etc. Por lo cual no es normal que para llegar a esas inferencias el juez utilice esquemas lógicos establecidos para todos los casos, sin embargo, existe un criterio que siempre debe ser tomado en cuenta y es que el grado de aceptabilidad de la prueba está determinado por una o más inferencias vinculadas con el hecho¹³.

Respecto a la prueba directa, el Tribunal Supremo español ha mencionado que existe una preferencia hacia esta clase de prueba, que se sustenta en la menor complejidad que representa, puesto que es suficiente la indicación de la prueba, sin que sea preciso, en principio, un especial razonamiento, como, por el contrario, es necesario cuando de pruebas indiciarias se trata¹⁴.

¹² TARUFFO, M. *Teoría de la prueba*. Lima, ARA Editores, 2012, p. 92.

¹³ *Ibíd.* p. 93.

¹⁴ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. STS 8109/2007, de 12 de noviembre y STS 615/2016, de 8 de julio. La Sala de Casación del Tribunal Supremo determina que la realidad del hecho y la participación en

el mismo del acusado puede ser establecida por la fórmula de siempre que concurran una serie de requisitos: a) Pluralidad de los hechos-base o indicios; b) Precisión de que tales hechos-base estén acreditados por prueba de carácter directo y ello para evitar los riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultantes que aumentaría los riesgos en la valoración; c) Necesidad de que sean periféricos respecto al dato fáctico a probar. No todo hecho puede ser relevante, así resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. No en balde, por ello, esta prueba indirecta ha sido tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de *circum* y *stare* implica *estar alrededor* y esto supone no ser la cosa misma, pero si estar relacionado con proximidad a ella; d) Interrelación, la misma naturaleza periférica exige que los datos estén no solo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados; es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas represente sobre las restantes en tanto en cuanto formen parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación. e) Racionalidad de la inferencia; f) Expresión en la motivación del cómo se llegó a la inferencia en la instancia, pues solo cuando se contienen en la motivación de la sentencia los grandes hitos del razonamiento cabe el control extraordinario representado por el recurso de casación ante este Tribunal Supremo o en su caso, por el de amparo ante el Tribunal Constitucional y determinar si la inferencia ha sido de manera patente irracional, ilógica o arbitraria; pues de no mostrarse tal ilogicidad no cabe alterar la convicción del Tribunal de instancia formada con arreglo a la normativa. En relación con estas exigencias debe destacarse la importancia de los dos últimos requisitos señalados, que la doctrina de esta Sala ha insistido en resaltar y, en particular el de la explícita motivación jurídica de la inferencia deducida, especialmente exigible cuando se trata de esa clase de pruebas indirectas, a diferencia de los supuestos en los que el fundamento de convicción del Tribunal se sustenta en pruebas directas.

Prueba indirecta o indiciaria

En ocasiones, existen ciertas complejidades en el momento de desarrollar la actividad probatoria, lo que lleva a la necesidad de acudir a la prueba indirecta, también llamada prueba circunstancial o colateral, en la cual los hechos indiciarios llevan a conseguir un razonamiento inductivo, formado en base a datos fácticos, que son acreditados por la parte que los alega. Se presentan como circunstancias que son acreditadas en el proceso para deducir otros derivados de un procedimiento logístico. Su función en el proceso penal es la de alcanzar la prueba de lo que se denomina elementos subjetivos o hechos de conocimiento, que tienen como función influir en la decisión judicial¹⁵.

En este sentido, la prueba indiciaria es una técnica de prueba que, en principio, es de aplicación general a cualquier tipo de delito, aunque resulta especialmente útil para la acreditación de determinadas clases de infracciones, tales como delitos de blanqueo de capitales, delitos contra la salud pública, delitos contra la libertad sexual; a través de la cual, el juzgador puede inferir sobre un hecho no conocido¹⁶.

El procedimiento para determinar la validez de la prueba indirecta nace a partir de enunciados probatorios y de ciertas regularidades causales, con lo que se construye una hipótesis sobre los hechos que explique esas pruebas mejor que cualquier otra hipótesis. Esas regularidades causales son leyes

¹⁵ GONZÁLEZ CANO, M. I., y ROMERO PRADAS, M. I. *La Prueba en el proceso penal*. T. II. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 95.

¹⁶ GARCÍA FALCONÍ, R., PÉREZ CRUZ-MARTÍN, A., y GUEVARA, A. *El Proceso Penal, principios y garantías*. Lima, ARA Editores, 2014, p. 204.

probabilísticas y algunas incluso han sido obtenidas de manera mediata, por lo que la hipótesis explicativa tiene el carácter de posibilidad. En este sentido, la prueba indiciaria concluye la construcción de un supuesto, esto es un enunciado que se considera verdadero aun cuando no se sabe si lo es. Así, el grado de probabilidad suministrará un buen criterio para su justificación, esto no significa que no puedan tratarse supuestos verdaderos, mas bien, existen razones para esperar que el resultado de una inducción rigurosa sea fidedigno¹⁷.

Es entonces importante recalcar el papel del juzgador, pues tiene que realizar una operación intelectual para llegar al conocimiento, partiendo de uno o varios hechos básicos, realiza una inferencia razonable sobre hechos probados que se conecten entre sí, con el fin de generar conclusiones inequívocas de aspectos referenciales sobre una determinada conducta, pero que se muestran como elementos subjetivos necesarios para probar directamente hechos mediatos de la conducta reprochable¹⁸.

A pesar de que, la prueba indiciaria es usada en su mayoría por las partes acusadoras, con el fin de acreditar algún hecho constitutivo del delito, siendo utilizado como prueba de cargo para destruir la presunción de inocencia; sin embargo, también puede ser utilizado por las defensas para contrarrestar la prueba de la acusación o para acreditar algún hecho relevante en la concurrencia de una causa de atenuación de la responsabilidad penal, incluso simplemente para poder de manifiesto circunstancias o datos colaterales al

¹⁷ GASCÓN ABELLÁN, M. *Los hechos en el Derecho*. 3.^a ed. Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 104.

¹⁸ BELLOCH JULBE, J. A. "La prueba indiciaria", en *La sentencia penal*. Madrid, 1992, p. 38.

hecho criminal que sean consideradas favorables a la persona procesada¹⁹.

Diferencia entre indicios y prueba indiciaria

Atendiendo a MARCELO SEBASTIÁN MIDÓN, el indicio es aquella prueba que, por vía de la reflexión y raciocinio, a partir de un hecho conocido, lleva por inducción-deducción a otros desconocidos. En este sentido, el indicio por sí solo no tiene valor alguno, pero cuando se relaciona con otras pruebas y siempre que sean graves, precisos y concordantes, constituyen una presunción²⁰.

El indicio es entonces todo dato o circunstancia debidamente comprobada en la causa por vía de un medio de prueba. Este dato surge de los dichos del testigo, del contenido de la declaración del imputado, de un dictamen pericial, de una inspección judicial o cualquier otro medio²¹. Es posible que un hecho comprobado sea lógicamente derivable de una sola consecuencia, pero normalmente el indicio es significativo de pluralidad de hechos no conocidos, situación ambigua que solo puede superarse a través de una valoración unitaria, conjunta, global, que confluya en una indicación univoca que de la certeza del hecho a probar²².

¹⁹ GARCÍA FALCONÍ, R., PÉREZ CRUZ-MARTÍN, A., y GUEVARA, A. *El Proceso Penal, principios y garantías*. Lima, ARA Editores, 2014, p. 207.

²⁰ MIDÓN, M. *Tratado de la prueba*. Chaco, Librería de La Paz, 2007, p. 695.

²¹ JAUCHEN, E. *Tratado de la prueba en materia penal*. Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 583.

²² FRONDIZI, R. y DAUDET, M. G. *Garantías y eficiencia en la prueba penal*. La Plata, Editora Platense, 2000, p. 107.

En este sentido, no se puede confundir la prueba indiciaria con los indicios pues la primera es una institución jurídico procesal de naturaleza compleja que pretende toda aquella actividad cognoscitiva y que incluye entre sus componentes al indicio; por su parte, un indicio es un concepto restringido de prueba indiciaria, que se manifiesta a través de un dato cierto, real, conocido, y que forma parte de un todo que es la prueba indiciaria²³.

Validez de la prueba indiciaria en el proceso penal

Derecho comparado

Desde la antigüedad la prueba indiciaria ha generado cierta desconfianza en comparación con la prueba directa, tanto que no se permitía a las partes procesales utilizarla si es que existía prueba directa²⁴. En este sentido, la prueba indirecta suele generar ciertos problemas en derecho procesal porque debe cumplir ciertas particularidades que permitan determinar que esos indicios son lo suficientemente convincentes como para romper con el principio de inocencia, caso contrario se estaría violando los derechos del procesado.

España

Para evitar el abuso en los casos en los que no existe prueba directa, tanto el Tribunal Supremo español, como el Tribunal Constitucional han establecido ciertos criterios a ser tomados

²³ PISFIL, D. "La prueba indiciaria en el proceso penal", en *Revista de la Maestría de Derecho Procesal*. vol. V, Perú, 2014, p. 127.

²⁴ DE MIRANDA VÁSQUEZ, C. "Prueba directa vs. prueba indirecta: un conflicto inexistente", en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, Universidad de Alicante, 2015, p.74.

en cuenta al calificar a la prueba indiciaria como suficiente para dictar una sentencia condenatoria.

Tribunal Supremo

1. **No pueden confundirse indicios con sospechas.** Para que un indicio sea capaz de romper con la presunción de inocencia, estos deben ser probados y no simples probabilidades de que el hecho haya ocurrido. El indicio siempre tiene un presupuesto concreto, mientras que la presunción tiene un presupuesto abstracto y se refiere a algo general²⁵.
2. **No se puede fundamentar el fallo de la sentencia en su simple y puro convencimiento subjetivo.** La motivación dada por los jueces no puede estar basada en lo que ellos creen que ha sucedido, sino que tiene que haber un razonamiento lógico para haber llegado a la verdad. Entonces, no se trata de que el juez, Tribunal o Jurado se convenzan de que el acusado cometió el hecho, sino de que *expliquen* por qué la suma de los indicios determinan la condena, en su caso, así como la solidez y concatenación de esos indicios, y no su debilidad²⁶.

²⁵ CAMACHO, D., y FLOR, J. *Las presunciones como fundamento para dictar una sentencia de condena*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p. 9.

²⁶ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. STS 3504/2019, de 4 de noviembre. La prueba indiciaria se nutre de la concatenación y unión de indicios que por sí solos no servirían para condenar, pero sí la suma de ellos y que llevan al Tribunal a la convicción de la autoría. Criterio que es admitido por la Sala Penal del Tribunal Supremo español, porque es consciente de que en muchos supuestos no existe prueba directa,

3. **La condena no puede fundarse en la creencia que los hechos ocurrieron como relatan.** El Juez, Tribunal o Jurado deben estar convencidos de que los hechos ocurrieron como fueron relatados, sin duda alguna, porque la suma de esos indicios, que deben explicar con detalle, es lo que lleva a esa convicción.

4. **Adecuada motivación acerca de la concurrencia de los indicios y su relevancia probatoria.** El artículo 120, numeral 3 de la Constitución española determina que las sentencias tienen que ser motivadas, tomando en cuenta que lo lógico no determina la condena, sino que la suma de los indicios que se citan permite al Tribunal que, de una forma razonada y explicativa, fijar que los hechos se produjeron, con absoluta certeza porque si hubiera dudas no se podría condenar.

Así, en la operación deductiva deberán señalarse en primer lugar, cuáles son los indicios probados, y; en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal manera que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de los indicios.

pero sí una realidad de la suma de varios indicios que determinan que la única forma de entender el hecho es por la autoría del acusado, cuya presunción de inocencia queda enervada no por una o varias pruebas directas, sino por varios indicios con entidad y peso suficiente como para concluir la convicción de la autoría.

5. Elementos y requisitos de la prueba indiciaria:

5.1. Elementos

- 5.1.1. Una afirmación base o indicio;
- 5.1.2. Una afirmación consecuencia; y,
- 5.1.3. Un enlace lógico y racional entre el primero y segundo elemento.

5.2. Requisitos

- 5.2.1. Que exista una pluralidad e indicios, se niega cualquier posibilidad de que un indicio aislado pudiera servir para construir una presunción.
 - 5.2.2. Que la pluralidad de indicios estén demostrados mediante prueba directa, para lo cual el juzgador no puede construir una inferencia sobre meras afirmaciones de parte, pues sería arbitrario, en este caso se precisa objetividad.
 - 5.2.3. Que entre el indicio demostrado y el hecho que se trate de demostrar haya un enlace preciso, concreto y directo según las reglas del criterio humano.
 - 5.2.4. Que el órgano judicial motive en su sentencia el razonamiento de cómo ha llegado a la certeza del hecho presunto.
6. **La exigencia de la motivación en la sentencia respecto a la concurrencia de indicios y su consecuencia es más fuerte y, por lo tanto, debe ser más precisa que en los casos de prueba directa.** La motivación debe ser clara y diáfana, tomando en cuenta que los indicios carecen

de esa precisión. Para lo cual se deben explicar tanto las conclusiones obtenidas, como los elementos de prueba que conducen a las conclusiones y el intermental que le llevó a entender los hechos como probados²⁷.

7. **Los indicios se alimentan entre sí para configurar la condena.** Se debe realizar el razonamiento inductivo propio de la prueba indiciaria. Esto exige un alto grado de motivación para que el procesado sepa por qué se le está condenando. Esa e vocación ideal de la relación entre los hechos -indicio y tema *probandum*-, es lo que permite inferir un término a partir de la comprobación del otro²⁸.
8. **Si el órgano jurisdiccional no cumple con el deber constitucional de motivación es imposible tener acceso al proceso e inferencia llevado a cabo.** El objetivo de este punto es saber si el razonamiento es arbitrario, absurdo o irracional.

²⁷ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. STS 506/2006, 16 de mayo. Es necesario que el órgano judicial precise cuáles son los indicios y cómo se deduce de ellos la autoría del acusado, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprobar y comprender el juicio formulado a partir de tales indicios, siendo preciso, pues, que el órgano judicial explique no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el íter mental que le ha llevado a entender probados los hechos, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el Juez ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia.

²⁸ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. STS de 18 de enero de 1995.

9. **Enlace lógico y racional entre el indicio o afirmación base y la afirmación consecuencia.** Si el enlace no es lógico, racional y basado en la prueba directa, no se puede llegar a la afirmación consecuencia.
10. **Debe existir certeza subjetiva.** Se habla de certeza subjetiva que lleva a la convicción judicial cuando el Tribunal suma los indicios en su proceso final tras el juicio. La certeza subjetiva no es más que el hecho de que el razonamiento no sea ni absurdo, ni caprichoso, ni en definitiva un pensamiento construido por el Juzgador.
11. **No es una sentencia de sospechas.** La autoría que determina una condena no es la mejor explicación posible de lo ocurrido, por lo cual debe realizarse una sentencia de convicciones respecto a que la suma de indicios determina y lleva al Tribunal a concluir con seguridad que existe el cometimiento del delito por parte del acusado. Entre la comisión del delito y la autoría del ciudadano no va a bastar con que el Juzgador o Tribunal tenga la certeza íntima, subjetiva y personal, sino que a va ser absolutamente indispensable que se haga una apreciación lógica de la prueba practicada en el plenario, y posteriormente que de esta apreciación “en conciencia” y que se pueda ofrecer una explicación lógica y racional a la hora de motivar la Sentencia condenatoria, que haya fundamentado la aplicación de la denominada teoría de la prueba de indicios.
12. **Se parte de la constatación de hechos mediatos para concluir otros inmediatos.**

13. **Proceso deductivo.** El Tribunal debe llevar a cabo un proceso deductivo que tiene que quedar plasmado en toda su extensión, permitiendo así un control de la racionalidad del hilo discursivo mediante el cual el órgano jurisdiccional afirma su inferencia. Entonces, tiene que quedar al descubierto el juicio de inferencia como actividad intelectual que sirve de enlace a un hecho acreditado y su consecuencia lógica.
14. **Inducción o inferencia razonable.** La inferencia no puede ser arbitraria, absurda o infundada, sino que debe responder a las reglas de la lógica y experiencia, de tal forma que la conclusión nazca de los hechos base acreditados.
15. **Correlación entre los indicios.** Los indicios deben mantener una correlación para que constituyen una cadena que vaya formando el inter para llegar al proceso mental de convicción que se conforma por la suma de los datos y la prueba de cada uno de ellos²⁹.
16. **Razonabilidad del discurso.** Es obligación del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional controlar la razonabilidad del discurso explicado por el órgano jurisdiccional que dictó la sentencia condenatoria basada en la prueba indirecta.

²⁹ CONAN DOYLE, A. afirma que: *Es esa correlación la que, con manifestación expresa o tácita, tiene que mostrar si en el criterio decisor elegido es posible o no la reconocibilidad del tipo abstracto de derecho cuya violación se discute.* CONAN DOYLE, A. "Coherencia narrativa y razonamiento judicial".

17. Control de constitucionalidad. Puede realizarse en cualquier momento control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria.

18. Tipos de irracionalidad

18.1. La falta de lógica y la concurrencia de arbitrariedad o absurdo; y,

18.2. La falta de conclusividad.

La garantía de presunción de inocencia solo se verá vulnerada cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada.

19. La conclusión de una inferencia presunta debe considerarse fuerte y determinada. La hipótesis va a resultar probada cuando esté dotada de un grado de confirmación prevaleciente respecto de otras inferencias presuntivas. Puede que una sola inferencia no sea capaz de romper la presunción de inocencia, pero una inferencia basada en otra le da firmeza a la conclusión.

20. Probabilidad prevaleciente. Para que la tesis acusatoria pueda prosperar se debe exigir una probabilidad prevaleciente con respecto a aquellas otras hipótesis explicativas de los mismos indicios, entre las que se puede contar la tesis fáctica de descargo³⁰.

³⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STS 532/2019, de 4 de noviembre de 2019.

Tribunal Constitucional de España

El Tribunal Constitucional considera que a falta de prueba directa se puede recurrir a la indirecta, bajo los siguientes términos:

1. Los hechos base o indicios tienen que estar plenamente probados
2. Los hechos constitutivos del delito deben deducirse de los hechos base.
3. El órgano judicial deberá exteriorizar los hechos que están acreditados y explicar su razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia³¹.
4. Este razonamiento debe estar asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común³², esto es *en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes*³³.

³¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC 49/1988, de 2 de marzo; STC 115/1998, de 1 de junio; STC 220/1998, de 16 de noviembre.

³² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC 109/2009, de 11 de mayo de 2009. A falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia.

³³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC 189/1998, de 28 de octubre. La falta de concordancia con *las reglas del criterio humano* -la irrazonabilidad- se puede producir, tanto por la falta de lógica o de coherencia de la inferencia, en el sentido de que los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o conduzcan naturalmente a él, como por el carácter no concluyente por excesivamente abierto, débil o indeterminado.

La concurrencia de estos requisitos puede controlarse por el Tribunal Supremo o por el Tribunal Constitucional³⁴.

Además, este Tribunal hace mención que las exigencias propias de la prueba indiciaria no tienen que trasladarse mecánicamente a la valoración de la concurrencia de un elemento normativo del tipo, pues la actividad intelectual del juez no pretende probar un hecho a través de otro hecho, sino que tiende, a comprobar que un juicio de valor es compatible con la prueba desarrollada en el seno del proceso, considerada en su conjunto³⁵. Entonces, no se trata de ir de un hecho a otro a través de una inferencia sino de realizar una valoración jurídica en base a hechos que han sido probados³⁶.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC 174/1985. Cuando la única prueba practicada es la indiciaria, puede surgir el problema de si nos encontramos ante una verdadera prueba de ese tipo, es decir, ante una actividad que conduce razonablemente a dar por ciertos unos hechos determinados, que incriminan al acusado, o si las conclusiones a que se pueda llegar por esta vía, no pasan de ser sospechas o datos de los que se desprenden visos o apariencias más o menos acusadoras de que una persona ha podido cometer un delito, pero que no constituyen una base suficientemente firme para que de ellas, pueda inferirse razonablemente la culpabilidad del acusado, y no suponen, por tanto, una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia consagrada por la Constitución.

³⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC 182/1995, de 11 de diciembre.

³⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC 2/2015, de 19 de enero.

³⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC/ 148/1985, de 30 de octubre. En estos casos en los que un elemento normativo del tipo penal exige *una valoración del juez*, el derecho a la presunción de inocencia impone, como ya tempranamente tuvo la oportunidad de señalar este Tribunal, que esa valoración se realice «ponderando

Así también, respecto a la presunción de inocencia, determina que el órgano jurisdiccional, al realizar la ponderación, debe tener en cuenta la versión o la prueba de descargo aportada por los acusados, pues el derecho a la presunción de inocencia se extiende a verificar si se dejó de someter a valoración la prueba de descargo aportada, lo que exige ponderar los distintos elementos probatorios³⁷.

Ecuador

En el caso de Ecuador, no suele ser común que las partes procesales usen indicios para comprobar sus hipótesis. Son pocos los abogados que acceden a esta prueba, tal fue el caso de la defensa de la víctima en el proceso N.º 17282201803064, sentencia con la cual los jueces ecuatorianos ratificaron que los indicios, usados bajo ciertos parámetros pueden constituir prueba válida³⁸.

todos los medios de prueba obrantes en autos.

³⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC 104/2011, de 20 de junio. La ponderación de elementos probatorios no implica que se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, requiriendo solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo

³⁸ Aunque, jurisprudencialmente los indicios fueron aceptados por la Corte Nacional de Justicia, los jueces de los Tribunales no solían aceptar este tipo de prueba. Sin embargo, la sentencia emitida dentro del proceso N.º 17282201803064, por el delito de secuestro extorsivo con resultado de muerte menciona: *Es indudable que a más de los elementos probatorios ya esgrimidos ha existido variada prueba que también se ha evacuado por parte de los sujetos procesales, prueba que en el presente caso también se sujeta a criterios de univocidad de los indicios, es decir que debe existir concordancia, debido a que es muy improbable que esa univocidad probatoria surja de un solo indicio, es necesario que todos los indicios sirvan como evidencia en una valoración conjunta. Así,*

según la jurisprudencia, la certeza se deriva, en verdad, de la concurrencia concordante de una serie de indicios, que es lo que da univocidad a ese conjunto de elementos probatorios y no de la univocidad intrínseca de un indicio o de la mera multiplicidad de los mismos. (Conf. PÉREZ BARBERA, G. "La prueba por indicios según los distintos sistemas de enjuiciamiento penal. Su repercusión en la casación por agravio formal", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. N.º 4 y 5, ad hoc, pp. 406-407). Sólo los indicios unívocos pueden producir certeza, en tanto que el indicio anfibológico tornará en meramente verosímil o probable el hecho indicado, siendo insuficiente para fundar una condena en un proceso criminal. De la prueba testimonial que fue producida en esta Audiencia de Juzgamiento, no se cuenta a ningún testigo directo, ni del hecho ilícito del que habría sido víctima JCR, ni de la autoría del ciudadano procesado JPCS. En efecto, tal como se dijo, para que un testigo de los hechos que aquí se juzgan haya sido directo debió haber estado presente en el lugar de los hechos o muy cerca de él y debió percibir, a través de alguno de sus sentidos, el momento en que JCR era privada de su libertad por el ciudadano JCS o haber oído los gritos de ayuda de la víctima. Sin embargo, es cierto que, tal como tiene dicho la jurisprudencia para casos de delitos que implican una privación de la libertad, en los delitos como el secuestro extorsivo, caracterizados por su clandestinidad ya que, por lo general, se preparan o ejecutan en la esfera de intimidad de sus autores y partícipes, la prueba indiciaria reviste el carácter de privilegiada, ya que no siempre es posible lograr la comprobación directa del hecho y, evidentemente, prescindir de estos elementos generaría la impunidad de no pocas conductas ilícitas. Por ello, y partiendo de la consideración de que las reglas del proceso penal permiten utilizar como prueba los testimonios y el resto de los medios de prueba de carácter indirecto y, por ende, indiciario para acreditar la privación ilegítima de la libertad de la que habría sido víctima Juliana, así como la autoría de este hecho por parte de JCS, este Tribunal analiza toda la prueba aportada por las partes para fundar su decisión unánime a la que se arribó. Pero no puede perderse de vista que esta valoración de pruebas que tiene un carácter meramente indiciario deben seguir reglas y pasos muy estrictos debido a la ausencia de prueba directa, a saber: en primer lugar, los indicios deben estar verificados con certeza, en segundo lugar, se debe hacer una regla de inferencia que sea racional (en el sentido de una afirmación de la ciencia, técnica y o de la experiencia tenida por cierta con fundamento); en tercer lugar, la inferencia no debe conducir, con igual rigor racional, a una consecuencia distinta, porque estaríamos

Bajo esta misma línea, la Corte Nacional de Justicia menciona en su Resolución N.º 0620-2017 que:

*(...) la prueba indiciaría busca alcanzar la certeza (...) a través de inferencias que permiten entablar el nexo causal entre la materialidad y la responsabilidad penal. Dotan de razonabilidad al fallo condenatorio en tanto y en cuanto no son simples conjeturas, pues para someterse a la aplicación de las reglas de la sana crítica por parte del juzgador deben ser probadas en la audiencia de juicio, para que solo así se obtenga una inferencia que permita determinar una conclusión válida de condena (...)*³⁹.

Así también, la Resolución N.º 1323-2017 del mismo órgano jurisdiccional establece tres requisitos básicos que deben ser analizados por el juez para obtener la inferencia válida de que se ha hablado⁴⁰:

ante indicios anfíbológicos; en cuarto lugar, los otros medios de prueba u otros indicios deben también afirmar la conclusión a la que se arriba (prueba compleja), a la vez que estos otros medios probatorios u otros indicios no deben conducir a conclusiones diferentes (prueba en contrario). Conf. MAIER, J. Derecho Procesal penal. Parte general. T. III.

³⁹ CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. Resolución N.º 620-2017, Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, juicio por peculado N.º 7721-2016-0151.

⁴⁰ CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. Resolución N.º 1323-2017, Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, juicio por asesinato N.º 17721-2014-1758.

1. Verificar la comisión de la infracción

Para verificar la comisión de la infracción, los jueces tienen que hacer un análisis de los elementos del delito, una vez que se ha comprobado que la acción u omisión realizada por el sujeto ha sido típica, antijurídica y culpable y que además no existe ninguna causa de justificación, se puede afirmar que se ha cometido la infracción.

2. Fundar la presunción en hechos reales y probados

Para que los indicios tengan validez es necesario que exista un hecho probado a partir del cual el juzgador podrá realizar la inferencia. Si, por ejemplo, existe un asesinato, no bastará decir con que el procesado es el responsable porque se desconoce el lugar en el que estuvo mientras ocurrió el delito, tendrá que probarse, además, que existía una relación previa entre la víctima y el autor, de la cual se podría derivar un posible móvil.

3. Utilizar indicios varios, relacionados, unívocos y directos en la formación de las premisas que sirvan de base a la presunción

En este sentido es oportuno aclarar lo que menciona la doctrina al respecto, la regla prevé la posibilidad de que indicios o presunciones concordantes constituyan una prueba suficiente, incluso en los casos en que cada uno de ellos, valorado de forma individual, no sea eficaz para ello. Por otro lado, si hay varios indicios, no es necesario que todos lleven a la misma conclusión, la concordancia es necesaria, solo su ninguno de los indicios, de manera individual es idóneo

para justificar la conclusión, pero si entre varios indicios, existen algunos concordantes, se puede considerar que es irrelevante la existencia de otros indicios que no concuerden con aquello⁴¹.

Importancia de la prueba indiciaria

La relevancia probatoria de la prueba indiciaria depende de si con base en él se puede llegar a una conclusión sobre un *factum probandum*⁴². En este sentido, el indicio tiene que servir como premisa para una posible inferencia que permita formular una hipótesis incluyente, que no se deriva de manera obvia de la premisa, en este caso se habla de abducción, en el sentido que se trata de aquella inferencia que se funda sobre un indicio para formular una hipótesis relativa a un hecho que debe ser corroborado. Así, si la inferencia abductiva es exitosa, se puede decir que se ha encontrado un indicio. Por el contrario, si no se llega a la abducción sobre un hecho del litigio, entonces esta será irrelevante y no puede ser calificada como indicio.

Si se realiza el procedimiento en el párrafo anterior, la prueba indiciaria permite llegar al convencimiento de los argumentos planteados por las partes procesales. Al equipararse a la prueba directa, existen casos en los que resulta trascendental, como los delitos sexuales, los casos de desaparición o ejecuciones extrajudiciales, pues son ilícitos cometidos en su gran mayoría en la clandestinidad y, por ende, no existen testigos u otros medios de prueba.

⁴¹ CRUZ TEJADA, H. *Nuevas tendencias del derecho probatorio*. Santa Fe de Bogotá, Universidad de los Andes, 2015, pp. 113-114.

⁴² TARUFFO, M. *Simplemente la verdad*. Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 140.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴³ también se ha pronunciado respecto a la importancia de la prueba indiciaria en los casos de violaciones a los derechos humanos, así lo deja ver en la sentencia del caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, en la cual manifiesta:

La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos (...). Igualmente, la prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia cuando se trata de denuncias sobre desaparición forzada y en casos de ejecuciones extrajudiciales, debido a las dificultades probatorias que de éstas se derivan, cuando se enmarcan dentro de una práctica impulsada o tolerada por el Estado de graves violaciones a los derechos humanos, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas⁴⁴.

Entonces, la prueba indiciaria, su correcto uso en juicio y la oportuna interpretación, plasmada en la sentencia, que le dan los

⁴³ La CORTE IDH reitera que: *Se trata de un medio probatorio utilizado en todos los sistemas judiciales y puede ser el único instrumento para que se cumpla el objeto y fin de la Convención Americana y para que la Corte pueda hacer efectivas las funciones que la misma Convención le atribuye, cuando las violaciones a los derechos humanos implican la utilización del poder del Estado para la destrucción de los medios de prueba directos de los hechos, en procura de una total impunidad o de la cristalización de una suerte de crimen perfecto.*

⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de fondo, de 29 de julio de 1998, parr. 141.

jueces, permite que ciertos delitos no queden en la impunidad, por ende, evita que se violen los derechos de la víctima y a su vez, faculta al Estado a cumplir con su papel de garante ante la comisión de ilícitos, a través de la potestad sancionadora o ius puniendi que este posee.

Prueba indiciaria, vulneración al principio de inocencia e inversión de la carga de la prueba

Principio de inocencia

En todo proceso penal se asume la legalidad del actuar del procesado, en consecuencia, en principio no existe culpabilidad respecto de las acusaciones contra él formuladas. Como tal, la presunción de inocencia no puede ser agotada, a menos que existan pruebas suficientes como para demostrar la culpabilidad del acusado, más allá de toda duda razonable, lo que significa que, si al finalizar el proceso existen dudas respecto a la culpabilidad del procesado, se tiene que emitir una sentencia absolutoria⁴⁵.

El principio de inocencia es la presunción que protege a la persona acusada del cometimiento de un delito, esto significa que se tiene que tratar al acusado como inocente durante los diferentes procesos a los que será sometido⁴⁶. Justamente en virtud de este principio, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose

⁴⁵ ESPARZA LEIBAR, I. *El principio del proceso debido*. Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1995, p. 97-140.

⁴⁶ MAIER, J. B. J. *Derecho Procesal Penal*. T. I. *Fundamentos*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 490.

la absolución del procesado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada⁴⁷. En este sentido, el principio de inocencia contiene un doble efecto, por un lado, que no se le puede exigir al procesado la actividad probatoria encaminada a demostrar su inocencia, y, por otro lado, correlativamente, será la parte acusadora quien deba probar la culpabilidad⁴⁸.

Bajo esta línea garantista, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen en sus ordenamientos jurídicos el principio de inocencia; el primero, en su artículo 14 determina:

Art. 14.2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley⁴⁹; el segundo en lo correspondiente a garantías judiciales.

Art. 8.- Garantías judiciales. - 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (...)⁵⁰.

⁴⁷ ARMENTA DEU, T. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 4.^a ed. Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 237.

⁴⁸ BARRIENTOS PACHO, J. M. *Prontuario Procesal penal*. Barcelona, Ediciones Experiencia, 2010, p. 32.

⁴⁹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.

⁵⁰ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.

También el Tribunal Constitucional de España⁵¹ ha desarrollado varias ideas con respecto al principio de inocencia, que se desarrollan a continuación:

- a) La presunción de inocencia se configura como un principio *iuris tantum*, lo que significa que puede ser desvirtuado con una mínima actividad probatoria o de cargo, las cuales deben ser aportadas por la acusación.
- b) La mínima actividad probatoria debe practicarse con respeto a las garantías procesales y constitucionales.
- c) Al Tribunal de instancia le corresponde apreciar libremente las pruebas practicadas en el juicio oral, sin que pueda el Tribunal Constitucional subrogarse en la valoración de las referidas pruebas convirtiéndose, por así decirlo, en una tercera instancia.

Con lo mencionado se puede determinar que el principio de inocencia constituye el punto de partida de toda la comprensión del proceso penal. La regulación de cada una de las actividades del proceso se encuentra al servicio de la idea de inocencia, lo que constituye un postulado esencial de la ciencia procesal y presupuesto de las demás garantías del proceso⁵². Al punto que, el derecho a la presunción de inocencia sólo puede ser desvirtuado

⁵¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. ATC 84/1981, de 22 de julio.

⁵² GARCÍA FALCONÍ, R., PÉREZ-CRUZ, A., y GUEVARA, A. *El Proceso Penal, principios y garantías*. Lima, ARA Editores, 2014, p. 52.

cuando el juicio de culpabilidad se apoya en pruebas legalmente practicadas en el acto del juicio oral, bajo los principios de contradicción, igualdad, publicidad, oralidad e inmediación⁵³.

Vulneración al principio de inocencia

Al respecto el Tribunal Supremo español ha sido claro al manifestar que no existe vulneración al principio de inocencia si es que el juez cumple con los parámetros establecidos al momento de valorar la prueba indiciaria.

El derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; si bien para que esta prueba pueda desvirtuar dicha

⁵³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC 128/2011, de 18 de julio. TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. STS 2679/2019, de 23 de julio. Cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta en la verificación de si la prueba de cargo, en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria, fue obtenida, con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto: 1. En primer lugar, debe analizar el *juicio sobre la prueba*, es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respecto al canon de legalidad constitucional exigible, y que, además, haya sido introducida en el plenario, de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, intermediación, publicidad e igualdad. 2. En segundo lugar, se ha de verificar el *juicio sobre la suficiencia*, es decir, si constatada la existencia de la prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia. 3. En tercer lugar, debemos verificar el *juicio sobre la motivación y su razonabilidad*, es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

*presunción debe satisfacer las (...) exigencias constitucionales (...) pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo (...)*⁵⁴.

Cuando se alega ante el Tribunal Supremo español una vulneración de la presunción de inocencia, lo que corresponde a los jueces es realizar una valoración de la sentencia emitida por el órgano jurisdiccional, de este modo sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia cuando la inferencia sea ilógica, irrazonable, no concluyente o tan abierta que quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada⁵⁵.

Carga de la prueba

En todo proceso penal, se maneja el principio de presunción de inocencia, que como se dijo en líneas anteriores, significa que el imputado será inocente hasta que se demuestre lo contrario, de esto nace el hecho de que la carga de la prueba le corresponde a la acusación, es decir, el procesado no tiene que probar su inocencia

⁵⁴ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. STS 1041/2015, de 23 de marzo.

⁵⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC 229/2003, de 18 de diciembre. Por lo que, este Tribunal afirma que ha de ser especialmente cauteloso, por cuanto son los órganos judiciales los únicos que tienen un conocimiento preciso, completo y adquirido con todas las garantías de la actividad probatoria, especialmente por factores derivados de la intermediación.

porque intrínsecamente ya es inocente, es la acusación la que tiene que probar cada una de sus afirmaciones. Sin embargo, cuando se juzga en base a prueba indiciaria se presenta una particularidad pues, aparentemente es el sujeto pasivo quien debería destruir esos indicios⁵⁶ y, por ende, se verían violentados los principios básicos procesales.

De ahí viene la importancia de aplicar cada uno de los presupuestos establecidos tanto por el Tribunal Supremo español, como la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana, dependiendo la territorialidad. Solo así, la valoración de las manifestaciones exculpatorias del acusado no implicarían invertir la carga de la prueba porque existen otros indicios relevantes de cargo que, por sí mismos, permiten deducir racionalmente su intervención en los hechos⁵⁷. En este sentido, no se trata de que el acusado deba acreditar su inocencia, sino que, una vez practicada la prueba indiciaria, esta tiene fuerza suficiente para destruir la presunción de inocencia, por lo que la supuesta prueba practicada por el procesado no es

⁵⁶ GARRIDO CARRILLO, F. J. "Indicios, presunciones e inversión de la carga de la prueba", en *Estudios Jurídicos, penales y criminológicos en Homenaje al Prof. Lorenzo Morillas Cueva*. vol. II. Madrid, Editorial Dykinson, p. 2053.

⁵⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC 135/2003, de 30 de junio y STC 170/2005, de 20 de junio. En estos casos se trata únicamente de constatar que, existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo y una prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente, acerca de la participación en el hecho del acusado, a dicha prueba no se le contraponen una explicación racional y mínimamente verosímil, sino que, por el contrario, las manifestaciones del acusado por su incoherencia interna y por su incredibilidad, no solamente no desvirtúan, sino que refuerzan la convicción racionalmente deducida de la prueba practicada.

como tal una prueba sino más bien una interpretación alternativa con el fin de justificar lo que ya han probado los indicios⁵⁸. Por lo que, la parte que se ve afectada por los indicios alegados, puede presentar pruebas (contraindicios) que desvirtúen el hecho resultante de la inferencia a que se deduce de la prueba indiciaria, lo que es comprensible por la simple razón de que la persona tiene derecho a probar, a pesar de ser el procesado⁵⁹.

Conclusiones

La prueba cumple un papel fundamental dentro del proceso penal pues busca llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada. En este afán por llegar a ese convencimiento pueden aparecer pruebas directas e indirectas, que a pesar de ser contrarias la una de la otra, ambas son aceptadas en el proceso penal.

La prueba indirecta hace que el juez llegue al convencimiento de los hechos a través de una reflexión en torno a los demás medios de prueba, es decir, la prueba indiciaria por sí sola no lleva a sacar ninguna conclusión, justamente porque carece de la calidad de prueba directa.

La inferencia que realice el juez cuando cuenta con pruebas indirectas es muy importante pues, con el fin de evitar que el delito quede en la impunidad, puede quebrantar el debido proceso;

⁵⁸ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. STS 1041/2015, de 23 de marzo.

⁵⁹ VIDAURRI ARÉCHIGA, M. "Consideraciones en torno a la prueba indiciaria", en *Revista de Ciencias Jurídicas*. N.º 149. Ciudad de México, 2019, p. 92.

y viceversa. En este sentido siempre tendrá que verificar que se cumplan taxativamente cada uno de los requisitos establecidos en su ordenamiento jurídico.

Tanto el ordenamiento jurídico español como el ecuatoriano tienen requisitos que deben ser cumplidos para que la prueba indiciaria sea considerada válida, sin embargo, llama la atención el último pronunciamiento emitido por el Tribunal Supremo de España pues establece características, elementos y requisitos de la prueba indiciaria, como complemento, el Tribunal Constitucional español también ha emitido sentencias sobre el tema. Por su parte, en Ecuador únicamente existen pronunciamientos emitidos por la Corte Nacional de Justicia, en los cuales se enuncian tres características, los cuales en la mayoría de los casos no resultan una guía adecuada para los juzgadores.

El Tribunal Supremo de España, a diferencia de la Corte Nacional de Ecuador, se ha preocupado no solo por las características que debe tener la prueba indiciaria, sino que también ha marcado el camino que debe seguir el juez en la práctica de la prueba y al momento de redactar la sentencia, tratando de evitar a como dé lugar la violación de derechos constitucionales o la impunidad en los delitos.

Si bien es cierto, la importancia del uso de la prueba indiciaria está en el hecho de evitar la impunidad en ciertos delitos, sin embargo, de nada sirve juzgar con prueba indiciaria si en un futuro se alegan violaciones al debido proceso y este termina siendo nulo, por esta razón, lo más importante dentro de la aplicación de la prueba indirecta es que el juez compruebe que esta cumple con cada una de las características, requisitos y elementos necesarios para que tenga validez.

Resulta interesante como los juristas que ejercen en el Ecuador sienten cierto recelo por el uso de la prueba indiciaria, aún creen que esta debe ser usada en última instancia o simplemente no ser usada por la poca objetividad que aparentemente podría tener. La Corte Nacional de Justicia del Ecuador se pronunció al respecto hace poco más de dos años, con lo cual resulta bastante lógico que no se haya difundido por completo el uso que se le puede dar a la misma. Realidad muy diferente a la de España, país en el cual se ha normalizado el uso de la prueba indiciaria.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid, Marcial Pons, 2009.
- AROCENA, Gustavo, Balcarcé, Fabián, y, Cesano, José Daniel. *Prueba en materia penal*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2009.
- BARRIENTOS PACHO, Jesús María. *Prontuario Procesal Penal*. Barcelona, Ediciones Experiencia, 2010.
- BELLOCH JULBE, Juan Alberto. *La prueba indiciaria, en la sentencia penal*. Madrid, 1992.
- CAMACHO, Daniela, y FLOR, Jaime. *Las presunciones como fundamento para dictar una sentencia de condena*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.
- CONAN DOYLE, Arthur. Coherencia narrativa y razonamiento judicial, *Proceso y Narración. Teoría y Práctica del narrativismo jurídico*. Lima, Palestra Extramuros, 2020.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de fondo, 29 de julio de 1998.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. Resolución N.º 1323-2017, Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. Resolución N.º 620-2017, Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

CRUZ TEJADA, Horacio. *Nuevas tendencias de Derecho probatorio*. Santa Fe de Bogotá, Universidad de los Andes, 2015.

DE MIRANDA VÁSQUEZ, Carlos. “Prueba Directa vs. Prueba Indirecta: un conflicto inexistente”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, Universidad de Alicante, 2015.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El principio del proceso debido*. Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1995.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 2007.

FRONDIZI, Román, y DAUDET, María Gabriela. *Garantías y eficiencia en la prueba penal*. La Plata, Editora Platense, 2000.

GARCÍA FALCONÍ, Ramiro, PÉREZ CRUZ-MARTÍN, Agustín, y GUEVARA, Alba. *El Proceso Penal, principios y garantías*. Lima, ARA Editores, 2014.

GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier. “Indicios, presunciones e inversión de la carga de la prueba”, *Estudios Jurídicos, penales y criminológicos en Homenaje al Prof. Lorenzo Morillas Cueva*. vol. II. Madrid, Editorial Dykinson, s/f.

- GASCÓN ABELLÁN, Marina.** *Los hechos en el Derecho.* 3.^a edición. Madrid, Marcial Pons, 2010.
- GONZÁLEZ CANO, María Isabel, y ROMERO PRADAS, María Isabel.** *La Prueba en el proceso penal.* Tomo II. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- GÖSSEL.** “Sobre valoración probatoria, apreciación de la prueba y reglas de prueba”, De Figueiredo Días, et al. *El penalista liberal.* Buenos Aires, Editorial Hammurabi, s/f.
- JAUCHEN, Eduardo.** *Tratado de la prueba en materia penal.* Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2002.
- MAIER, Julio.** *Derecho Procesal Penal.* Tomo I. Fundamentos. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- MIDÓN, Marcelo.** *Tratado de la prueba.* Chaco, Librería de La Paz, 2007.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.** Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- PARDO IRANZO, Virginia.** “La valoración de la prueba penal”, *Revista Bolivariana de Derecho.* N.º 2, 2006.
- PISFIL, Daniel.** “La prueba indiciaria en el proceso penal”, *Revista de la Maestría de Derecho procesal.* vol. V, Perú, 2014.

SANCHIS CRESPO, Carolina. *La etapa preparatoria penal*. Santa Cruz de la Sierra, Editorial El País, 2006.

TARUFFO, MICHELE. *Simply la verdad*. Madrid, Marcial Pons, 2010.

_____. *Teoría de la prueba*. Lima, ARA Editores, 2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. ATC 84/1981, de 22 de julio de 1981.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC 148/1985, de 30 de octubre de 1985.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC 182/1995, de 11 de diciembre de 1995.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC 49/1988, de 2 de marzo de 1988.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC 115/1998, de 1 de junio de 1998.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC 189/1998, de 28 de octubre de 1998.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC 220/1998, de 16 de noviembre de 1998.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC 135/2003, de 30 de junio de 2003.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC 229/2003, de 18 de diciembre de 2003.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC 170/2005, de 20 de junio de 2005.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC 109/2009, de 11 de mayo de 2009.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC 104/2011, de 20 de junio de 2011.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC 128/2011, de 18 de julio de 2011.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC 2/2015, de 19 de enero de 2015.

TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO. Sentencia del proceso N.º 17282201803064.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. STS de 18 de enero de 1995.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. STS 506/2006, 16 de mayo de 2006.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. STS 8109/2007, de 12 de noviembre de 2007.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. STS 1041/2015, de 23 de marzo de 2015.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. STS 615/2016, de 8 de julio de 2016.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. STS 2679/2019, de 23 de julio de 2019.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. STS 3504/2019, de 4 de noviembre de 2019.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. STS 532/2019, de 4 de noviembre de 2019.

VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel. Consideraciones en torno a la prueba indiciaria, *Revista de Ciencias Jurídicas*. N.º 149. Ciudad de México, 2019.

DESCOLONIZAR LA ENSEÑANZA-APRENDIZAJE DEL DERECHO

HACIA UNA ECOLOGÍA DE SABERES PARA FORMAR ABOGADOS
CON ENFOQUE DE GÉNERO Y DE INTERCULTURALIDAD

**DESCOLONIZAR LA ENSEÑANZA-APRENDIZAJE DEL DERECHO
HACIA UNA ECOLOGÍA DE SABERES PARA FORMAR ABOGADOS
CON ENFOQUE DE GÉNERO Y DE INTERCULTURALIDAD¹**

PAÚL CÓRDOVA VINUEZA²
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

CONTENIDO:

1. Resumen analítico. 2. Sumario. 3. ¿Desde dónde enseñamos y quiénes aprendemos?. 4. El campo, los ritmos y la función del proceso formativo cuando enseñamos un derecho colonial y excluyente. 5. Repensar los modelos educativos desde las oportunidades de un derecho incluyente para los derechos de los excluidos. 6. Una estructura curricular para formular un derecho con enfoque de género y perspectiva de interculturalidad. 7. Descolonizar la enseñanza para construir otros sujetos, saberes y contextos en los modelos de aprendizaje hacia prácticas jurídicas plurales. 8. Pluralismo e interculturalidad jurídica: ¿qué y cómo enseñar? 9. El enfoque de género en los estudios normativos. 10. A pensar: ¿para qué enseñamos?. 11. Bibliografía

¹ Artículo recibido el 29 de diciembre de 2019 y aprobado el 24 de enero de 2020.

² El autor es doctor en jurisprudencia (UCE) y con estudios de posgrado en Derecho constitucional (UASB-E) (UBA). Docente de la Universidad Central del Ecuador y la Universidad Técnica del Norte. hpaulcordova@yahoo.es.
ORCID: 0000-0002-3125-5861

1. Resumen analítico

En este trabajo quisiera cuestionar brevemente los fundamentos jurídicos del estudio del derecho y cuestionar cuáles son las orientaciones metodológicas y conceptuales de su enseñanza desde una perspectiva de género e interculturalidad. Las preguntas que guían este análisis son: ¿cuáles pueden ser las perspectivas de discusión para transformar su aprendizaje desde la inclusión de los enfoques propuestos hacia el desarrollo del pluralismo jurídico? y ¿qué elementos serían determinantes para modificar las formas de razonar y argumentar con esos enfoques y perspectivas durante el proceso de enseñanza/aprendizaje?

Las esferas de formación responden a códigos simbólicos y rituales³ que moldean las formas de enseñar/aprender a pensar, razonar y argumentar. A partir de esa consideración, este artículo plantea que mediante la reinención de aquellas dimensiones podremos modificar su epistemología y las razones normativas y democráticas que en ellas se construyen para pensar un aprendizaje del derecho en los niveles de grado y posgrado, donde no ignoremos que sus íntimas verdades nacen de la entraña misma por el control del poder y el poder del control de quienes crean, interpretan y aplican la norma jurídica.

³ Esta propuesta ubica como uno de sus referentes de análisis a la teoría del campo jurídico de BOURDIEU, donde el Derecho puede entenderse como el espacio de disputa en medio de representaciones simbólicas como el lenguaje, los conceptos, las prácticas y otros componentes, todo lo cual surge y se construye desde la formación jurídica de quienes serán quienes se desarrollen en ese campo. Véase a BORDIEU, P. "La fuerza del Derecho: hacia una Sociología del campo jurídico", en BORDIEU, P., y TEUBNER, G. *La fuerza del Derecho*. Santa Fe de Bogotá, Ediciones Uniandes, 2000.

La visión propositiva de este trabajo está pensada según las proyecciones y perspectivas del Estado Constitucional, en términos de interculturalidad y plurinacionalidad, que exige otro tipo de formación jurídica y la construcción de otro paradigma normativo y estatal que supere el monolitismo jurídico hacia la inclusión del pluralismo jurídico.

Summary

In this work I would like to briefly question the legal foundations of the study of Law and question what are the methodological and conceptual orientations of its teaching from a gender and intercultural perspective. The questions that guide this analysis are: what can be the perspectives for discussion to transform your learning from the inclusion of the proposed approaches towards the development of legal pluralism? And what elements would be determining to modify the ways of reasoning and arguing with these approaches and perspectives during the teaching-learning process? The spheres of training respond to symbolic and ritual codes that shape the ways of teaching-learning to think, reason and argue. Based on this consideration, this article proposes that by reinventing those dimensions we will be able to modify their epistemology and the normative and democratic reasons that are built in them to think about learning law at the undergraduate and graduate levels, where we do not ignore that their Intimate truths are born from the very core by the control of power and the power of control of those who create, interpret and apply the legal norm.

The propositional vision of this work is designed according to the projections and perspectives of the Constitutional State, in terms of interculturality and plurinationality, which requires another

type of legal training and the construction of another normative and state paradigm that overcomes legal monolithism towards the inclusion of pluralism legal.

PALABRAS CLAVE:

Derecho, enseñanza-aprendizaje, cultura jurídica, enfoque de género, interculturalidad, plurinacionalidad y pluralismo jurídico.

KEYWORDS:

Law, teaching-learning, legal culture, gender focus, interculturality, multinationality, and legal pluralism

2. Sumario

El trabajo inicia con una discusión sobre las restricciones en la preparación y formación de estudiantes de Derecho en relación al carácter del Estado plurinacional e intercultural, seguido de un análisis sobre los alcances que constituyen un tipo de enseñanza-aprendizaje, sustentado en la reproducción de un Derecho colonial. Luego, se proponen algunas herramientas conceptuales y epistemológicas para un proceso formativo, que construye y transmite otro tipo de Derecho de naturaleza incluyente, así como expondré posteriormente, en dos secciones, la discusión en torno a los componentes metodológicos y cognitivos para gestar otros modelos educativos. A continuación, debatiré los elementos generales para innovar la formulación curricular en la formación de abogados, a fin de dar respuestas a los retos que exigen la interculturalidad, la plurinacionalidad y el pluralismo jurídico. Finalmente, mostraré la relevancia para el Estado constitucional de adoptar el enfoque de género en los estudios jurídicos y los aportes de esta perspectiva para los Derechos Humanos en la formación de juristas. Para concluir, se sugerirá una interpelación sobre el análisis de lo que enseñamos en la carrera de Derecho, considerando las dimensiones de la plurinacionalidad, la interculturalidad, el pluralismo y el enfoque de género para una genuina profundización y materialización de los derechos constitucionales.

3. ¿Desde dónde enseñamos y quiénes aprendemos?

El desafío de los estudiantes que quieren ser abogados es cambiar su preparación y mejorar su formación⁴. El desafío de los que

⁴ Al respecto, véanse los trabajos de WRAY, A. "Derecho y realidad: la

ya lo somos es: *desaprender lo aprendido para volver a estudiar derecho* con otras dimensiones cognitivas y epistémicas, más la inclusión de nuevas sensibilidades y enfoques interculturales e interdisciplinarios para pensar el derecho desde los aportes de la interculturalidad hacia la formación de un Estado y un derecho plurinacional⁵.

Ningún abogado puede sentirse conforme con los sistemas injustos que imperan en las realidades latinoamericanas. La falta de desarrollo de sistemas jurídicos que respondan a las visiones de los pueblos y nacionalidades andinas y la vigencia de una tradición jurídica eurocéntrica presente en la justicia ordinaria y estatal deben ser los impulsos epistemológicos necesarios para revisar la cultura jurídica hegemónica y dominante.

La propuesta de este artículo está pensada para revisar críticamente la formación y cultura jurídica de abogados, operadores de justicia y juristas con la perspectiva de mirarlos como gestores de un cambio del derecho. Para ello, este artículo pretende examinar y

enseñanza legal en una sociedad subdesarrollada”, en *Revista de Derecho*. Facultad de Derecho, Universidad Católica de Perú, N.º 32, 1974. Disponible en la siguiente página web: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6155/6179>. (última consulta, 10 de marzo de 2016); PEZZETTA, S. “Ejercicio sobre las opiniones y expectativas de los estudiantes de Derecho. Entre la conformidad y la crítica”, en *Academia*. N.º 24, Año 12, segundo semestre, 2014, pp. 211-234.

⁵ Sobre este tema, para mayor información, véase a CARBONELL, M. “La importancia de la educación continua”, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell. Disponible en la siguiente página web: <https://www.youtube.com/watch?v=WQWfDH3C-Xg>. (última consulta, 11 de marzo de 2016) y otros videos relacionados del mismo autor; DE FAZIO, F. “La enseñanza del Derecho en los Estados constitucionales”, en *Academia*. N.º 22, Año 11, 2013, pp. 197-213.

proponer los saberes, actores, contextos y modelos para formular nuevos procesos de enseñanza/aprendizaje, donde el derecho pueda ser asumido como un instrumento y oportunidad para pensar las sociedades hacia sus innovaciones y cauces más igualitarios con enfoques de género, interculturalidad y pluralismo jurídico.

4. El campo, los ritmos y la función cuando enseñamos un derecho colonial y excluyente

El debate sobre qué y cómo se enseña esta ciencia puede responder a las interrogantes acerca de cómo se aplica y para qué fines se usan las normas legales. El cambio en la administración de justicia⁶ puede ser el cambio en el estudio del Derecho (y viceversa).

BORDIEU sostiene una distinción entre ciencia del derecho y ciencia jurídica. Enfatiza esta diferenciación porque, en la realidad, el formalismo de la ciencia ha creado la autonomía absoluta de la

⁶ Es pertinente la opinión de HABERLE P., cuando aseveraba que: *El paradigma de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales debería constituirse en objeto de la pedagogía. En otras palabras: los derechos humanos ya deberían ser aprendidos en la escuela como objetivos de la educación, como ya fue propuesto tempranamente por las Constituciones de Perú y Guatemala. En la Argentina se debería incentivar a la juventud tempranamente a participar de los procesos de creación e interpretación del derecho a través de peticiones y discusiones. Es posible que esto aún sea una utopía. Al menos las universidades deberían ser exigidas en este sentido. En 1974, en una conferencia en Berlín, me animé a formular la siguiente hipótesis: de las escuelas depende la teoría constitucional que podamos desarrollar en el futuro.* FERREYRA, R. G. "Cultura y Derecho constitucional. Entrevista a Peter Haberle", en *Estudios Constitucionales*. Santiago de Chile, vol. VIII, N.º 1, 2010, pp. 379-398. Disponible en la siguiente página web: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002010000100014&script=sci_arttext. (última consulta, 12 de agosto de 2015)

forma jurídica con respecto al mundo social, de una parte; y, de la otra, el instrumentalismo del derecho ha ubicado a este como una herramienta al servicio de los dominadores.

Otro concepto importante es el de campo jurídico, y consiste -básicamente- en el ámbito donde se reproducen y desenvuelven los actores y los componentes que dan forma al mundo del derecho, con la consideración que es una esfera regulada en su interior por los actores y los protagonistas con mayor poder frente a los demás sujetos que participan en él. Las prácticas y los discursos desarrollan el campo jurídico determinado por dos factores:

En primer lugar, por las relaciones de fuerza específicas que le confieren su estructura y que orientan las luchas o, con mayor precisión, los conflictos de competencia que se dan en él; en segundo lugar, por la lógica interna de las acciones jurídicas que limitan en cada momento el espacio de lo posible y con ello el universo de soluciones propiamente jurídicas⁷.

Uno de los aportes de la teoría de BORDIEU afirma que la formación del campo jurídico es lo que define el derecho realmente aplicable; y, en ese contexto, los profanos son quienes dependen y son afectados por ese campo, considerando que pese a ser ellos los potenciales beneficiarios o usuarios de los servicios judiciales y los derechos en torno a la justicia, no son parte de las decisiones del sistema ni participan de ellas para responder a sus necesidades. Si el campo jurídico es la expresión de

⁷ BORDIEU, P. "La fuerza del Derecho: hacia una Sociología del campo jurídico", en BORDIEU, P., y TEUBNER, G. *La fuerza del Derecho*. Santa Fe de Bogotá, Ediciones Uniandes, 2000, 159.

intereses de actores por decidir el derecho y por ejercer el poder de su monopolio, el derecho con enfoque de interculturalidad puede intentar dar señales para desafiar ese sistema. Por ello, la formación de juristas debe ser concebida para cambiar la realidad y alterar las lógicas discriminatorias y excluyentes del poder. No podemos seguir enseñando y aprendiendo para agudizarlas.

ANÍBAL D' AURIA ha reflexionado sobre la enseñanza del derecho y su relación con la modernidad y las relaciones de poder de Occidente que han generado un *universalismo de la razón*. Frente a ese contexto, este autor sugiere la pertenencia de un pensamiento emancipado o emancipador para la formación crítica porque los ámbitos de enseñanza están marcados por una estructura de marginación a los pensamientos alternativos por tres factores de dominación de arriba hacia abajo:

1. Del poder político estatal (v. gr. del partido que controle ocasionalmente el aparato del Estado);
2. Del poder político académico (v. gr. del sector ideológico que controla ocasionalmente el rectorado de una universidad, el decanato de una facultad o la dirección de un departamento de estudios), o
3. de la discrecionalidad del profesor a cargo de cada curso y de los estudiantes que elijan cursar con él⁸.

Según este autor, en esos tres niveles alguien determina *qué se enseña y cómo, y qué no se enseña y cómo no se enseña*. Debido

⁸ D' AURIA, A. "Modernidad, universidad y pensamiento crítico", en *Academia*. N.º 23, Año 12, primer semestre, 2014, pp. 35-49.

a esas implicaciones estructurales que presenta la modernidad y sus discursos de racionalidad en la educación legal, el derecho con perspectiva intercultural puede innovar los esquemas de aprendizaje que fomenten el estudio crítico hacia un modelo de autonomía y pluralismo. Este proyecto debe sustentarse en la transformación de la preparación formalista, memorística e inquisitiva de los abogados, advirtiendo que nuestros sistemas procesales han heredado las instituciones y las tradiciones conceptuales de otros modelos jurídicos que no han sido capaces de aportar a nuestras problemáticas directas, sino que también contagiaron de ciertas deficiencias institucionales y culturales a nuestros operadores de justicia.

El desarrollo del modelo civilista y positivista -como el único y máximo en ciertas materias- en la formación jurídica ha generado serias limitaciones para una formación más amplia sobre los elementos de los constitucionalismos pluralistas; o, probablemente, consolidó una tendencia de preferencia a transferir las nociones del derecho privado sobre las perspectivas del Derecho público.

A la vez, debemos repensar los contenidos epistemológicos para comprender la formación de la norma jurídica e identificar el devenir de nuestras sociedades como precedentes en despojo de derechos; la construcción del Estado-nación monoculturales; y, su sistema de ciudadanía censitaria, los cuales se presentan como antecedentes para la generación de los constitucionalismos contemporáneos.

Por lo demás, las aulas deben promover capacidades críticas frente a las estructuras constitucionales y jurídicas importadas por nuestras élites criollas para crear Estados a su imagen y semejanza. Correspondería estudiar cómo mejorar la calidad de

nuestras instituciones y su revisión comparativa con otros textos para develar los compromisos republicanos y democráticos pendientes para lo que significa tomarse en serio la formación de un Estado y un derecho plurinacional.

De modo concordante, conviene profundizar los espacios para los estudios de sociología jurídica e historia del derecho con la finalidad de mirar qué tipo de diseño e innovaciones institucionales demandan nuestras sociedades y representaciones identitarias. Eso implica tener presente la contextualización de procesos y actores que intervinieron en la formación de los Estados y en sus ciclos constituyentes para desarrollar capacidades críticas frente a los conflictos que engendran los modelos institucionales y sus fundamentos simbólicos con miras a entender, también, cómo aquellos condicionan la aplicación de la norma jurídica.

Si admitimos que somos herederos de una cultura jurídica dominante y hegemónica, también podríamos admitir el legado de un universo de actividades educativas reductoras de las múltiples visiones interpretativas del derecho. Durante el desarrollo de la carrera de derecho, los alumnos reciben escasos campos del saber relacionados con la administración del Estado, gestión y gerencia pública, políticas públicas, planificación de programas y proyectos, con enfoques de interculturalidad y con contenidos provenientes del pluralismo jurídico. Posteriormente, los programas de posgrado deben suplir esas deficiencias, cuando deberían estar orientados a definir entrenamientos más avanzados o a la especialización científica e investigativa de aquellas áreas del conocimiento que ya fueron iniciadas en el nivel de grado.

Ahora bien, la importancia de abordar esas asignaturas para esta disciplina jurídica radica en que los profesionales, dedicados a

la organización legal de los actos administrativos y normativos de entidades públicas, deben conocer los escenarios donde funcionan esos procesos porque son instrumentos de concreción de los principios y reglas constitucionales: comprendiendo objetivamente que la ley no es el principio y fin de las cosas, sino que existen realidades complejas que la superan.

El estudio de FEDERICO DE FAZIO demuestra que los paradigmas del derecho y los modelos de operadores jurídicos y de enseñanza tienen directa vinculación con el tipo de Estado. En consecuencia, los sistemas jurídicos en los Estados Constitucionales de derecho exigen *la formación de profesionales jurídicos argumentativos que reconozcan estructuras de justificación tanto jurídico-formales como filosófico-sustantivas*⁹. En virtud de lo expuesto, necesitamos generar un pensamiento jurídico ecuatoriano y latinoamericano en las universidades, donde no se limiten a reproducir escuelas y categorías jurídicas carentes de análisis pragmáticos, sino encontrando los verdaderos problemas de la justicia estatal y recogiendo aquellas categorías provenientes del pluralismo jurídico, no solamente de la justicia indígena, que nos ayuden a comprenderlos y permitan su mejoramiento: sin perder de vista la búsqueda de aportes propios.

Aquellos propósitos también encontrarían justificación con la búsqueda de un diseño curricular integrado¹⁰ con aportes de las prácticas normativas de los pueblos u nacionalidades andinos,

⁹ DE FAZIO, F. "La enseñanza del Derecho en los estados constitucionales", en *Academia*. N.º 22, Año 11, 2013, pp. 197-2013.

¹⁰ Al respecto, consultar los enfoques de AYALA ROJAS, D. E. "Aportes trialistas para un diseño curricular integrado", en *Academia*. N.º 22, Año 11, 2013, pp. 181-196.

donde se proyecte el conocimiento jurídico en perspectiva realista, plural, constructivista e intercultural para valorar e integrar los distintos tipos de saberes que intervienen en los procesos cognitivos y con el fin de trasponer las fronteras disciplinarias tradicionales hacia dimensiones interdisciplinarias que rebasen las exclusivas consideraciones de normas legales desde una matriz de pensamiento eurocéntrica.

Conviene discutir sobre perfiles y estructura de las carreras de abogados¹¹ que ofertan las universidades, para identificar si los enfoques curriculares que corresponden al derecho responden a las exigencias de los tipos de Estados Plurinacionales y teorías del derecho pluralistas que se enfrentan en la actualidad.

¹¹ Una función de toda facultad es la formación de abogados. Pero el punto de inflexión sería cómo pasamos a la preparación de juristas. Para ese fin, corresponde acordar cómo profundizar los ámbitos de producción del conocimiento jurídico, que vayan más allá de la formación de profesionales litigantes o de servidores judiciales; en pocas palabras: cómo diversificar el perfil profesional. Este tipo de análisis no se agotarán con un nuevo plan curricular, y debe trascender hacia la identificación de los nudos problemáticos y las distopías a la hora de hacer investigación científica desde el Derecho; considerando, además, que su enseñanza en la educación superior no constituye un tema desarrollado como objeto de las investigaciones jurídicas, que se publican en el país. Este proyecto debe formularse a partir de políticas de diálogo entre escuelas y facultades de Derecho (existen 34 que ofertan esta carrera, y algunas tienen distintas modalidades: presencial, semipresencial y distancia en el Ecuador). Esas políticas permitirán deliberar sobre qué contenidos curriculares comunes se pueden establecer. De igual forma, podrían acordar cuáles contenidos heterogéneos y diversos puede asumir cada institución, con miras a crear redes de conocimiento y facilitar la homologación de estudios, para lo cual deben trabajar en áreas temáticas que alcancen porcentajes de correspondencia en la excelencia, profundidad y número de horas orientadas a la formación.

El *locus* de enunciación de esta disciplina requiere reflexionar la situación pasada y actual de los centros universitarios en las carreras de Derecho, y, en aquellos donde están presentes los contenidos temáticos relacionados que se utilizan en otras carreras. Como sugiere MANUEL ATIENZA:

Es un hecho difícil de negar que la enseñanza del Derecho en nuestras Facultades reviste formas acusadamente acriticas y dogmáticas. A pesar de ello (quizás también a causa de ello) no puede decirse que este estado de cosas constituya una gran preocupación para quienes participan en el proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho. Pero además de la falta de conciencia de la necesidad de un cambio, la gravedad de la situación aparece también en que un cambio en la enseñanza del derecho (un auténtico cambio) no podría consistir, simplemente, en la introducción de nuevos métodos y técnicas de enseñanza, sino que habría que plantearse –quizás con carácter preliminar- la cuestión de qué se enseña, quién enseña, a quién y para qué. Lo que falla no es simplemente la forma de encarar la enseñanza, sino algo más. O mejor dicho, el modo de enseñar, el cómo se enseña, no es algo que pueda aislarse del qué se enseña, quién lo enseña, etc.¹²

Es menester revisar y ajustar, por cierto, los marcos conceptual, curricular y pedagógico para nuestros estudiantes y promover el

¹² ATIENZA, M. “¿Es posible una enseñanza científica del Derecho?”, en *El Basilisco*. N.º 5, septiembre-noviembre de 1978, pp. 17-18. Versión digital, disponible en la siguiente página web: <http://www.fgbueno.es/bas/pdf/bas10502.pdf>. (última consulta, 20 de diciembre de 2019).

debate sobre la oferta académica a nivel nacional, territorial y local, considerando también qué está pasando con las actividades de vinculación con la colectividad de los centros de educación en las carreras de derecho y qué actividades se vinculan con prácticas relacionadas con medios alternativos de resolución de conflictos donde el pluralismo jurídico tiene muchos aportes que ofrecer a un nuevo aprendizaje del Derecho.

Los facilitadores del aprendizaje¹³ deben ser capaces de promover rupturas paradigmáticas de conocimiento con relación a las escuelas jurídicas doctrinarias e históricas para visibilizar sus sesgos coloniales y excluyentes porque aquello que transmitimos es lo que se proyectará en el desarrollo normativo del país. La enseñanza de la disciplina jurídica no puede repetir la producción normativa con enfoques coloniales o discriminatorios, sin propiciar los ámbitos críticos de su estructura y funcionamiento¹⁴.

¹³ Las actividades formativas observarían tres niveles: el primero es asistido por el profesor o de docencia directa, en clases presenciales, o en línea, en tiempo real, más las acciones colaborativas entre equipos de estudiantes con el profesor. El segundo comprende las prácticas de aplicación y experimentación de los aprendizajes. El tercero corresponde al aprendizaje autónomo. Por cada hora de docencia, deberá existir, al menos, 1,5 ó 2 horas de aprendizaje dedicado a prácticas y ejercicio autónomo. Para alcanzar ese propósito, es indispensable que las y los docentes de cada asignatura preparen contenidos de plataformas virtuales o aplicaciones en línea -de carácter masivo y con licencia de uso abierto- para cumplir con estos requerimientos curriculares. Ahí deberán incluir lecturas de distinto orden comprensivo y con variados recursos de ejercicios, con las respectivas evaluaciones sobre su utilización. El micro currículo de la carrera debe contar con materiales de elaboración propia, con archivos de texto, video y/o audio de fácil revisión. Al respecto, véase CONSEJO DE EDUCACIÓN SUPERIOR DEL ECUADOR. Reglamento de Régimen Académico, en *Registro Oficial*. N.º 136, 2.º Suplemento, de 3 de diciembre de 2013.

¹⁴ La formación jurídica debe ser consciente de marcar procesos

Cabe reconocer que el estudio del derecho también está influenciado por el conjunto de imaginarios, prejuicios y falsos dilemas que todos los medios de instrucción formal e informal lograron impartir sobre factores como la política, la economía, la administración pública, el poder. Y es indispensable esclarecer los fenómenos que giran en torno a ellos y su vinculación con la administración de justicia ordinaria y la justicia constitucional. Pues, estos elementos implican también tradiciones jurídicas sobre los procesos de control, exégesis constitucional y el papel de los jueces.

En efecto, requerimos una transformación epistémica de los saberes para la formación de los futuros abogados, donde modifiquemos las relaciones de saber/poder, los discursos y prácticas imperantes con relación a los derechos y las garantías para pensar en cómo cambiar las justicias.

evaluativos críticos al iusnaturalismo y positivismo jurídico, planteando paradigmas alternativos, sin caer en idealizaciones o fetichismos de nuevas corrientes teóricas, que desvirtúen los cimientos de estudio de la ciencia del Derecho. El desafío está en encontrar los equilibrios necesarios para dimensionar las deficiencias del formalismo y estatalismo jurídico, evidenciando también que existen procesos, donde el estudio de la teoría del Derecho no puede desconocer que existen categorías filosóficas y proyectos jurídico-culturales, que inciden en su consolidación. Un ejemplo de lo expuesto es que cuando revisamos la globalidad del texto constitucional de 1998, se observa la impronta del constitucionalismo liberal monista del siglo XIX. Pero, también, cuando apreciamos la Constitución de 2008, es oportuno constatar que cualquier fórmula constitucional novedosa, no puede ignorar que los factores de poder (re)construyen tendencias de funcionamiento del Estado y del Derecho que, aún a pesar de tener denominaciones recientes, conservan los vicios de las instituciones constitucionales tradicionales. Con este ejemplo, quisiera cuestionarnos cómo abordamos esta ciencia en las aulas.

Claramente, el proceso de enseñanza-aprendizaje¹⁵ debe proponer la construcción de un derecho pensado desde nosotros, desde nuestras culturas, que mire la realidad de nuestros pueblos -donde el pasado vive en el presente y lo pretérito no puede olvidar la memoria-, que pueda incluir lo siguiente: sentidos interculturales y plurinacionales; suficientes herramientas prácticas; esquemas renovadores de evaluación¹⁶ que reconozcan la creatividad y

¹⁵ Las escuelas y facultades deben innovar los planes de la carrera de Derecho, porque su rediseño es una necesidad social, que siempre ha sido postergada. Esas instituciones deben cuestionarse varios aspectos, como los siguientes: ¿Con qué frecuencia los consejos directivos promueven espacios de discusión con su comunidad universitaria (estudiantes, graduados, profesores y trabajadores) para actualizar y rediseñar los planes curriculares? ¿Promueven eventos de discusión nacional entre esas instituciones para intercambiar experiencias sobre reformas a las carreras, de acuerdo con las exigencias más actuales de la sociedad? ¿Están las autoridades académicas procesando las observaciones, que puedan hacer los educandos sobre sus mallas curriculares y plan de estudios en las carreras? ¿Realizan referendos a la comunidad universitaria?

¹⁶ Sobre este tema, es oportuno el análisis de RABINOVICH-BERKMAN, R.: *¿Qué estamos evaluando en las facultades de derecho? En innumerables casos, el acierto y el error. Las preguntas tienen una respuesta correcta. Es decir, la que esperamos recibir. Todas las otras son equivocadas, están mal y las reprobaremos. Por eso están los alumnos parados en la puerta, en ascuas, a la salida de los exámenes. A cada uno que emerge, le inquieren: '¿qué pusiste en la tres? ¿y en la seis?'. Y los profesores gozan de correcciones tranquilas, porque la mayoría de los exámenes que recibe resultan iguales o muy parecidos. Es obvio que con esa manera de evaluar se premia al previsible, al memorista, al que anda en piloto automático. Exámenes así, en cambio, son horcas caudinas para el pensador, para el intelectual, para el alumno profundo. No es raro que le vaya mal en esas pruebas, mientras sus compañeros de cerebro artesanalmente destruido se regodean en calificaciones altas. Esos exámenes generan miedo al error, terror de equivocarse. Su corolario más obvio es que el error es algo malo. Pero, ¿es verdad eso?"; véase RABINOVICH-BERKMAN, R. "La triste historia del vikingo Sigurd Haraldsson o de cómo si algo anda mal, suele convenir cambiarlo", en *Revista En Letra*. N.º 4, Año 2, T. II, 2015, pp. 5-11.*

valoren los aportes de quienes están formándose; y, métodos con técnicas apropiadas para investigar la evolución de nuestro sistema constitucional y las experiencias de cómo los servidores administrativos o judiciales (ir)respetan los derechos y límites constitucionales o los transgreden. Justamente por eso, merece especial atención también la promoción de acreditaciones en servicios a la comunidad mediante el patrocinio y protección de derechos iusfundamentales¹⁷.

5. Repensar los modelos educativos desde las oportunidades de un derecho incluyente para los derechos de los excluidos

El modelo y los contenidos de formación necesitan ser revisados¹⁸. Reformular la educación constitucional exige que la comunidad académica jurídica piense las alternativas para mejorar el tipo

¹⁷ Tengo presente las distinciones conceptuales, históricas y normativas entre derechos iusfundamentales y constitucionales, pero en este trabajo se utilizarán, de manera uniforme, como categorías que refieren a los principios y valores previstos en la Constitución actual.

¹⁸ Al respecto, revisar las siguientes recomendaciones: [...] *las investigaciones sobre las concepciones personales ayudan al docente a comprender de otro modo a los alumnos y a concebir su tarea desde una nueva perspectiva. Saber que los niños y adolescentes poseen concepciones personales acerca de los fenómenos sociales ayuda al docente a modificar su visión acerca del aprendizaje y la enseñanza: de un acto de recepción producto de la exposición a un acto de negociación mutua de significados. Por otra parte, "en el marco de la planificación y evaluación didácticas, los estudios sobre las ideas de los alumnos constituyen una valiosa herramienta. Ayudan a definir qué contenidos priorizar y a efectuar un recorte temático más adecuado, a partir de anticipar posibles dificultades de los alumnos en el abordaje de los contenidos.* FAIRSTEIN, G. A.; SCAVINO, N. C.; FRONTINI, M. P.; TORRE, V. A.; DUHALDE, M. C., y POTENZE, M. "La construcción del conocimiento en Ciencias Jurídicas y su valor para la enseñanza", en *Academia*. N.º 23, Año 12, primer semestre, 2014, pp. 181-190.

de profesionales que preparamos y definir qué esperaríamos de ellos¹⁹.

En función de esa perspectiva, convendría innovar modelos que piensen los cambios de los cauces epistemológicos del conocimiento, así como las necesidades de los actores y los sectores que intervienen en las áreas jurídicas. Requerimos superar esas tradiciones de formación que enfatizaban en ciertas especialidades y descuidaban otras, o que apuntaban hacia la preparación de un solo tipo de alumnos, ignorando campos de estudio y de formación. Para sustentar lo referido, es relevante lo señalado por ATIENZA:

La cuestión de la que deseo ocuparme aquí fundamentalmente es la de los contenidos que se enseñan en nuestras Facultades, dado que, me parece, tienen una gran importancia. No solo porque, efectivamente, lo que se enseña está íntimamente conexas con el cómo se enseña (¿puede la dogmática no enseñarse dogmáticamente?), sino porque pienso que una modificación en los planes de estudio es relativamente fácil de realizar; por tanto, es posible que sea por aquí por donde haya que empezar a cambiar nuestras Facultades. [...] El teórico del Derecho puede hacer no solo crítica interna, crítica desde el sistema en el que vive inmerso (es decir, sin

¹⁹ Sobre varios temas propuestos, sugiero revisar el trabajo de CÓRDOVA VINUEZA, P. CUEVA, L., y ROMO, M. P. “Debates y desafíos en la enseñanza del Derecho en Ecuador”, en *Cuadernos del Contrato Social por la Educación-Ecuador. Deserción, calidad y reforma universitaria. Apuntes para el debate*. Quito, Contrato Social por la Educación, N.º 10, 2014.

*cuestionar el sistema), sino también crítica desde otros sistemas actuales o posibles (y, por lo tanto, crítica al sistema)*²⁰.

Los nuevos esquemas de carreras deben reconocer las tensiones y los problemas existentes entre campos de estudio y de actuación, fomentando e incluyendo los diálogos y las redes que deben existir entre esos niveles de educación superior. El campo de estudio debe estar asistido por visiones gnoseológicas, humanísticas, progresistas y sociales, juntamente con construcciones en red de relaciones.²¹ Para ello, es indispensable que en la discusión sobre la matriz de los campos de actuación se sustenten discusiones horizontales entre todos los estamentos que integran el centro educativo²². La definición de trayectorias e itinerarios educativos deben considerar también las experiencias existentes porque eso mejorará los perfiles de los sujetos académicos.

Según el estudio de ÁVILA CAMBEIRO, para que los futuros abogados puedan relacionar la teoría aprendida en la universidad con las situaciones que se les planteen en la realidad laboral con solvencia y criterio jurídico, *debemos enseñarle a nuestros alumnos a aprender, a pensar y a actuar y no repetir doctrina y jurisprudencia*²³.

²⁰ ATIENZA, M. ¿Es posible una enseñanza científica del Derecho? *El Basílico*, N.º 5, septiembre-noviembre de 1978.

²¹ La asignatura debe proponer relaciones internas y externas con otras asignaturas, para plantear otras lógicas hacia el campo de actuación: mercado laboral, investigación, tipo de ejercicio profesional, entre otros.

²² Profesores, estudiantes, investigadores, graduados y autoridades.

²³ Véase el estudio de ÁVILA CAMBEIRO, M. G. "Enseñar a aprender en Derecho: la importancia de la formación docente del formador",

En virtud de lo expuesto, es oportuno diversificar los modelos curriculares y de aprendizajes, precisamente para profundizar la formación hacia una diversidad de ámbitos, áreas y espacios ocupacionales. Un tema relevante es debatir la construcción de un modelo por objetivos²⁴ para definir las orientaciones mínimas hacia una buena calidad en la producción jurídica y sus tipos de desempeño. Para ello, es importante señalar qué tipo de competencias y ejercicios buscamos en los juristas para incluirlas en la orientación del currículo con el propósito de evaluarlas al finalizar los ciclos académicos; y, definir cuáles serían los logros de diferentes iniciativas y proyectos para la integración de saberes, así como establecer qué tipo de dificultades presentaron.

Es sustancial definir qué procedimientos y procesos es capaz de procesar/resolver el sujeto que se prepara, y según esa premisa: tener claridad de los lineamientos que ubicamos al perfil del jurista que buscamos. Aquí es donde reside, en buena medida, que los contenidos por desarrollarse contengan niveles articulados de explicación y estructuración de conocimiento jurídico a partir de métodos, protocolos de diagnóstico, interpretación e intervención de realidades profesionales y/o científicas.

En definitiva, el dominio de los diferentes tópicos de este derecho debería estar sustentado por las condiciones de implicación y sistematización del conocimiento, pero acompañado de la

en *Academia*. N.º 24, Año 12, segundo semestre, 2014, pp. 111-128, cita en p. 126.

²⁴ Es relevante discutir si también conviene detallar los objetivos en la formación de los juristas.

investigación en la praxis de nuestra sociedad y sus fenómenos sociales.²⁵

Ojalá los actuales abogados también podamos desaprender lo que hacemos en el quehacer profesional y, por ende, desaprender lo aprendido que no tenga relación con las exigencias contemporáneas del Estado constitucional y plurinacional, con el fin de actualizar la formación, acorde con los requerimientos de este modelo estatal y paradigma jurídico para pensar los nuevos rediseños de las carreras con nuevos programas sustentados en el enfoque de género y la interculturalidad en la construcción de saberes relacionados al Derecho.

6. Una estructura curricular para formular un derecho con enfoque de género y perspectiva de interculturalidad

Hace varios años, la comunidad académica-jurídica local discutía la necesidad de que las escuelas de derecho puedan definir una malla curricular básica que contribuya a una formación elemental.

²⁵ En el mes de diciembre de 2014, en un tribunal de Buenos Aires, se aceptó un recurso de *hábeas corpus* para una orangután y se estableció que los animales si bien no son sujetos humanos, sí son seres vivos, que necesitan protección especial para los medios o condiciones en que viven. Ese tipo de decisiones también nos interpelan acerca de en qué lado del umbral nos ubicamos: si en aquél que cambie el Derecho para cambiar la sociedad, o en aquél, que lo consagra para perpetuar las sociedades dominantes. Para mayor información del tema, consultar a DE BAGGIS, G. F. "Solicitud de *Hábeas Corpus* para la orangután Sandra. Comentario a propósito de la Sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", de 18 de diciembre de 2014. Disponible en el siguiente portal web: <<http://www.derechoanimal.info/images/pdf/GFB-Habeas-Corpus-Sandra.pdf>>. (última consulta, 10 de octubre de 2015)

Incluso, pensaban en una malla común como respuesta a la dispersión de la enseñanza y por las dificultades que afrontaban aquellos sujetos en formación que debían cambiarse de institución y se encontraban con programaciones curriculares demasiado variadas, o hasta contrapuestas en ciertos casos de asignaturas²⁶. Debatir una nueva estructura curricular implica pensar en varias unidades que organicen y ordenen la integración curricular para proyectar al educando hacia una mejor articulación de los campos de formación teórico, profesional, investigativo y de titulación.

Una deficiencia evidente de la programación curricular existente en las IES (instituciones de educación superior) es la falta de vinculación y armonización que existía entre esos niveles y su tendencia a priorizar, desigualmente, uno de ellos. Al respecto, un enfoque indispensable podría ser: reconocer diferentes momentos que organicen el aprendizaje hacia una integración básica y profesional que comprenda los procesos introductorios para el aprendizaje de las ciencias y las disciplinas que fundamentan la carrera, sus metodologías y lo que representaría la contextualización de los ámbitos profesionales²⁷.

Si no logramos la complementariedad entre esos niveles, no podremos después desarrollar las asignaturas que ofrezcan una validación académica de los conocimientos y desempeños adquiridos hacia la resolución de problemas que exige este

²⁶ Al respecto, y sobre el resultado de esa iniciativa, consultar el estudio de ESTRELLA VINTIMILLA, P. (edit.). *La educación legal en el Ecuador*. Quito, Corporación Editora Nacional/Projusticia/Asociación Ecuatoriana de Facultades de Jurisprudencia, 2001.

²⁷ Este proceso debe estar acompañado del conocimiento comprensivo y razonado sobre el campo de estudio y las áreas de actuación.

quehacer profesional. Este enfoque podría permitir la superación de aquél basado en el estudio de la ley por la ley, incluso hasta reformular el enfoque de introducir asignaturas que agrupen instituciones jurídicas.

Antes queríamos que con el simple estudio de una norma: el docente se encuentre en capacidad de demostrar la vinculación entre los desafíos de un problema social y el carácter social de la profesión, sin haber desarrollado su necesaria contextualización y objeto, lo cual tenía que ser debidamente sustentado en su trabajo de investigación o tesis. Le exigíamos también aquello, a pesar de no haber garantizado las trayectorias e itinerarios educativos suficientes para la integración de las teorías correspondientes con la práctica preprofesional. Por ello, es oportuno lo señalado por ATIENZA:

[...] [E]s necesario aclarar en qué sentido hay que partir de la aceptación de la norma en el estudio del Derecho. Me parece claro que el teórico del Derecho (rehuyo explícitamente hablar de dogmático) tiene que partir en su estudio de las normas válidas, de las normas vigentes, pero ello no tiene por qué significar una sumisión política con respecto al sistema establecido como parecen entender muchos juristas. Claro está que su discurso debe ser, entre otras cosas, explicativo, sistematizador, etc, de las normas válidas, precisamente para que no se convierta en un discurso puramente especulativo, idealista, etc. Pero esta es, en realidad, la misma situación en la que se encuentra, por ejemplo, el historiador o el sociólogo, que deben ofrecernos una explicación de la realidad histórica o sociológica sin distorsionarla, pero sin que ello signifique tampoco su sacralización, su apología.

Con ello no quiero decir que el jurista teórico deba adoptar una postura neutral (entre otras cosas porque esto no es posible), sino que sus posibilidades políticas, como jurista, no se agotan en el conservadurismo y ni siquiera en el reformismo²⁸.

Por dicha razón, la estructura curricular debe responder al perfil del profesional y al planteamiento de las interrogantes sobre qué es capaz de resolver el sujeto en formación al momento de la culminación de sus estudios. Este es un punto fundamental que permitiría otras alternativas para las condiciones de egresamiento y de inserción laboral.

Pensar que el alumno cumplió y desarrolló procesos de contextualización del o los objetos de estudio supondría que ha logrado objetivar los componentes tratados, problemas existentes, posibles tensiones, diferentes métodos, lenguajes utilizados y procedimientos aplicados para definir mecanismos de objetivación constitucional a los conflictos presentados.

Es prudente reconocer que detrás del conocimiento se deben impulsar procesos de distinción, observación y organización para su acceso, que incluyan otras dinámicas de aprendizaje hacia la configuración del ordenamiento curricular. La desintegración del aprendizaje en variadas asignaturas, cursos o sus equivalentes, sin una organización curricular que pueda replantear los sentidos y los campos de articulación del conocimiento, es un elemento a tener en cuenta para hablar de tres momentos en una nueva estructura curricular: básica, profesional y de titulación²⁹.

²⁸ ATIENZA, M. ¿Es posible una enseñanza científica del Derecho?, *op. cit.*

²⁹ Sugiero discutir otros elementos adicionales en estos aspectos: ¿Qué

El derecho enseñado y aprendido con enfoques de pluralismo jurídico juega un papel determinante en la formación de los juristas, y, la reformulación del plan de la carrera requiere de dimensiones reformativas a los contenidos de esa disciplina. De igual manera, los programas de posgrado necesitan articularse desde sus particularidades con las singularidades vinculantes porque solamente así será posible explicar la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Es menester tomar en cuenta lo señalado por JAVIER PÉREZ ROYO:

[...] [E]l Derecho Constitucional es lo único que tienen en común todos los demás Derechos. El Derecho Constitucional es el portador de los elementos más simples y generales a partir de los cuales se constituyen todos los demás Derechos. Por eso es el punto de partida de todos ellos sin excepción. Sin el Derecho Constitucional el resto del Derecho resulta ininteligible. No es, en consecuencia, como se suele decir con frecuencia, el punto de partida del Derecho Público, sino el punto de partida de todo el Derecho, tanto del público como del privado. El Derecho no tiene más que un tronco, que es el Derecho Constitucional. Y solamente tiene un tronco, porque únicamente en él se expresa sin calificativos de

otros elementos pueden contribuir a la diversificación de la estructura curricular? ¿Están las facultades discutiendo cómo deberían ser los nuevos diseños curriculares? ¿Hacia qué perspectivas podríamos reorganizar los aprendizajes de la carrera? ¿Cómo dinamizar la investigación para los nuevos aprendizajes? Cuando propongo el debate sobre los distintos modelos de aprendizaje, exijo que las universidades propongan modelos y los discutan públicamente.

*ningún tipo el principio de igualdad. La igualdad es el Derecho y la igualdad en cuanto tal sólo está presente en el Derecho Constitucional*³⁰.

MANUEL ARAGÓN REYES sugiere que se debe *constitucionalizar* el derecho para hacer que la Constitución, como derecho, rija y propone lo siguiente:

*[...] [N]o solo constitucionalizar el derecho como ordenamiento (hacer que la Constitución llegue a todos los rincones del sistema normativo), sino también, y muy principalmente, al derecho como saber, a la ciencia del derecho. No puede haber, sencillamente, Constitución duradera sin derecho constitucional desarrollado. Ésa es una de las características más profundas del Estado constitucional y, por ello, una de sus más rigurosas exigencias*³¹.

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS considera que existen varias formas de relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria para pensar un cambio de la dualidad de las justicias hacia la ecología de saberes y de prácticas jurídicas: i) la negación consistiría en la negativa a reconocer la existencia de otra justicia.³² Esta negativa se presentó cuando provenía

³⁰ PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 23.

³¹ ARAGÓN REYES, M. "La Constitución como paradigma", en CARBONELL, M. *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 37.

³² DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. "Cuando los excluidos tienen derechos", en *Ídem. Cuando los excluidos tienen derecho. Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*. Quito, Consejo de la

de cualquiera de los dos tipos de justicia. Según el autor, *en el primer caso muchas veces hubo represión violenta hacia las autoridades indígenas o sobreposición arrogante a sus decisiones como si no hubiesen existido. Cuando la negación provino de la iniciativa de las autoridades indígenas, adoptó la forma de clandestinidad de las decisiones propias*; ii) la coexistencia o distancia entre la justicia indígena y la justicia ordinaria consiste en el reconocimiento recíproco con prohibición de contactos entre ellas; iii) la reconciliación consiste en un tipo de relación en el cual la justicia políticamente dominante, es decir la justicia ordinaria, reconoce la justicia subalterna y le otorga alguna dignidad a título de reparación por el modo como la justicia subalterna fue ignorada o reprimida en el pasado; y, iv) la coniviabilidad es apenas un ideal: la aspiración de que la justicia ordinaria y la justicia indígena se reconozcan mutuamente y se enriquezcan una a la otra en el propio proceso de relación, “respetando la autonomía de cada una de ellas y los respectivos dominios de jurisdicción reservada.

Por lo expuesto, se trata de alcanzar un propósito central: durante el proceso de enseñanza-aprendizaje puedan abordarse contenidos que susciten la coniviabilidad, acompañada de la formación de una cultura jurídica basada en una nueva forma de concebir y aplicar el derecho con una coordinación *desde abajo* entre la justicia ordinaria y la justicia indígena.

7. Descolonizar la enseñanza para construir otros sujetos, saberes y contextos en los modelos de aprendizaje hacia prácticas jurídicas plurales³³

Ha sido muy común apreciar un esquema de formación basado en la dedicación a tomar apuntes para después reproducirlos de manera textual en la evaluación. También cabe señalar que la modalidad metodológica de la Clase Magistral debe integrar y generar mayores posibilidades para la construcción de actitudes y aptitudes frente a los requerimientos cognoscitivos. Debemos recoger algunos aspectos positivos del modelo tradicional, y, replantear sus prácticas con perspectivas innovadoras para superar sus decadencias.

Necesitaríamos distintas modalidades metodológicas para ocasionar una ruptura al paradigma de aprendizaje: pasar de las dinámicas de observación y representación de los alumnos a las dinámicas de creación y participación, donde ellos son los actores protagónicos.

Romper el paradigma significa que los docentes modifiquen el carácter excesivamente disciplinario de la formación hacia formas

³³ Recomiendo que para los debates que realicen las facultades y escuelas de Derecho sobre el rediseño de la carrera, observen las siguientes preguntas: ¿Buscamos un modelo de aprendizaje por perfiles de desempeño? ¿Qué competencias queremos desarrollar en las asignaturas con relación al perfil de egreso? ¿Qué elementos son necesarios para que un modelo exprese resultados de aprendizaje? ¿Cómo fortalecer los vínculos entre el funcionamiento del modelo con los objetivos educacionales? ¿Qué aspectos deberían modificarse para alcanzar un perfil de egreso, que armonice los ejes de formación humanista con los ejes de capacidades para resolver los desafíos de la profesión?

más amplias e integradas, lo cual permitiría compartir y construir el saber para articular conocimientos, componentes y enfoques.

Entender que no se trata de concentrar o manejar el saber, sino de abrirlo para la apropiación y distribución entre los estudiantes. Necesitamos docentes que no sólo piensen como abogados, sino que asimilen las visiones inter y transdisciplinarias del conocimiento, sin argumentaciones lineales, unidireccionales y excluyentes.

La complejidad en la formación del jurista, y, su proyección en los campos de actuación, necesitan una diversidad de modelos de aprendizaje orientados a redefinir y recuperar el rol de los sujetos educativos para que sean valorados y promovidos de otras maneras.

Es crucial configurar otros ambientes de aprendizaje, donde inauguraremos la heterogeneidad en los planteamientos curriculares y sus componentes: educativos, investigativos, epistemológicos, culturales, interculturales, formativos y de evaluación.

Hay una dimensión curricular intercultural en la formación del presente y futuro abogado: en la medida en que debe reflexionar y comprender sobre las lógicas del poder desde los discursos pedagógicos, pero, también, a partir de las prácticas curriculares con respecto a la aplicación y uso de la norma constitucional, así como la intencionalidad que expresan los operadores encargados de administrar justicia constitucional -sin descuidar su extensión como actos de poder-.

Estos propósitos facilitarían la vinculación y la complementariedad de las dimensiones investigativas en relación a la exploración

y organización de las ciencias relacionadas al derecho y las formas de interpretación. Esas dimensiones deben nutrirse de la dimensión educativa para razonar los fines y alcances de los actos normativos en un Estado y en una sociedad.

En suma, la construcción de los modelos de aprendizaje está asistido por dos preguntas fundamentales para señalar i) los sujetos que aprenden con ii) los saberes y contextos que configurarían: ¿Qué sociedad quieren los abogados? ¿Qué sociedad son capaces de construir aquellos con su quehacer profesional?

8. Pluralismo e interculturalidad constitucional: ¿qué y cómo enseñar?³⁴

Corresponde diversificar y contextualizar los aprendizajes mediante metodologías educativas que analicen los distintos sistemas jurídicos que pueden acompañar a la justicia estatal.

Los itinerarios académicos han respondido únicamente a las visiones y ordenamiento normativo de la justicia ordinaria, lo cual ha terminado por anular la posibilidad de contar -y encontrarnos- con modelos interculturales para la formación de juristas.

Para contribuir a la edificación del Estado plurinacional e intercultural³⁵ es indispensable un mayor desarrollo del pluralismo

³⁴ Este tema nos interroga sobre los siguientes aspectos: ¿Debemos enseñar un Derecho constitucional, con enfoques plurinacionales e interculturales o un Derecho intercultural y plurinacional?

³⁵ Para este tipo de Estado, urgen cambios en el modelo académico y la propuesta micro, macro y meso curricular, que corresponde reconstruir.

jurídico, para lo cual conviene acordar los contenidos curriculares que expresen un diálogo de saberes con nuestra sociedad, la justicia indígena y los medios alternativos de solución de conflictos. En función de ese correlato, la discusión es cómo construimos aprendizajes interculturales que acerquen y enriquezcan a los estudiantes con experiencias, prácticas y saberes de los pueblos y nacionalidades hacia otras formas de administración de justicia.

Sin un diálogo intercultural de las ciencias y el derecho, que articule estrategias para una formación hacia el Estado plurinacional, la vigencia de este último no podrá ser viable. El reto es avanzar hacia tres dinámicas básicas: a) criterios interculturales capaces de transversalizar las temáticas a abordarse, b) contenidos curriculares para una reorganización intercultural y c) un campo formativo acorde con los principios y derechos que garanticen el Estado plurinacional e intercultural.

La interculturalidad debe aspirar a ser un elemento integrante del plan de carrera en la formación de juristas, sin pensar que deba reducirse a la incorporación de conocimientos que traten la realidad de pueblos y nacionalidades indígenas en cuanto a sistemas jurídicos en particular, sino como procesos epistemológicos que complementen y renueven la justicia estatal: eso es lo pertinente para construir el Estado plurinacional.

Esa forma de Estado requiere profundizar los análisis de las políticas interculturales y sus nociones jurídicas. Ahí cobra importancia la creación de temáticas que posibiliten la inclusión de conocimientos y saberes de otros sectores culturales históricamente excluidos (género, generacional, entre otros). El paradigma plurinacional no será posible sin interculturalidad en la educación superior legal.

La innovación del paradigma estatal exige asumir cambios desde la misma enseñanza-aprendizaje del derecho, porque aún seguimos formando profesionales con el esquema aislado de pensar en la justicia estatal, sin integrar y complementar las visiones y componentes de la justicia indígena y otros sistemas de fuentes de Derecho.

Los planes de estudio deberían asumir compromisos para no seguir enseñando un solo tipo de derecho –el estatal-. Ergo, hace falta pensar cómo cambiamos el aprendizaje para que aquel no sea el único que se enseña y analiza, porque nuestros ordenamientos se conforman por la convergencia de varios sistemas jurídicos. No podemos quedarnos en que el modelo estatista del Derecho y el formalismo jurídico son los únicos aplicables para nuestros países, porque continuaríamos la formación de un Estado y un derecho monoculturales.

Es preciso revisar los itinerarios académicos en los planes de la carrera y programas de posgrado en derecho. Desde luego, se trata de pensar otras articulaciones en los ámbitos de estudio e intervención de la profesión con perspectivas multidisciplinares, multiprofesionales, interculturales e investigativas.

9. El enfoque de género en los estudios normativos

Por supuesto, es imprescindible suscitar rupturas epistemológicas. La necesidad de construir la gestión curricular basada en la perspectiva de género en los estudios jurídicos es una de ellas. La producción del conocimiento debe sustentarse en las intervenciones y las generaciones propias de los sujetos educativos. Las actividades de investigación durante la carrera son muy escasas, y resulta una equivocación conceptual y

metodológica plantear, únicamente en su terminación, la elaboración de un proyecto de investigación.

El gran salto cualitativo está en que los actores del aprendizaje asuman tareas permanentes y diversas de investigación³⁶, a partir de sus niveles iniciales hacia todo el ciclo de estudios con el fin de fomentar la preparación para su trabajo final de titulación.

Los sujetos que intervienen en el aprendizaje deben elaborar trabajos y consultas con ejes transversales de estudios críticos que impliquen:

- a) Pasar de la revisión de doctrinas y conceptos centrales a la identificación y deconstrucción de la retórica, historia, proyecto disciplinario y práctica de los estudios con enfoque de género;
- b) Articular el estudio del lenguaje y contenidos temáticos de las normas jurídicas con estudios culturales e interdisciplinarios de género;
- c) Incluir diversas perspectivas de los estudios y movimientos feministas que contrasten el análisis del

³⁶ Una señal que puede acercarnos a esta realidad es que en la academia jurídica ecuatoriana escasean las revistas especializadas sobre la investigación científica del Derecho y faltan revistas técnicas que aborden el tema del aprendizaje de disciplinas jurídicas. En ese contexto, hacen falta diagnósticos y estudios sobre los planes de la carrera y sus cambios. Los problemas sobre estas cuestiones no puede ser de interés de los abogados únicamente, cuando fueron estudiantes y tuvieron dificultades pedagógicas o metodológicas a la hora de aprobar una asignatura, curso o su equivalente. Las facultades deben intercambiar criterios sobre la reorganización de los currículos de la carrera, pero también representa una necesidad posicionar el tema en la sociedad.

derecho como sistema de reglas y la incorporación de enfoques antiformalistas y funcionalistas; y,

- d) Fomentarelanálisiscríticodelosproblemashermenéuticos de los jueces y la jurisprudencia como nuevos creadores de derecho objetivo en la profundización del enfoque de género.

Los itinerarios académicos deben contener una agrupación secuencial de componentes con diversas metodologías de análisis crítico de la dogmática jurídica; incluyendo visiones descriptivas y sistemáticas; complementando sus bases formalistas; impulsando la investigación empírica de las ciencias jurídicas; promoviendo análisis lógico-conceptuales; conectando con análisis económicos del derecho; e, identificando los análisis ideológicos o su dimensión valorativa.

La organización del estudio debe caracterizarse por mayores niveles de rigurosidad y objetividad, lo cual debe ser visto como un método constante de investigación. Precisamente, para formar juristas que no ofrezcan respuestas verdaderas o falsas sobre una determinada interpretación o solución jurídica, sino que presenten argumentaciones discutidas y pensadas desde las comunidades jurídicas universitarias; y, a partir de cómo se construyen esas argumentaciones y su justificación, proponer otras formas de evaluación crítica y autocrítica³⁷.

³⁷ Al respecto, RABINOVICH-BERKMAN, R. señala lo siguiente: *¿Y si evaluáramos por el trabajo? Es decir, si encontrásemos maneras de calificar al alumno por lo que ha leído de manera crítica y libre, de darle su nota por la formulación creativa de propuestas (por ejemplo, de reformas legales fundamentadas) (...), ¿y si buscáramos formas de incentivarlo a introducirse y perfeccionarse en la investigación, y evaluásemos las tareas realizadas y los productos resultantes? Entonces, un curso de cincuenta*

El estudio del Derecho³⁸ afronta una gran indeterminación de su lenguaje que termina por cuestionar hasta dónde llega la neutralidad u objetividad de quienes lo investigan y analizan. En función de esto radica la importancia de trascender los discursos de la dogmática jurídica y plantear la construcción de técnicas argumentativas (materiales, formales, pragmáticas) e interpretativas como una estrategia indispensable para el aprendizaje.

Las trayectorias formativas deben permitir que los propios actores académicos escojan aquellas que sean más oportunas para organizar su aprendizaje complementario. Para ese propósito, los estudios críticos deben estar presentes en todas las unidades de organización curricular (básica, disciplinar, multidisciplinar y/o inter disciplinar, y de titulación) para crear fundamentación de premisas teóricas y prácticas, con criterios de corrección en cuanto a reglas procedimentales y técnicas con distintos mecanismos de interpretación normativa (sistemáticos, evolutivos, correctores, en contrario, y otros).

Se trata, por tanto, de incorporar herramientas conceptuales, metodológicas y prácticas que integren estrategias pedagógicas

alumnos tendría cincuenta respuestas diferentes. Y los estudiantes se esperarían a la salida del examen para comentarse sus respuestas, pero no para saber si dijeron o no lo que se esperaba unívocamente que dijeran. Véase RABINOVICH-BERKMAN, R. "La triste historia del vikingo Sigurd Haraldsson o de cómo si algo anda mal, suele convenir cambiarlo", en Revista En Letra. N.º 4, Año 2, T. II, 2015, pp. 5-11.

³⁸ Para hacer una radiografía al respecto, podríamos ensayar esta inquietud: ¿Cuántos libros leen los docentes, durante el estudio de esta ciencia?

de aquellos elementos que nos distinguen como seres humanos³⁹ y propician el desarrollo de capacidades (físicas, afectivas, emocionales y espirituales) con la finalidad de que esos escenarios con enfoque de género puedan replicarse después durante los ejercicios laborales y profesionales.

10. A pensar: ¿para qué enseñamos?

¿Por qué proponer estas iniciativas y propósitos para la enseñanza del Derecho?

Porque el desafío radica en formular metodologías claras y permanentes de investigación con la concurrencia de ejes transversales de estudios críticos para impulsar una racionalidad epistemológica de sujetos que aprenden construyendo su currículo de preparación. No conviene continuar el modelo de sujetos que se mantienen en una causalidad lineal: mecánica, simple y finita de su aprendizaje.

Las nuevas agendas programáticas y pragmáticas de la enseñanza-aprendizaje deben proponer renovadas epistemologías, las cuales deben formularse a partir de las contradicciones y los fenómenos que subsisten en la región. Dicho propósito es posible al elaborar tejidos cognoscitivos y estándares de aprendizaje desde i) nuestra realidad; y, ii) a partir de todo aquello que el fenómeno de la globalización del derecho interpela⁴⁰.

³⁹ Véase a SALGADO ÁLVAREZ, J. *Manual de formación en género y Derechos Humanos*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador-Corporación Editora Nacional, 2013, p. 181.

⁴⁰ Al respecto, véase a TUSHNET, M. "La inevitable globalización del Derecho constitucional", en *Taller sobre la separación de poderes: el*

Las apuestas por comprender un sistema jurídico implican análisis simultáneos sobre la fuerza normativa de lo fáctico, el poder y su control, así como de sus variados desafíos de su naturaleza conflictiva⁴¹.

Así, será posible recrear los saberes y sus formas de producir para instar las rutas que abran los caminos orientados a que el derecho asimile a los pueblos y los colectivos; de modo que, las diferentes culturas y experiencias sociales compartidas de aquellos se incluyan en él con el fin de que sea factible pensar en un sistema jurídico plural, con enfoque de género e intercultural crítico. Tal vez, de esa manera, avizoremos los objetivos de desarrollo del derecho en la región.

papel cambiante de los tribunales superiores en un mundo internacionalizado. Academia de Derecho Internacional de la Haya, 23-24 de octubre de 2008; DE CARVALHO LAGE, F., BALBÍN, F. M., y TEJADA, M. R. (trads.) y VITETTA, M. (rev.). *Seminario Fundamentos constitucionales del Estado de la cátedra de RAÚL GUSTAVO FERREYRA.* Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 18 de noviembre de 2015.

⁴¹ La función de conocimiento del sistema jurídico implicaría tres problemas: primero, la congruencia o incongruencia de las reglas que lo integran, con valores superiores que inspiren determinado ideal de justicia. Segundo, la revisión de la existencia y configuración misma de las reglas del Derecho y el examen de sus problemas ontológicos. Tercero, el análisis que se deriva de si las reglas que lo componen, son o no son efectivamente cumplidas y acatadas por las personas y órganos a quienes se dirigen. Véase algunos planteamientos de FERREYRA, R. G. "Enfoque sobre el mundo del Derecho. Constitución y Derechos Fundamentales", en *Academia.* Buenos Aires, N.º 21, Año 11, 2013 p. 246.

11. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÓN REYES, MANUEL. “La Constitución como paradigma”, en Carbonell, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid, Trotta, 2007.

ATIENZA, MANUEL. “¿Es posible una enseñanza científica del Derecho?”, *El Basilisco*, N.º 5, septiembre-noviembre de 1978. Disponible en la siguiente página web: <http://www.fgbueno.es/bas/pdf/bas10502.pdf>. (digital)

ÁVILA CAMBEIRO, MARÍA GABRIELA. “Enseñar a aprender en Derecho: la importancia de la formación docente del formador”, *Academia*. N.º 24, Año 12, segundo semestre, 2014. (digital)

AYALA ROJAS, DORA ESTHER. “Aportes trialistas para un diseño curricular integrado”, *Academia*. N.º 22, Año 11, 2013. (digital)

BORDIEU, PIERRE. “La fuerza del Derecho: hacia una sociología del campo jurídico”, en BORDIEU, PIERRE, y TEUBNER, GUNTHER. *La fuerza del Derecho*. Santa Fe de Bogotá, Ediciones Uniandes, 2000.

CARBONELL, MIGUEL. “La importancia de la educación continua”, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell. Disponible en la siguiente página web: <https://www.youtube.com/watch?v=WQWfDH3C-Xg>. (digital)

CÓRDOVA VINUEZA, PAÚL. *Derecho procesal constitucional. Estudios críticos de doctrina, dogmática, argumentación y jurisprudencia*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.

_____. CUEVA, L., y ROMO, M. “Debates y desafíos en la enseñanza del Derecho en el Ecuador”, *Cuadernos del Contrato Social por la Educación-Ecuador. Deserción, calidad y reforma universitaria. Apuntes para el debate*. Quito, Contrato Social por la Educación, N.º 10, 2014.

D’ AURIA, ANÍBAL. “Modernidad, universidad y pensamiento crítico”, *Academia*. N.º 23, Año 12, primer semestre, 2014.

DE BAGGIS, GUSTAVO FEDERICO. “Solicitud de *Hábeas Corpus* para la orangután Sandra. Comentario a propósito de la Sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal”, Buenos Aires, 18 de diciembre de 2014. Disponible en la siguiente página web: <http://www.derechoanimal.info/images/pdf/GFB-Habeas-Corpus-Sandra.pdf>.

DE FAZIO, FEDERICO. “La enseñanza del Derecho en los estados Constitucionales”, *Academia*. N.º 22, Año 11, 2013.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. “Cuando los excluidos tienen derechos”, en De Sousa Santos, Boaventura. *Cuando los excluidos tienen derecho. Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*. Quito, Consejo de la Judicatura-Fundación Rosa Luxemburgo, 2012.

ESTRELLA VINTIMILLA, PABLO (edit.). *La educación legal en el Ecuador*. Quito, Corporación Editora Nacional-

Projusticia-Asociación Ecuatoriana de Facultades de Jurisprudencia, 2001.

FAIRSTEIN, GABRIELA A., SCAVINO, N. CAROLINA, FRONTINI, M. PATRICIA, TORRE, VALERIA A., DUHALDE, MARIELA C. MERCEDES, y POTENZE, MARIELA C. (trads.). “La construcción del conocimiento en Ciencias Jurídicas y su valor para la enseñanza”, *Academia*. N.º 23, Año 12, primer semestre, 2014.

FERREYRA, RAÚL GUSTAVO. “Cultura y Derecho constitucional. Entrevista a Peter Haberle”, *Estudios Constitucionales*. Santiago de Chile, vol. VIII, N.º1, 2010. Disponible en el siguiente portal web: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002010000100014&script=sci_arttext.

_____. “Enfoque sobre el mundo del Derecho, Constitución y Derechos Fundamentales”, *Academia*. Buenos Aires, N.º 21, Año 11, 2013.

GARGARELLA, ROBERTO. “Introducción”, en Gargarella, R. (coord.). *Teoría y crítica del Derecho constitucional*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 2008.

PÉREZ ROYO, JAVIER. *Curso de Derecho constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 2010.

PEZZETTA, SILVINA. “Ejercicio sobre las opiniones y expectativas de los estudiantes de Derecho. Entre la conformidad y la crítica”, *Academia*. N.º 24, Año 12, segundo semestre, 2014.

RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO. “La triste historia del vikingo Sigurd Haraldsson o de cómo si algo anda mal, suele convenir cambiarlo”, *Revista En Letra*. Tomo II, N.º 4, Año 2, 2015.

SALGADO ÁLVAREZ, JUDITH. *Manual de formación en género y Derechos Humanos*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador-Corporación Editora Nacional, 2013.

TUSHNET, MARK. “La inevitable globalización del Derecho constitucional”, en *Taller sobre la separación de poderes: El papel cambiante de los tribunales superiores en un mundo internacionalizado*. Academia de Derecho Internacional de la Haya, 23-24 de octubre de 2008. De Carvalho Lage, Fernanda, Balbín, Francisco Manuel, Tejada, María Rosario (trads.) y Vitetta, Mariano (rev.). *Seminario Fundamentos constitucionales del Estado de la cátedra de Raúl Gustavo Ferreyra*, Universidad de Buenos Aires, 18 de noviembre de 2015.

WRAY, ALBERTO. “Derecho y realidad: la enseñanza legal en una sociedad subdesarrollada”, *Revista de Derecho*. Facultad de Derecho, Universidad Católica de Perú, N.º 32, 1974. Disponible en la siguiente página web: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6155/6179>. (digital)

Normativa

CONSEJO DE EDUCACIÓN SUPERIOR DEL ECUADOR. Reglamento de Régimen Académico. *Registro Oficial*. 2.º Suplemento, N.º 136, de 3 de diciembre de 2013.

DISCURSO EXTREMISTA Y LA EXPANSIÓN DE LA CENSURA

DISCURSO EXTREMISTA Y LA EXPANSIÓN DE LA CENSURA¹

CÉSAR FRANCISCO GALLEGOS PAZMIÑO²
EDDY ISMAEL VILLACÍS FLORES³

RESUMEN:

Las más importantes redes sociales han respondido al contenido denunciado como *discurso de odio* dentro de las veinticuatro horas a partir de su publicación, un proceso apresurado que puede intercambiar una expresión tan controvertida por resultados rápidos, haciendo que el contenido de interés periodístico y la crítica terminen siendo eliminados. El impacto de la coerción extralegal es de gran alcance, puesto que las leyes nacionales están limitadas por las fronteras geográficas, a diferencia de la aplicación global de los términos de servicio. Las empresas pueden contrarrestarlo con claridad de definición, responsabilidad sólida, transparencia detallada y supervisión del defensor del pueblo.

¹ Artículo recibido el 24 de diciembre de 2019 y aprobado el 24 de enero de 2020.

² Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador por la Universidad Central del Ecuador. Asesor adscrito del Comité Ejecutivo del Centro Educativo Latinoamericano de Investigaciones Sociales para el Siglo XXI. Secretario del Comité Ejecutivo del Centro Educativo Latinoamericano de Investigaciones Sociales para el Siglo XXI.
Correo electrónico: cesargalpaz@gmail.com
ORCID: 0000-0001-9349-7658

³ Egresado de la carrera de Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sede Ibarra.
Correo electrónico: eddyvf_95@hotmail.com
ORCID: 0000-0002-2634-3605

PALABRAS CLAVE:

Libertad de expresión, censura, discurso de odio, redes sociales, términos de servicio.

ABSTRACT:

The most important social media platforms worldwide have replied to same content reported as “hate speech” through the next 24 hours since its posting date, an early procedure that might exchange a controversial expression for quick results, resulting in the fact that journalistic-interest content might be deleted. The impact in extra-legal pressure has reached a long range, due to national law is limited by geographic borders, unlike the global application if the terms of service. Companies can balance this issue with clear definitions, solid responsibility, detailed transparency and the vigilance of ombudsman.

KEYWORDS:

Freedom of expression, censorship, hate speech, social media terms of service

Introducción:

En 2008, el senador estadounidense JOSEPH LIEBERMAN se enfrentó a las compañías de Internet. La disputa se refería a la demanda del senador referida a que las plataformas eliminarán cientos de videos de capacitación de Al-Qaeda. El senador LIEBERMAN argumentó que al mantener los videos, las compañías de tecnología fueron cómplices en el reclutamiento de terroristas⁴. *YOUTUBE* de Google se mantuvo rápido en defensa del derecho de los usuarios al expresar puntos de vista impopulares. Como escribió JEFFREY ROSEN en ese momento, Nicole Wong de Google y sus colegas trabajaron *de manera impresionante para poner el compromiso a largo plazo de la compañía con la libre expresión por encima de sus intereses financieros a corto plazo*⁵.

Ignorar las demandas del senador era una estrategia segura: cualquier esfuerzo para proscribir contenido extremista probablemente fracasaría, dada la hostilidad de la Primera Enmienda frente a las regulaciones basadas en puntos de vista. La libertad de expresión estadounidense valora las decisiones de políticas guiadas en Silicon Valley mucho después del enfrentamiento con el senador LIEBERMAN. Las compañías de medios sociales miran rutinariamente a la doctrina de la Primera Enmienda al elaborar políticas en los términos de servicio referentes al discurso. TWITTER, un ejemplo de este espíritu, fue conocido como *el ala de la libertad de expresión del partido de la libertad de expresión*⁶.

⁴ LIEBERMAN, J. 2008.

⁵ LEE, T. 2008.

⁶ HALLIDAY, J. y WANG, T. 2008.

Desde el principio, el compromiso de las empresas de tecnología con la libre expresión admitió algunas excepciones. Los términos de servicio y las pautas de la comunidad prohibieron la pornografía infantil, el *spam*, el *phishing*, el fraude, la suplantación de identidad y las violaciones de derechos de autor⁷. Las amenazas, el acoso cibernético, la pornografía no consensual y el discurso de odio fueron prohibidos después de largas discusiones con grupos de defensa⁸. El objetivo era lograr un equilibrio adecuado entre la libertad de expresión y la prevención del abuso, al tiempo que se preservaba la participación del mercado de las plataformas.

Más recientemente, las compañías de medios sociales han revisado sus políticas de discurso, con respecto a la propaganda extremista y de odio. Sin embargo, a diferencia de los cambios anteriores, estas revisiones no fueron el resultado de las fuerzas del mercado, no se hicieron para satisfacer los deseos de los anunciantes y defensores. En su lugar, fueron adoptados para evitar la regulación europea amenazada. Después de los ataques terroristas en París y Bruselas, a finales de 2015, los reguladores europeos criticaron a las empresas de tecnología por no combatir el reclutamiento de terroristas en sus plataformas. Su mensaje era claro: las plataformas en línea enfrentarían penas civiles y penales onerosas, a menos que sus políticas y procesos resultaran en la rápida eliminación del discurso extremista⁹.

Las compañías tecnológicas se acomodaron a estas demandas, porque la regulación del discurso extremista era una posibilidad real. A diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos, en

⁷ TWITTER. 2016.

⁸ GUYNN, J. 2017.

⁹ GUYNN, J. 2017.

la Unión Europea no existe una fuerte presunción contra las restricciones de voz. El 31 de mayo de 2016, FACEBOOK, MICROSOFT, TWITTER y YOUTUBE firmaron un acuerdo con la Comisión Europea para eliminar el discurso de *odio* dentro de las veinticuatro horas, según corresponda, de acuerdo a sus términos del servicio¹⁰. Seis meses después, las mismas compañías anunciaron planes para una base de datos compartida de contenido extremista prohibido para su revisión y eliminación en otros lugares¹¹.

Casi una década después, los legisladores europeos lograron lo que el senador LIEBERMAN no pudo. Al insistir en los cambios en las reglas y prácticas de libre expresión de las plataformas, los reguladores de la UE han ejercido su voluntad en todo el mundo¹².

A diferencia de las leyes nacionales, que se aplican solo dentro de las fronteras de un país¹³, los términos de servicio se aplican donde se accede a las plataformas. De manera similar, mientras que los tribunales locales solo pueden ordenar plataformas para bloquear el material al que se accede en su jurisdicción, la base de datos de la industria tiene el potencial de resultar en una censura mundial.

¹⁰ UNIÓN EUROPEA. 2016.

¹¹ NEWTON, C. 2016.

¹² CORTE DE APELACIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS. Caso Fairley vs. Andrews. 2009.

¹³ A diferencia de la UE, en los Estados Unidos, amenazar con regular el discurso protegido implica las protecciones de la Primera Enmienda. *Las penas amenazantes para el futuro del habla tienen el nombre de restricción previa, y una restricción previa es la primera violación de la primera enmienda.* CORTE DE APELACIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS. Caso Fairley vs. Andrews. 2009.

Todo esto podría gozar de cierta justificación, si los reguladores de la UE centraran sus esfuerzos en el discurso proscrito en sus países. Pero éste no ha sido el caso. Los llamamientos para eliminar el discurso de odio se han disparado rápidamente para abarcar una expresión, que no viola la legislación europea existente, incluida la *radicalización en línea* y las *noticias falsas*¹⁴. Los funcionarios de la UE han insistido en un discurso de odio, que puede extenderse a la disidencia política y los acontecimientos de interés periodístico. En riesgo, la censura se arrastra a escala global.

Se ha explorado cómo los requisitos legales formales y la presión informal del gobierno pueden resultar en censura colateral: el silenciamiento de actores privados por parte de otros actores privados. El becario de libertad de expresión y fundador del Proyecto de la Sociedad de la Información de Yale, JACK BALKIN, advirtió:

*Actualmente, Internet se rige principalmente por los valores del régimen menos censorador: el de los Estados Unidos de América. Si los estados nacionales pueden imponer el filtrado, el bloqueo y la desvinculación globales, Internet se regirá por el régimen más censorador. Esto socavará el bien público global de una Internet gratuita*¹⁵.

El asalto al *bien público global de una Internet gratuita* ya está en marcha. Como muestra este artículo, la expresión digital se ajusta a la reglamentación sobre la libertad de expresión de la UE, con el discurso extremista y odioso como catalizadores.

¹⁴ McGOOGAN, C. 2016.

¹⁵ BALKIN, J. 2018.

Este artículo tiene tres partes. La Parte I expone la presión que enfrentan las empresas de tecnología para adaptar sus políticas de voz a las normas de la UE. Como muestra de la Parte I, analizaré el reciente retiro de Silicon Valley de un fuerte compromiso con la libertad de expresión, el cual tiene más que ver con la compulsión que con la elección. La Parte II explora las consecuencias, destacando el riesgo de que la censura se arrastre a escala global. La Parte III ofrece garantías diseñadas para contener la presión extralegal para el bien de la libre expresión.

1. El poder de la Unión Europea sobre las reglas de discurso privado

Después de una serie de ataques terroristas mortales y delitos de odio en el 2015, los legisladores europeos dijeron a las empresas de redes sociales que eran -en parte- responsables de la violencia. Desde su punto de vista, las plataformas en línea habían habilitado a extremistas violentos al darles acceso a posibles reclutas. Los legisladores europeos advirtieron a las compañías que enfrentarían multas penales y civiles, a menos que se eliminara el extremismo en línea.

Después del ataque a Charlie Hebdo, el presidente francés, François Hollande, pidió una legislación que hiciera a las plataformas de las redes sociales responsables del contenido *extremista* de los usuarios. El Ministro del Interior francés, Bernard Cazeneuve, siguió esa advertencia con reuniones en Silicon Valley. Las conversaciones con los ejecutivos de tecnología dieron algunos frutos: varias compañías acordaron continuar eliminando el contenido relacionado con el terrorismo. Esto fue solo el comienzo de las concesiones de Silicon Valley a los reguladores europeos.

a) Código de Conducta

El 3 de diciembre de 2015, la Comisión Europea estableció el Foro Europeo de Internet (en adelante el *Foro*). El objetivo era el desarrollo de un *enfoque conjunto y voluntario* para la detección y eliminación de la *incitación terrorista en línea y el discurso de odio*¹⁶. Entre los participantes, se encontraban funcionarios europeos, Europol y las empresas de tecnología FACEBOOK, Microsoft, TWITTER y YOUTUBE; el Comisario europeo de Migración, Asuntos del Interior y Ciudadanía comentó:

*Los terroristas están abusando de Internet para difundir su propaganda venenosa: eso debe detenerse. La asociación voluntaria que lanzamos hoy con la industria de Internet [tiene como objetivo] abordar este problema. Queremos resultados rápidos. Esta es una nueva forma de abordar este abuso extremista de Internet, y proporcionará la plataforma para compartir el conocimiento experto, [y] para desarrollar conclusiones rápidas y operativas [...]*¹⁷.

El Foro produjo resultados en poco tiempo. El 31 de mayo de 2016, la Comisión Europea anunció un acuerdo con las compañías tecnológicas titulado “Código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en internet” (*acuerdo de odio o el Código*)¹⁸. Las compañías tecnológicas acordaron prohibir la *conducta de odio*, definida como un discurso que

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ CLARK, L. 2016.

incita a la violencia o al odio contra grupos protegidos¹⁹. Los informes de discursos de odio serían revisados dentro de las veinticuatro horas y eliminados si el discurso violaba los términos de servicio de las compañías. La Comisión Europea dejó en claro que realizaría revisiones periódicas del cumplimiento de las compañías tecnológicas con el acuerdo de discursos de odio. La Comisionada Europea de Justicia, Consumidores e Igualdad de Género, VERA JOUROVÁ, calificó el acuerdo de incitación al odio como algo esencial para combatir el uso de las redes sociales para *radicalizar a los jóvenes y difundir la violencia y el odio*²⁰.

En diciembre de 2016, la Comisión Europea emitió su primera evaluación del manejo de los informes de odio por parte de las empresas de tecnología y los comentarios no fueron positivos. Durante un período de seis semanas, doce organizaciones, que trabajaban en nombre de la Comisión, informaron sobre supuestos casos de incitación al odio y siguieron la respuesta de las compañías²¹. La Comisión Europea criticó la *tasa de éxito* de las compañías de tecnología, el número de solicitudes que resultaron en eliminación y puntualidad. Solo el cuarenta por ciento de las acusaciones se revisaron en veinticuatro horas y el veintiocho por ciento de los que se informaron como conducta odiosa, se eliminaron.

b) Base de Datos *Lista Negra*

Las autoridades de la UE han estado en contacto con compañías de redes sociales sobre el uso de sus servicios por parte de los

¹⁹ EUROPEAN COMMISSION. 2016.

²⁰ TOOR, A. 2016.

²¹ UNIÓN EUROPEA. 2016.

grupos terroristas durante los últimos siete años²². Durante años, el contacto se desarrolló de manera *ad hoc* con el cumplimiento de la ley, solicitando a las empresas que eliminen el contenido²³. El Reino Unido estableció una Unidad de Referencia de Internet contra el terrorismo (CTIRU, por sus siglas en inglés) para identificar e informar el *extremismo violento y no violento* a las plataformas en línea²⁴. De 2010 al 2015, CTIRU aseguró la eliminación de 249.091 piezas de contenido relacionado con el terrorismo²⁵.

Dado el éxito de los esfuerzos de CTIRU, Europol estableció su Unidad de referencia de Internet, que se describe como una *asociación [...] con el sector privado (para promover la ‘autorregulación’ de los proveedores de servicios en línea)*²⁶. Noventa y uno por ciento del contenido informado se ha eliminado²⁷. EUROPOL ha descrito el cumplimiento por parte del sector privado de sus solicitudes de eliminación como *voluntario*.

A fines de 2015, las compañías de medios sociales enfrentaron una creciente presión para sistematizar el proceso de eliminación. El contenido extremista debía eliminarse más rápido y de ser posible, antes de estar en línea. Una sugerencia fue la adopción de una base de datos de la industria, la cual permita la detección de imágenes, audio y archivos de video terroristas, violentos,

²² MURDOCK, J. 2016.

²³ BENESCH, S., y MCKINNON, R. 2012.

²⁴ CRAIG, S. y LLANSÓ, E. 2015.

²⁵ EU INTERNET REFERRAL UNIT. 2016.

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ BAKER, J. 2016.

prohibidos²⁸. La base de datos recopilaría *hashes*, o huellas digitales únicas, de contenido prohibido para que pueda marcarse y eliminarse instantáneamente²⁹.

Inicialmente, Silicon Valley rechazó la idea. Los ejecutivos expresaron su preocupación de que el contenido valioso pudiera ingresar a la base de datos ya que no había un consenso claro sobre el significado de *discurso terrorista*. Otra preocupación era que los gobiernos podrían tratar de usar la base de datos para silenciar a sus críticos.

Seis meses después, las compañías tecnológicas cambiaron de rumbo y anunciaron planes para una base de datos de la industria para ayudar a prevenir la propagación de *imágenes terroristas violentas*³⁰. En un comunicado de prensa, las compañías tecnológicas señalaron que otras plataformas serían bienvenidas tan pronto como la base de datos esté en funcionamiento³¹. La Comisión Europea calificó la base de datos como el siguiente paso lógico en una asociación público-privada para combatir el extremismo³². En su opinión, la base de datos era *un importante paso adelante en la forma de una respuesta colaborativa de la industria para proteger a sus usuarios del contenido terrorista*³³. Google también señaló su esperanza de que la colaboración *conduzca a una mayor eficiencia, a medida que continuamos aplicando*

²⁸ WADDEL, K. 2016.

²⁹ NAKASHIMA, E. 2016.

³⁰ FACEBOOK. 2016.

³¹ MOODY, G. 2016.

³² EUROPEAN COMMISSION. 2016.

³³ *Ibíd.*

*nuestra políticas para ayudar a frenar el acuciante problema mundial del contenido terrorista en línea*³⁴.

Sin embargo, las compañías tecnológicas sí emitieron algunas pautas. La base de datos detectaría contenido de *las imágenes y los videos terroristas más extremos y notorios [...], con mayor probabilidad de violar todas las políticas de contenido de nuestras respectivas compañías*. El material no se eliminaría de inmediato de los sitios de los participantes. En cambio, cada compañía revisaría el contenido incluido en la base de datos bajo sus propias políticas. Las compañías de tecnología reconocieron la importancia de directrices claras para garantizar que la base de datos de la industria no se utilice para censurar el discurso público³⁵.

c) Más coerción que elección

La normativa europea ha influido en la política en todo el mundo, a menudo reforzando la regulación global. Más obviamente, la UE proporciona estándares globales, cuando las regulaciones extranjeras imitan sus estrictas reglas. La influencia de la UE también se siente cuando las empresas adoptan sus estrictos estándares, como resultado de las fuerzas del mercado. En lo que se ha denominado el *efecto de Bruselas*, las empresas siguen las leyes de la UE en sus operaciones globales, porque les permite operar simultáneamente en los mercados internos más grandes del mundo y en jurisdicciones con estándares más laxos. En áreas como la privacidad de los datos y leyes antimonopolio, las empresas han ajustado sus operaciones globales a estándares

³⁴ SHACKFORD, S. 2016.

³⁵ CLARK, L. 2016.

Europeos más restrictivos para evitar la imposición de sanciones por cumplimiento fragmentario.

Sin embargo, las fuerzas del mercado no explican la reciente adopción, por parte de Silicon Valley, de las normas de discurso de la UE, relacionadas con el discurso extremista. Las compañías tecnológicas no cambiaron sus políticas y prácticas de libre expresión por razones de eficiencia. No intentaban atraer tarifas publicitarias, ni la aprobación de los defensores. Estaban respondiendo a las amenazas del gobierno: no haciendo cambios voluntarios en sus políticas.

Las empresas tecnológicas cedieron a las demandas de los reguladores europeos, porque sabían que sus amenazas no estaban inactivas. En la Unión Europea, a diferencia de los Estados Unidos, no existe una fuerte presunción contra las restricciones de la libre expresión³⁶. El discurso de odio y la propaganda extremista ya estaban prohibidos en algunos estados miembros de la UE³⁷.

Los proveedores de redes sociales sabían que si se aprobaran y aplicaran leyes onerosas, alojar contenido generado por el usuario sería prohibitivamente costoso. No importa con cuánta frecuencia los legisladores de la UE describan los cambios en plataformas digitales como decisiones *voluntarias*, solo pueden entenderse razonablemente como el producto de la coerción del gobierno.

La comparación de la dinámica de los cambios anteriores en las políticas de expresión de las empresas con los desarrollos recientes

³⁶ UNIÓN EUROPEA. 2010.

³⁷ BERSHIDSKY, L. 2016.

demuestra este punto. En entrevistas realizadas en 2010 y 2011, el personal de seguridad explicó que sus plataformas prohibían el discurso de odio porque se ajustaba al sentido de responsabilidad social corporativa de sus empleadores, a los deseos de los anunciantes y grupos de defensa³⁸. FACEBOOK, Xbox Live de MICROSOFT y otros anfitriones de contenido adoptaron diferentes definiciones del discurso de odio³⁹, desde el restrictivo (por ejemplo, el discurso dirigido a grupos marginados con violencia) hasta el amplio (por ejemplo, discurso que desprecia a los grupos marginados)⁴⁰. Las políticas corporativas del discurso de odio fueron un reflejo de las opciones comerciales, no de la presión del gobierno.

De manera similar, los cambios en las reglas de discurso privado en torno a la pornografía no consensual fueron un reflejo de las fuerzas del mercado. Ya en 2011, los grupos de defensa estaban presionando a las plataformas para cambiar sus reglas con respecto a la publicación de imágenes de desnudos sin el consentimiento de los sujetos⁴¹. Argumentaron que la pornografía no consensual no era buena para los negocios ni el resultado de la expresión sexual voluntaria.

El único aprovechamiento de los defensores fue su capacidad para unir a la opinión pública, lo que podría imponer costos modestos si algunos usuarios y anunciantes abandonaran sus plataformas. Después de que individuos destacados denunciaron la publicación no consensuada de sus imágenes de desnudos y de los medios

³⁸ CITRON, D. K., y NORTON. 2011.

³⁹ BURLACU, A. 2016.

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ CITRON, D. K. 2015.

de comunicación populares criticaron la falta de atención de las empresas al problema en el 2014, las principales plataformas en línea revisaron sus políticas para prohibir la práctica. Para estar seguros, los grupos de defensa tenían la capacidad de reunir el apoyo público detrás de la noción de que las empresas deberían prohibir la pornografía no consensuada. Pero, a diferencia de los gobiernos, no tenían ni el apalancamiento ni el poder para hacer que a las compañías les resulte prohibitivamente costoso ignorar su defensa. Por eso llevó una gran cantidad de tiempo y de manera crucial, presión del mercado, para que las plataformas cambien sus posiciones sobre la pornografía no consensuada.

Por el contrario, cuando las compañías tecnológicas cambiaron sus políticas y procedimientos de discurso con respecto al material odioso y extremista en el 2016, lo hicieron a la sombra de una regulación amenazada⁴². En lo que seguramente fue programado para disminuir el impacto de la revisión crítica de la Comisión Europea sobre el cumplimiento del acuerdo de odio, las compañías tecnológicas publicaron su anuncio sobre la base de datos de la industria el día antes de que la Comisión Europea publicara su informe. Como observó Eve Peyser, la base de datos de la industria fue sin duda el *esfuerzo rápido y fuerte que pidió la UE*⁴³. Los reguladores de la UE ejercieron su poder para imponer costos materiales en el discurso extremista para presionar la conformidad con sus normas de libre expresión.

Las demandas de los líderes europeos solo han aumentado desde el anuncio del acuerdo de odio y la base de datos de la industria. Después de una serie de ataques terroristas en Londres,

⁴² KAUFFMAN, G. 2016.

⁴³ SCOTT, M. 2016.

en el 2017, la Primera Ministra británica, Theresa May, y el presidente francés, Emmanuel Macron, amenazaron con multar a las compañías tecnológicas por *no eliminar la propaganda extremista de sus plataformas*⁴⁴. Pidieron a las plataformas de medios sociales que utilizaran la automatización para evitar la publicación, en lugar de confiar en los usuarios para marcar el contenido para su eliminación⁴⁵. Alemania cumplió sus amenazas al aprobar una ley que sanciona multas de hasta cincuenta y siete millones de euros si las empresas no eliminan el discurso de odio dentro de las veinticuatro horas posteriores a su informe⁴⁶.

En respuesta, Google anunció un plan de cuatro partes para abordar la propaganda terrorista que incluye un mayor uso de la tecnología para identificar videos relacionados con el terrorismo, contratar moderadores de contenido adicionales, eliminar publicidad en videos potencialmente objetables y dirigir a posibles reclutas terroristas hacia videos contra la radicalización⁴⁷. FACEBOOK anunció el uso de inteligencia artificial para detener la propagación de la propaganda terrorista y la contratación de 3000 personas más para revisar el discurso reportado como violaciones de los términos de servicio (TDS)⁴⁸. Estos esfuerzos parecen diseñados para evitar que los líderes europeos adopten o hagan cumplir leyes que castigarían a las empresas tecnológicas por no censurar adecuadamente el contenido extremista⁴⁹.

⁴⁴ PAULSON, A. y BOTKIN-KOWACKI, E. 2017.

⁴⁵ OFICINA DEL GABINETE y OFICINA DEL HOGAR. 2017.

⁴⁶ EDDY, M. y SCOTT, M. 2017.

⁴⁷ WALKER, K. 2017.

⁴⁸ BICKERT, M., y FISHMAN, B. 2017.

⁴⁹ CLARK, L. 2016.

2. La censura del contenido *Creep*

Sin lugar a dudas, la presión de la UE para eliminar conductas de odio y contenido terrorista violento podría ser beneficiosa. Los cambios en las prácticas de libre expresión de las empresas podrían evitar que los individuos marginados vean videos de Al-Qaeda, que piden la muerte de judíos y luego vayan a las sinagogas con armas. La base de datos compartida podría facilitar la rápida eliminación de videos espantosos de decapitación, evitando su propagación viral en todo el Internet. Con menos propaganda terrorista y menos discursos de odio en línea, podrían haber menos personas que se unan a combatientes de ISIS en Siria o que colocan bombas en mercados comerciales o en casas de culto.

Aunque estos beneficios potenciales no están en duda, también hay costos potenciales. Se podría interpretar que las políticas de TDS de las empresas prohíben el discurso mucho más allá del discurso que incita al odio (o que exhorta a la violencia) contra grupos vulnerables o contenido extremista violento. Podrían resultar en la eliminación global de los *tweets* de un funcionario del gobierno, podrían llevar a la eliminación mundial de sitios web que critiquen a los candidatos políticos⁵⁰, o podrían resultar en la suspensión global de los perfiles de FACEBOOK de los activistas de los derechos civiles⁵¹.

⁵⁰ WAMSLEY, L. 2017.

⁵¹ FACEBOOK prohibió temporalmente a un conocido activista y periodista de Black Lives Matter, Shaun King, que publicó mensajes racistas que recibió. El periodista LEVIN, SAM escribe: *FACEBOOK bloquea temporalmente al activista de Black Lives Matter después de publicar un correo electrónico racista*. LEVIN, S., en *The Guardian*. 2016.

Esta parte explica cómo esto podría ocurrir. Comienza por explorar el concepto de censura. Expone los costos del arrastre de la censura, incluida la supresión del debate legítimo y el discurso en contra que podría convencer a la gente de rechazar el fanatismo y la ideología terrorista.

a) Concepto

El término *creep* se refiere a la idea de que una herramienta diseñada para un propósito termina siendo utilizada para otro⁵². Las herramientas o programas diseñados para lograr un fin particular o para resolver un problema específico se extienden gradualmente a otros usos o contextos. En el contexto de la ingeniería, el fenómeno se denomina función *creep*⁵³. Dependiendo de las circunstancias, puede tener beneficios. Los nuevos usos de las tecnologías de propósito general pueden producir crecimiento económico, innovación y otras externalidades positivas⁵⁴; pero la función *creep* también puede ser costosa, teniendo efectos perniciosos que son tan graduales que eluden una revisión cuidadosa.

Puede considerarse dicha función involucrada en ciertos programas de vigilancia. Como FRANK PASQUALE y DANIELLE KEATS CITRON exploran en trabajos anteriores, los *fusion centers* comenzaron como asociaciones federales-estadales para combatir el terrorismo⁵⁵. Con el tiempo, su misión no se vio aminorada desde sus inicios antiterroristas para cubrir todos los

⁵² FRISCHMANN, B., y SELINGER, B. 2018.

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ CITRON, D. K., y PASQUALE, F. 2011.

delitos, amenazas y riesgos⁵⁶. Aunque se obtuvo poca seguridad con la expansión del trabajo de los *fusion centers*, tuvo un costo, incluida la pérdida de la privacidad individual, el habla entrecortada y la redirección de recursos lejos de las misiones de inteligencia central⁵⁷.

Ahora paso al concepto de la censura, que se refiere a la expansión de las políticas del habla más allá de sus objetivos originales⁵⁸. Como explica PAUL BERNAL, *cuando se construye un sistema de censura para un propósito, se puede estar bastante seguro de que se utilizará para otros propósitos*⁵⁹. Esta sección explora el potencial preocupante de la censura adoptada bajo la presión de la UE. Explica los motivos de la censura y detalla sus costos para las libertades individuales y la aplicación de la Ley.

b) Causas

Varias tendencias fomentarán y exacerbarán la censura: ambigüedad de definición, cumplimiento global de las reglas de expresión de las compañías y opacidad de las prácticas de expresión privadas. Esta sección explora las implicaciones de estas tendencias.

1. Definición ambigua

La censura ocurre cuando las reglas del habla se basan en una terminología ambigua. Sin pautas claras y ejemplos específicos,

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ PAULSON, A., y BOTKIN-KOWACKI, E. 2017.

⁵⁹ BERNAL, P. 2014.

los términos vagos son vulnerables a la revisión y expansión. Considere la definición del Código de *discurso de odio ilegal*: el discurso incita a la violencia o el odio contra un grupo o un miembro de dicho grupo basado en raza, religión, nacionalidad u origen étnico⁶⁰. Incitar al odio contra un grupo es un concepto ambiguo. Podría interpretarse para cubrir un discurso ampliamente entendido como odioso, como describir a los miembros de un grupo religioso como parásitos responsables del crimen y la enfermedad. Pero también podría entenderse que abarca un discurso que muchos caracterizarían como de interés periodístico. Dada la ambigüedad del término, la incitación al odio podría extenderse a las críticas de los católicos por encubrir la explotación sexual de niños por parte de los sacerdotes⁶¹. Podría interpretarse como una aplicación al discurso que desafía al fundamentalismo islámico por su homofobia o supresión de las mujeres⁶². Podría extenderse a discurso que expone el odio, el cual enfrentan las minorías raciales.

En el contexto del acuerdo sobre discurso de odio, la censura no es una posibilidad teórica. Ya está sucediendo. Los funcionarios europeos han combinado el *discurso de odio ilegal* con el contenido terrorista, discurso extremista e historias falsas. Al criticar la implementación del acuerdo por parte de las Compañías Tecnológicas, la Comisionada Europea de Justicia, Consumidores e Igualdad de Género señaló que las compañías no lograron eliminar *la radicalización en línea, el discurso ilegal de odio [y] las noticias falsas*⁶³. El debate legítimo podría caer

⁶⁰ COMISIÓN EUROPEA. 2016.

⁶¹ POST, R. 2009.

⁶² *Ibíd.*

⁶³ McGOOGAN, C. 2016.

fácilmente dentro de esa amplia caracterización del discurso de odio.

Que las definiciones vagas de discurso de odio se pueden usar para suprimir la disidencia legítima es una preocupación de hace tiempo. En particular, la definición de discurso de odio que figura en el acuerdo de discurso de odio ha estado sujeta a esta crítica durante mucho tiempo. Durante la redacción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en la década de 1940, los Estados Unidos de América (liderados por Eleanor Roosevelt) argumentaron que los dictadores podrían manipular la misma definición de discurso de odio para censurar la disidencia⁶⁴.

Como argumentó Roosevelt hace setenta años, los gobiernos pueden verse tentados a denunciar la disidencia política como discurso de odio con la esperanza de que las empresas lo eliminen. El defensor de los Derechos Humanos, JACOB MCHANGAMA, se ha preguntado si las compañías tecnológicas podrán resistir las *demandas inevitables* de los estados para eliminar el contenido que determinen como *odioso* o *extremista*⁶⁵. La resistencia puede ser difícil, especialmente si una parte significativa del mercado de las empresas proviene de los países que solicitan la eliminación de la palabra.

La base de datos de la industria plantea preocupaciones similares. La noción de contenido terrorista violento es vaga y, por lo tanto, sujeta a expansión. Aunque las compañías tecnológicas se han comprometido a incluir solo las *imágenes y videos terroristas*

⁶⁴ ASWAD, E. 2016.

⁶⁵ KAUFFMAN, G. 2016.

*más extremos y atroces*⁶⁶, sin embargo, es algo que no está claro. Las compañías tecnológicas actualmente tienen diferentes definiciones de contenido terrorista en sus términos de servicio, desde *contenido destinado a reclutar para organizaciones terroristas*⁶⁷ a *amenazas permanentes (directas o indirectas) a grupos de personas*⁶⁸.

Es probable que los gobiernos aprovechen la falta de claridad en el significado del contenido terrorista. Las compañías tecnológicas pueden enfrentar la presión de los actores estatales para incluir contenido gráfico y violento de todo tipo, no solo imágenes terroristas. En este sentido, un Ministro de Seguridad e Inmigración del Reino Unido ha argumentado que las plataformas deberían bloquear el contenido terrorista, incluso si no es ilegal porque la gente no quiere ver material *desagradable*⁶⁹.

Los partidarios de la base de datos de la industria han señalado el éxito de *Photo DNA* de MICROSOFT, que utiliza tecnología para eliminar la pornografía infantil de Internet⁷⁰. La base de datos de *Photo DNA*, administrada por el Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados (NCMEC, por sus siglas en inglés), no se ha transformado en una herramienta para la censura de otros tipos de material⁷¹. Pero la pornografía infantil es muy diferente de las imágenes terroristas. La pornografía infantil no es un concepto ambiguo, sus características se pueden definir e

⁶⁶ PÉREZ, S. 2016.

⁶⁷ YOUTUBE. 2019.

⁶⁸ TWITTER. 2019.

⁶⁹ CLARK, L. 2014.

⁷⁰ WADDELL, K. 2016.

⁷¹ KNIBBS, K. 2017.

identificar fácilmente. La base de datos de pornografía infantil es administrada por NCMEC, una organización con conocimiento experto y experiencia en pornografía infantil⁷². Como explicó Andy Sellars, la pornografía infantil *es realmente el único lugar donde los medios de comunicación son contrabando por su propia definición*⁷³.

En contraste, si el contenido equivale a material terrorista violento y atroz depende del contexto general, incluido el mensaje y la redacción precisa⁷⁴. Como explica Lee Rowland de la Unión Americana de Libertades Civiles (ACLU, por sus siglas en inglés), *los algoritmos no son buenos para determinar el contexto y el tono como el apoyo o la oposición, el sarcasmo o la parodia*⁷⁵. A diferencia de la clara ilegalidad de la pornografía infantil, el discurso terrorista violento puede ser precisamente eso, o por otro lado, noticias o defensa contra ideologías violentas⁷⁶.

⁷² JEONG, S. 2016.

⁷³ En abril de 2017, FACEBOOK anunció su adopción de nuevas herramientas para abordar el problema de la pornografía no consensual. FACEBOOK permitirá a los usuarios reportar fotos íntimas publicadas, sin el consentimiento de los *representantes especialmente capacitados* del equipo de operaciones de la comunidad del sitio, quienes revisarán las imágenes reportadas y las eliminarán, si violan los estándares comunitarios de FACEBOOK. HERN, A. 2017.

⁷⁴ WADDELL, K. 2016.

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ *Ibíd.*

2. Delación global

Los cambios recientes en las políticas y prácticas privadas relacionadas a la regulación de la libre expresión corren el riesgo de convertir la delación en el valor predeterminado global. ¿Cómo es eso? Hay dos razones interrelacionadas: primero, la delación puede convertirse en la respuesta alternativa a los requerimientos de remoción de contenido censurable; y segundo, los acuerdos TDS a menudo se aplican globalmente.

Para ilustrar la probabilidad de que la eliminación se convierta en automática, tenga en cuenta el código de conducta del discurso de odio. La eliminación puede convertirse en la posición de respaldo en el discurso de odio para evitar las críticas y la nueva regulación. Una presunción de eliminación es ciertamente más económica que asumir los costos de las nuevas leyes. Por esta razón, el Secretario General del Consejo de Europa advirtió que las entidades privadas en las asociaciones público-privadas probablemente ejercerán un *control excesivo* sobre el contenido en línea para evitar la responsabilidad por la transmisión de contenido ilegal⁷⁷.

Una práctica predeterminada de eliminación puede ser reforzada por el requisito del acuerdo de discurso de odio de que las compañías tecnológicas respondan a los informes de discurso de odio dentro de las veinticuatro horas. La velocidad inevitablemente sacrifica la deliberación reflexiva. El corto plazo proporciona una razón adicional para que la eliminación se convierta en la respuesta predeterminada al discurso de odio informado⁷⁸.

⁷⁷ CONSEJO DE EUROPA. 2016.

⁷⁸ YORK, J. 2016.

La supuesta supresión de los discursos de odio por parte de las empresas está destinada a tener un impacto global porque los acuerdos TDS están involucrados en lugar de órdenes judiciales u otras formas de proceso legal. Los acuerdos de TDS suelen ser los mismos en todo el mundo⁷⁹. Por lo tanto, las decisiones de eliminar o bloquear el contenido como infracciones de TDS significan que el contenido se eliminará o se bloqueará en cualquier lugar donde se vea la plataforma⁸⁰.

Considerando el impacto diferente de una orden judicial y una violación de TDS, suponiendo que Francia procesó con éxito un cartel por incitar a la violencia contra los musulmanes, con una orden judicial en mano, las autoridades francesas podrían pedir a las plataformas en línea que bloqueen el discurso de odio ilegal. El acceso al contenido probablemente se bloquee en Francia y solo en Francia. Pero las violaciones de TDS proceden de una manera más sistemática. Los términos del servicio relacionados con el discurso de odio y extremismo se aplican a las operaciones globales de las compañías tecnológicas. Debido a que el acuerdo de discurso de odio está operacionalizado a través de los términos de servicio, una presunción para eliminación podría significar la eliminación del contenido web mundial.

La base de datos de la industria también tiene el potencial de incluir en la lista negra de contenido en todo el mundo. Las compañías pueden sentir la presión de eliminar las imágenes con hash que otros participantes hayan designado como expresiones extremistas que violan los términos del servicio⁸¹. Si ese fuera

⁷⁹ YOUTUBE. 2019.

⁸⁰ LLANSÓ, E. 2017.

⁸¹ *Ibíd.*

el caso, la base de datos de la industria podría convertirse en un programa de *borrado de todo*. La base de datos puede desaparecer o nunca aparecer en ningún lugar en línea.

Aunque el plan actual es que cada participante realice una revisión independiente del contenido marcado, puede cambiar a medida que las compañías tecnológicas y los futuros participantes confíen en las evaluaciones de cada uno. Dadas las posiciones dominantes en el mercado de los participantes actuales y la probabilidad que nuevas empresas sigan el liderazgo de cada uno, el contenido terrorista incluido en la base de datos sería invisible para la mayoría de los usuarios en línea. Si un contenido marcado se trata como una razón automática para bloquear el contenido en las principales plataformas, el contenido no existiría.

Esto probablemente sucederá cuando las empresas más pequeñas tengan acceso a la base de datos de la industria. Es probable que las empresas de nueva creación y otras compañías con limitaciones de capital carezcan de los recursos para realizar una revisión cada vez que se detecte contenido censurable en sus servidores⁸². Pueden inclinarse a eliminar el contenido incluido en la base de datos cuando aparezca en sus sitios.

Como advierte la Directora de Libertad de Expresión del Centro para la Democracia y la Tecnología, EMMA LLANSÓ, la base de datos de la industria *se convertirá en un objetivo para los gobiernos y actores privados que buscan suprimir el discurso en toda la web*⁸³. Esto le da a los gobiernos un punto único de presión que, si es exitoso, permitiría el bloqueo de todo tipo de

⁸² *Ibíd.*

⁸³ LLANSÓ, E. 2017.

contenido desfavorecido en Internet. SCOTT SHACKFORD señaló: *Una vez que una herramienta se puede usar para censurar, en masa, una foto violenta de algún terrorista del Estado Islámico, esa herramienta se puede usar para censurar cualquier cosa a grandes rasgos*⁸⁴.

3. Opacidad

Lo que agrava estas preocupaciones es la opacidad de las prácticas privadas del habla. El contenido odioso o terrorista se está eliminando fuera de los procesos gubernamentales formales. Cuando las autoridades de la UE presentan informes de discursos de odio bajo los términos del servicio, es a través del sistema de quejas de la empresa en lugar de un proceso administrativo o judicial. A diferencia de las solicitudes ante un órgano administrativo o judicial, no hay palancas oficiales para descubrir que un gobierno ha hecho la solicitud.

En los últimos años, las plataformas dominantes en línea han proporcionado informes de transparencia que permiten a los usuarios conocer la cantidad de solicitudes formales realizadas por países específicos para eliminar contenido. Pero esos informes de transparencia pueden no captar completamente las solicitudes gubernamentales para eliminar el discurso de odio o para agregar contenido extremista violento a la base de datos compartida de la industria. Debido a que a las empresas se les pide que eliminen el discurso odioso o extremista a través de sus procesos privados en lugar de los gubernamentales, no hay garantía de transparencia. Como se aborda en la Parte III, esas solicitudes pueden quedar

⁸⁴ SHACKFORD, S. 2016.

fuera de los esfuerzos voluntarios de transparencia emprendidos por compañías tecnológicas.

c. Riesgos

La censura del contenido *creep*, crea riesgos serios para la libertad de expresión global. La información puede eliminarse aunque sea esencial para un debate público significativo y para un informe completo de las noticias⁸⁵. Las personas necesitan hablar y escuchar a otros para gobernarse a sí mismos, eso incluye la capacidad participar libremente en todas las *formas de crear significado e influencia mutua*⁸⁶. Como escribió el comité editorial del Washington Post en respuesta a la eliminación de la propaganda terrorista de las empresas de medios sociales, *los ciudadanos de todos los países merecen saber qué está pasando en el mundo y lo que piensa la gente en ambos extremos del espectro, por difícil que sea para el estómago*⁸⁷.

Como ha afirmado el activista de Derechos Humanos, Aryeh Neier (quien huyó de los nazis con sus padres en 1939), *la libertad de expresión en sí misma es el mejor antídoto contra las doctrinas venenosas de quienes tratan de promover el odio*⁸⁸. El público debe poder ver u oír puntos de vista odiosos o extremistas para interrogar y contrarrestar esos puntos de vista. La expresión de ideas odiosas o extremistas permite a la sociedad afirmar fuertes normas sociales que las rechazan, por lo que aquéllos que se oponen a las ideologías de odio o terroristas pueden explicar y

⁸⁵ RADSCH, C. 2015.

⁸⁶ BALKIN, J. 2016.

⁸⁷ THE WASHINGTON POST. 2016.

⁸⁸ RADSCH, C. 2014, p. 85.

justificar sus objeciones. Incluso, si la mayoría de las personas que abrazan las ideas de odio pueden no estar abiertas al contra discurso, algunas sí lo pueden estar. Por ejemplo, las discusiones en línea fueron fundamentales para el rechazo de MEGAN PHELPS-ROPER a la odiosa ideología de su familia.

En 2009, MEGAN PHELPS-ROPER, parte de la Iglesia Bautista de Westboro, reunió una considerable cantidad de seguidores que tuitearon contra las personas parte del colectivo LGBT. Con el tiempo, se conectó en línea con personas que no estaban de acuerdo con ella. Algunos de sus interlocutores señalaron la crueldad de sus posiciones⁸⁹.

PHELPS-ROPER explicó que sus discusiones en TWITTER la llevaron a rechazar las odiosas opiniones de la Iglesia Bautista de Westboro. Como explicó en su charla en TED a sus amigos en TWITTER:

Se tomaron el tiempo para entender las doctrinas de Westboro y, al hacerlo, pudieron encontrar inconsistencias que extrañaba toda mi vida [...] La verdad es que la atención que me mostraron estos extraños en internet fue [...] evidencia de que las personas del otro lado no eran los demonios que me habían hecho creer⁹⁰.

Esas conversaciones en línea *alteraron la vida* para PHELPS-ROPER, porque la ayudaron a ver que los miembros de su iglesia no eran los *últimos árbitros de la verdad divina, sino seres*

⁸⁹ CHEN, A. 2015.

⁹⁰ PHELPS-ROPER, M. 2017.

*humanos defectuosos*⁹¹. El trabajo de su vida es ahora hablar en contra del fanatismo⁹².

Aunque los riesgos en contra de la libertad de expresión son reales, hay otros costos más allá de este ámbito. La eliminación del discurso extremista puede dificultar que la policía haga su trabajo. Las investigaciones sobre terrorismo a menudo se basan en pistas dejadas en la actividad de las redes sociales. Por lo tanto, puede ser difícil investigar un posible acto de terrorismo si se eliminan inmediatamente las pruebas en línea.

Protección contra la censura de contenido *creep*

El acuerdo de discurso de odio y la base de datos de la industria están aquí para quedarse: su desmantelamiento a corto plazo es muy poco probable. Es probable que la UE continúe exigiendo más cambios *voluntarios* para forzar la conformidad con las normas de expresión deseadas. Para los posibles censores estatales, las *asociaciones público-privadas* son cursos de acción fructíferos. Aseguran la adopción de preferencias gubernamentales, sin la carga del proceso formal. Los actores estatales disfrutan de la ventaja del poder gubernamental, mientras evitan el desorden de los debates políticos y las audiencias judiciales. Los procesos de informes privados también permiten una censura mucho mayor de lo que permitiría la ley. Las definiciones de plataformas de discurso de odio se pueden ampliar para cubrir todas las formas de contenido desfavorable, incluida la disidencia política. Los reguladores de la UE no tienen ninguna razón para apartarse de este enfoque, dado el éxito de los esfuerzos extralegales.

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² *Ibíd.*

Las leyes diseñadas para verificar el potencial de la censura son poco probables. REBECCA MCKINNON lo expresó bien:

La colusión corporativa en la vigilancia y censura del gobierno es poco probable que se resuelva con la aprobación y la aplicación de las leyes, incluso con los gobiernos más bien intencionados y democráticos⁹³.

En última instancia, Silicon Valley puede ser la mejor protección contra la censura.

Como se describe en esta Parte, las compañías tecnológicas deben adoptar políticas y procedimientos especiales para protegerse contra la extralimitación gubernamental. El objetivo sería mejorar la claridad, la responsabilidad y la transparencia de los esfuerzos de censura. Estas propuestas se ofrecen con la esperanza de que los ejecutivos las vean como una forma efectiva de contener la presión de censura de la UE y transmitir su apoyo a la expresión de los usuarios.

a) Definiciones

La claridad en la definición, el significado y la aplicación de los términos *discurso de odio* y *material terrorista* ayudaría a contener el avance de la censura. En 2011, DANIELLE CITRON y HELEN NORTON argumentaron que cuando las compañías prohíben el discurso de odio, deben explicar con precisión qué significa el término y por qué se ha prohibido⁹⁴. En esta opinión, los usuarios necesitaban esta información para comprender sus

⁹³ BENESCH, S. y MCKINNON, R. 2012.

⁹⁴ CITRON, D. K., y NORTON, H. 2011.

derechos y responsabilidades al usar plataformas. La claridad definitoria sirve a otro objetivo: evitar que las prohibiciones privadas de discurso de odio sean apalancadas para silenciar la expresión legítima.

CITRON y NORTON establecieron posibles definiciones para el discurso de odio basado en los principios de la ley de derechos civiles y de responsabilidad civil de los Estados Unidos⁹⁵. Por ejemplo, el discurso de odio podría definirse como aquel que amenaza o fomenta la violencia contra grupos tradicionalmente subordinados (o miembros específicos de grupos)⁹⁶. Podría definirse como un discurso que intencionalmente inflige angustia emocional, expresión que está dirigida individualmente, especialmente amenazante o humillante, repetida y dependiente de material sensible o escandaloso⁹⁷. Podría definirse como un discurso que se elevaría al nivel de acoso procesable en el lugar de trabajo según las leyes de derechos civiles⁹⁸. Sin embargo, esas definiciones pueden ser demasiado limitadas para satisfacer a los reguladores de la UE.

Las empresas tecnológicas podrían buscar orientación en el Derecho internacional de los Derechos Humanos⁹⁹. Sin embargo, el problema de la ambigüedad persistiría, porque el Derecho de los Derechos Humanos contiene normas excepcionalmente flexibles¹⁰⁰. Otra posibilidad es consultar el trabajo del Secretario

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ *Ibíd.*

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ CRAIG, S., y LLANSÓ, E. 2015. .

¹⁰⁰ Explicando que el Derecho internacional no abarca una definición

General del Consejo de Europa, quien está ideando *estándares europeos comunes (para el discurso de odio y el material terrorista) para proteger mejor la libertad de expresión en línea*¹⁰¹. Es de esperar que esos esfuerzos proporcionen definiciones, que reduzcan la maleabilidad de esos términos.

Los grupos de Derechos Humanos han expresado serias reservas sobre el acuerdo de discurso de odio, porque el discurso de odio no está bien definido. La Comisionada de Justicia de la UE, VERA JOUROVA, respondió a sus objeciones, señalando la Decisión Marco de la UE, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Ley de los Estados parte¹⁰². Como mínimo, las empresas deberían mantener a la Comisión Europea en esa posición y mirar a aquellas fuentes en la elaboración de sus propias definiciones de discurso de odio y material extremista.

¿Qué pasa con la base de datos de la industria de contenido terrorista prohibido? Las leyes de los Estados parte de la UE brindan poca orientación porque son excepcionalmente

universalmente aceptada de odio, mientras que los Estados parte generalmente definen el discurso de odio como expresiones que expresan odio o antipatía hacia otros grupos sociales, un estándar que dificulta el trazado de líneas, si no imposible. Como ABRAMS, F. explica en su libro más reciente *El alma de la primera enmienda*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha confirmado las condenas de discurso de odio, que implican críticas a los políticos y opiniones intolerantes expresadas por ellos. RADSCH, C. 2014.

¹⁰¹ CONSEJO DE EUROPA. 2016.

¹⁰² La Comisionada JOUROVA no se ha adherido a esta definición al hablar sobre el acuerdo de discurso de odio. Como se explicó en la Parte I, ella ha sugerido que las noticias falsas, la radicalización en línea y la propaganda terrorista deberían eliminarse, de conformidad con el acuerdo. JOUROVA, V. 2016.

amplias¹⁰³. Las empresas tecnológicas han dicho que solo tienen la intención de denunciar las *imágenes y videos terroristas más extremos y atroces -contenido con mayor probabilidad de violar todas nuestras políticas de contenido-*¹⁰⁴. Las inquietudes sobre el avance de la censura pueden abordarse con políticas que expliquen exactamente lo que significa la frase *las imágenes y videos terroristas más extremos y atroces*. Las políticas deberían proporcionar ejemplos específicos de contenido, que merezca esa designación. Dicha claridad, explicaciones y ejemplos pueden ayudar a prevenir la ampliación gradual de los estándares, que rigen el contenido que se incluye en la base de datos.

A medida que las empresas tecnológicas trabajan en sus definiciones de discurso de odio y material extremista, podrían considerar la inclusión de grupos de Derechos Humanos y académicos en sus esfuerzos¹⁰⁵. Basándose en el trabajo del Cyberhate Working Group¹⁰⁶ y Global Network Initiative, una iniciativa de trabajo conjunto para ayudar a las empresas a articular lo que constituye el discurso de odio o el material terrorista. Los grupos de libertades civiles han defendido un papel para ayudar a las empresas a comprender *los diversos significados dados al*

¹⁰³ Las leyes nacionales difieren en cuanto a qué contenido terrorista se considera ilegal y en qué contextos; algunas de esas normas son tan amplias, que se han utilizado para encarcelar a periodistas, blogueros y defensores de los Derechos Humanos.

¹⁰⁴ CLARK, L. 2016.

¹⁰⁵ Criticando la presencia de EUROPOL en Internet y otras autoridades que presionan a las empresas para eliminar el contenido terrorista o extremista y, por lo tanto, permiten a los estados regular y reprimir el discurso en línea indirectamente. EUROPEAN DIGITAL RIGHTS. 2016.

¹⁰⁶ KLONICK, K. 2014.

*‘extremismo violento’ y conceptos relacionados, y el impacto potencial de la ambigüedad en esta área en la promoción y protección de los derechos humanos*¹⁰⁷.

Esas definiciones, diseñadas para moderadores de contenido, deben compartirse públicamente para que los gobiernos puedan comprender los límites de los esfuerzos para eliminar el discurso, bajo los acuerdos de TDS. Con este conocimiento, los gobiernos podrían estar menos envalentonados para presionar a las empresas a ampliar las políticas de discurso de odio o terrorismo más allá del reconocimiento. Algunos, incluso, podrían reconsiderar el intento de silenciar la expresión impopular, pero protegida.

b) Responsabilidad sólida

Las solicitudes de remoción hechas por las autoridades estatales (u organizaciones no gubernamentales que actúen en nombre del estado) deben estar sujetas a una revisión rigurosa. Para empezar, se debe exigir a los funcionarios del gobierno que se identifiquen, cuando denuncien contenido por violaciones de TS. Las plataformas en línea deben saber que están tratando con autoridades gubernamentales o sus sustitutos. Debe haber un canal de informes separado para las autoridades gubernamentales y cualquier organización que trabaje en nombre de un estado. Por ejemplo, TWITTER tiene *canales de admisión (dedicados para la aplicación de la ley y otros reportes autorizados* para presentar *solicitudes legales*¹⁰⁸. Ese es un buen comienzo. Todas

¹⁰⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Comentarios escritos del Artículo 19 sobre el Informe del Relator Especial sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión, 2015.

¹⁰⁸ El canal de informes por separado se aplica a las *solicitudes legales*,

las solicitudes de eliminación (*solicitudes legales* e informes de TDS) deben proceder a través de ese canal.

¿Qué pasa con el proceso de revisión en sí? Como KATE KLONICK ha documentado¹⁰⁹, FACEBOOK tiene procesos de revisión internos extensos con instrucciones detalladas sobre qué contenido está prohibido y bajo qué circunstancias¹¹⁰. Los empleados internos o compañías externas como Sutherland y Deloitte toman decisiones sobre la moderación de contenido, en nombre de la empresa¹¹¹.

Para garantizar que los términos de servicio se cumplan de manera uniforme, los moderadores reciben una amplia capacitación sobre las reglas, así como sobre posibles prejuicios culturales y reacciones emocionales¹¹².

Otras plataformas en línea abordan la moderación de contenido de una manera igualmente cuidadosa. Como parte de ese proceso, todas las compañías deben asegurarse de que las solicitudes gubernamentales se vean a través de una lente especial. Cuando las autoridades gubernamentales buscan suprimir el discurso bajo los términos de servicio, los moderadores de contenido deben

que incluye órdenes judiciales y solicitudes formales de agencias gubernamentales y agentes del orden. TWITTER. 2017.

¹⁰⁹ KLONICK, K. *op. cit.*, pp. 43-57.

¹¹⁰ En 2012, se filtró en línea una versión del manual de instrucciones de FACEBOOK para revisores. Como muestra KLONICK, K., desde entonces FACEBOOK ha desarrollado instrucciones aún más amplias y detalladas para las personas que revisan las quejas de abuso. Véase CITRON, D. K. 2012.

¹¹¹ KLONICK, K. *op. cit.*, p. 49.

¹¹² *Ibíd.* pp. 51-53.

revisar las solicitudes con una presunción contra la eliminación, o al menos una buena dosis de escepticismo¹¹³. Los moderadores de contenido deben recibir capacitación sobre la censura, incluidos los esfuerzos gubernamentales pasados y presentes para silenciar a los críticos. La capacitación debe centrarse en cómo distinguir el discurso de odio prohibido o el material terrorista del contenido de interés periodístico. Esta no es una tarea fácil, pero crucial.

Las decisiones relacionadas con las solicitudes del gobierno deben ir acompañadas de una explicación: si los funcionarios encargados de tomar decisiones tienen que articular sus razones probablemente piensen más detenidamente sobre sus decisiones¹¹⁴. Cuando un moderador decide otorgar una solicitud del gobierno para la eliminación, basada en una violación de TDS, esa decisión debe pasar automáticamente a través de una segunda capa de revisión. Las personas cuyo discurso se elimina deben ser notificadas sobre la eliminación y se les debe dar la oportunidad de apelar¹¹⁵.

El requisito del acuerdo sobre el discurso de odio de que las compañías tecnológicas resuelvan los informes dentro de las veinticuatro horas hará que sea difícil y costoso implementar capas adicionales de revisión. Con moderadores bien entrenados,

¹¹³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Comentarios escritos del Artículo 19 sobre el Informe del Relator Especial sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión, 2016.

¹¹⁴ CITRON, D. K. *op. cit.*, 2008.

¹¹⁵ Las plataformas en línea dominantes hacen justamente eso para las decisiones que resultan en la eliminación del discurso. Muchos proporcionan un proceso similar a las apelaciones para que los usuarios puedan presentar sus objeciones.

políticas detalladas y una presunción contra la eliminación, la puntualidad puede ser un problema menor.

Las decisiones reales, por supuesto, pueden provocar la ira de la Comisión Europea, puesto que no estará satisfecha si no se otorgan las solicitudes de eliminación, tal como lo sugirió la revisión reciente. Esa tensión se mantendrá hasta que las empresas tecnológicas y los usuarios europeos puedan transmitir a los comisionados y legisladores sus preocupaciones sobre la libre expresión, tal como lo hizo Apple en el debate sobre cifrado en los Estados Unidos de América. Si los grupos de Derechos Humanos tuvieran la capacidad de actuar como asesores y vigilantes, entonces podrían ayudar a explicar al público los riesgos reales de la censura.

¿Qué pasa con la base de datos de la industria de contenido extremista, violento, prohibido? Como en la Parte anterior se exploró, la base de datos de la industria podría convertirse en una lista negra. Una vez incluido en la base de datos, es posible que el contenido nunca termine apareciendo en alguna de las principales plataformas. La inclusión en la base de datos tiene un mayor potencial para silenciar sistemáticamente un discurso disidente de las solicitudes individuales para eliminar contenido en términos de servicio. Como resultado, las protecciones fuertes son esenciales para evitar que los gobiernos coopten la base de datos.

Una opción es que las empresas adopten una regla general de que los gobiernos no pueden contribuir con etiquetas para la inclusión de contenido a la base de datos. Como argumenta EMMA LLANSÓ, las empresas tecnológicas deberían establecer que *declaren de manera clara e inequívoca, que bajo ninguna circunstancia aceptarán una contribución de una etiqueta de*

*alguien que actúe en nombre de un gobierno*¹¹⁶. Para evitar los esfuerzos para socavar esa prohibición, podrían anunciar cualquier esfuerzo o solicitud de un gobierno para socavar esa política¹¹⁷. Otra alternativa es que las empresas sometan una solicitud del gobierno a varias capas de revisión y condicionen la presentación a la aprobación del personal superior¹¹⁸. La responsabilidad rigurosa puede ayudar a prevenir la censura sistematizadora del discurso legítimo a instancias de los gobiernos europeos y otras naciones.

c) Transparencia significativa

Otro control de la censura es que las empresas presenten informes detallados sobre los esfuerzos gubernamentales para censurar el discurso de odio y el material extremista a través de medidas informales. Los informes de transparencia permiten la conversación pública sobre la censura. A su vez, los usuarios europeos pueden contactar a los legisladores con inquietudes sobre los intentos de usar compañías tecnológicas como representantes de censura. Cuanto más se enteren los usuarios sobre los esfuerzos de las empresas para proteger sus libertades fundamentales, más confianza tendrán los usuarios en los proveedores en línea e incluso, los defensores de los derechos humanos pueden llamar la atención sobre las preocupaciones sobre la censura. Finalmente, los informes de transparencia pueden generar *una discusión productiva sobre el uso apropiado y los límites de la autoridad (estatal)*¹¹⁹.

¹¹⁶ LLANSÓ, E. 2016.

¹¹⁷ *Ibíd.*

¹¹⁸ *Ibíd.*

¹¹⁹ LOVITT, L. 2016.

La Electronic Frontier Foundation comenzó a rastrear hasta qué punto las empresas eran transparentes sobre la frecuencia con la que bloquean o eliminan contenido o cuentas en el 2015. En ese momento, Google era la única compañía tecnológica, que proporcionaba informes de transparencia. Desde entonces, muchas más plataformas se han esforzado por proporcionar cierta transparencia sobre las solicitudes del gobierno para suprimir el discurso. Revisar las características exitosas de los esfuerzos actuales puede ayudar a formular un camino a seguir.

TWITTER ha sido aclamado por sus esfuerzos de transparencia y con razón. El Informe de Transparencia del 2016 de la compañía detalla el número de solicitudes legales para la eliminación de contenido según el país¹²⁰. De manera crucial y única, revela el número de solicitudes gubernamentales que buscan la eliminación del contenido de terrorismo por violaciones de TDS¹²¹. TWITTER está *trabajando activamente para expandir* sus informes para los gobiernos sobre todas las solicitudes de TDS *no legales conocidas [...] a través de su estándar [...] canales de admisión, tales como solicitudes para eliminar cuentas de suplantación y otro contenido, que viola las reglas contra el abuso*¹²². Aunque el Informe de Transparencia 2016 de FACEBOOK proporcionó información importante a los usuarios, no incluyó la cantidad de solicitudes gubernamentales que buscaban la eliminación de contenido, basado en sus términos de servicio y estándares comunitarios¹²³.

¹²⁰ TWITTER, 2016.

¹²¹ TWITTER recibió 716 informes de gobiernos relacionados con 5929 cuentas y que el 85% fueron eliminados por violaciones de TDS relacionadas con el extremismo violento). *Ibid.*

¹²² *Ibid.*

¹²³ Pero el Informe de Transparencia 2016 de FACEBOOK proporcionó de

Al igual que TWITTER ha hecho para el contenido terrorista y espera hacer mucho más en el futuro, los informes de transparencia corporativa deberían detallar el número, el tema y los resultados de todas las solicitudes del gobierno para eliminar contenido por violaciones de TDS¹²⁴. Si se permite a los gobiernos solicitar la adición de etiquetas a la base de datos de la industria, los informes de transparencia deben incluir detalles sobre esas solicitudes. Aunque la transparencia no puede resolver el problema de la censura, puede ayudar a contenerla, especialmente si se adoptan estándares sólidos y procedimientos de responsabilidad sólidos.

d) Defensores del Pueblo

Un problema agudo relacionado con la censura, es su potencial para suprimir contenido de interés periodístico. Las solicitudes de eliminación del gobierno pueden tratar de eliminar el terrorismo o el contenido de odio cuya publicación sea de interés público. Para abordar esta inquietud, las empresas deberían considerar contratar o consultar a consejeros externos, defensores de derechos humanos cuyo trabajo principal es el proceso de recopilación de noticias. Dichas personas, que también son conocidos como editores públicos, trabajan para *proteger la libertad de prensa* y promover el *periodismo de alta calidad*, el papel es *actuar [...] en el mejor interés de los consumidores de noticias*.

manera útil ejemplos de solicitudes gubernamentales para eliminar contenido según las leyes locales y su respuesta. Por ejemplo, Francia le pidió a FACEBOOK que elimine una fotografía que muestra a las víctimas del ataque terrorista en la sala de conciertos Bataclan. Como explicaba el informe, la foto no violaba los estándares de la comunidad de FACEBOOK, pero debido a que violaba la ley francesa, el acceso a la foto estaba bloqueado en Francia. FACEBOOK. 2016.

¹²⁴ FREEDOM ONLINE COALITION. 2016.

Los defensores del pueblo deben tener un papel especial en la evaluación de las solicitudes de eliminación del gobierno hechas a través de canales informales, tales como los términos de servicio o la base de datos de la industria. Pueden ayudar a identificar solicitudes, las cuales eliminarían material, que es importante para el debate público y el conocimiento. Entonces también, debido a que la base de datos de la industria plantea preocupaciones especiales sobre la supresión de la expresión, el defensor del pueblo podría revisar todas las contribuciones a la base de datos con el interés público en mente¹²⁵.

e) TDS adaptados geográficamente

¿Podrían las compañías tecnológicas limitar el impacto de la presión de la UE al negarse a incorporar las normas de la UE en los términos de servicio? Las empresas podrían adaptar los términos de servicio y las directrices de la comunidad a países y regiones específicos. Esto mapearía las normas de expresión en países y regiones, en lugar de imponer un modelo único para todo el mundo.

Las políticas que balcanizan las prácticas en línea corren el riesgo de poner en peligro el libre flujo de información. Considere el impacto de las leyes que requieren que las compañías almacenen los datos recopilados de los ciudadanos de un país dentro de sus fronteras. Las leyes de localización de datos, como se las conoce, ponen todas las interacciones en línea, bajo el control de los gobiernos locales, lo que es especialmente preocupante en el caso de los regímenes autoritarios.

¹²⁵ La base de datos debe ser accesible y analizada por expertos independientes, familiarizados con la libre expresión y la política.

Adaptar los términos de servicio por país o región corre el riesgo de restringir la libre expresión. Pero también tendría una ventaja importante, evitaría la eliminación o el bloqueo de la libre expresión en países con mayor protección, mientras que permite la eliminación o bloqueo en países con normas de habla más restrictivas.

CONCLUSIÓN

Silicon Valley tiene una larga historia de adoptar normas de expresión de estilo estadounidense. Durante más de una década, cuando las plataformas de redes sociales admitieron excepciones a la noción de que la información debería ser gratuita, tuvieron cuidado de asegurarse de que esas excepciones se mantuvieran limitadas. Esto era cierto si el problema era la suplantación, el acoso o la pornografía no consensuada. La libre expresión se ha incrustado durante mucho tiempo en la cultura corporativa de las empresas tecnológicas. A raíz de los recientes ataques terroristas y el resurgimiento de los grupos de odio, los reguladores europeos han presionado a las compañías tecnológicas para que cambien sus reglas y prácticas de discurso para eliminar el material extremista, que aparece en sus plataformas. Algunos de los cambios resultantes pueden hacer algo bueno; después de todo, una base de datos de la industria que marca la eliminación de videos que contienen *listas de asesinatos* o instrucciones de bombas puede prevenir la violencia. El acuerdo de discurso de odio podría conducir a la eliminación rápida de publicaciones, que exigen la muerte de minorías religiosas, lo cual si se permite, podría inspirar violencia física en los miembros de esos grupos

Pero los cambios en las normas y prácticas privadas deben entenderse y evaluarse, según lo que son: de conformidad

obligada con las normas del habla europea, a pesar de que las protestas de los reguladores de la UE no son voluntarias, ni el producto de asociaciones significativas público-privadas. En cambio, son el resultado de la coerción gubernamental, que ocurre fuera del Estado de Derecho. La presión sobre los estados ahora es diferente, lo cual ha provocado cambios que corren el riesgo de que la censura mundial se arrastre. Debido a que los gobiernos están utilizando términos de servicio para lograr sus fines, la supresión resultante del discurso será global.

Este artículo ofrece posibles salvaguardas para evitar la censura. Las empresas pueden y deben adoptar protecciones profilácticas diseñadas para manejar la presión extralegal por el bien de la libre expresión. Una mayor claridad, responsabilidad, transparencia y supervisión ayudarían a verificar los esfuerzos de la UE para censurar el discurso a escala global. A medida que las empresas evalúan estas sugerencias, un enfoque de múltiples partes interesadas podría proporcionar experiencia crucial a las empresas tecnológicas, a medida que desarrollan procesos para resistir el avance de la censura al tiempo que combate los peligros reales del discurso de odio y el material extremista. Es probable que exista una solución concebida e impuesta principalmente por alguna combinación de gobierno y corporación ser inadecuado para abordar los complejos problemas planteados por el problema del uso extremista de las redes sociales. Debe incluir expertos en extremismo y odio, víctimas de violencia extremista, estudiosos de la disidencia política y organizaciones de derechos civiles y libertades civiles que profundizarían los esfuerzos de empresas, como FACEBOOK, que está aportando experiencia contra el terrorismo internamente¹²⁶ y TWITTER, cuyo Consejo

¹²⁶ MILLS, C. 2016.

de Confianza y Seguridad brinda asesoramiento sobre posibles propuestas sobre abuso en línea¹²⁷.

Como lo ilustra la lucha de Apple con el gobierno de EE.UU. por el cifrado y como se reafirmó el apoyo unánime de Silicon Valley para esa posición, las empresas de tecnología disfrutaron del apoyo público, cuando defienden las libertades fundamentales. Las sugerencias esbozadas en este artículo, por lo tanto, pueden ser recibidas positivamente.

¹²⁷ TWITTER. *op. cit.*, 2018.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASWAD, EVELYN. “El papel de las empresas de tecnología de los EE. UU. Como el nuevo implante de discursos sobre el odio de Internet en Europa”, *Columbia Human Rights Law Review*. N.º 1, Año 6, 2016.

BAKER, JENNIFER. “Europol’s Online Censorship Unit Is Hazard and Unaccountable, says NGO”. *Ars Technica*. Disponible e la siguiente página web: <https://arstechnica.com/tech-policy/2016/07/europol-iru-extremist-content-censorship-policing/>. (última consulta, 4 de julio de 2019)

BALKIN, JACK M. “Libertad de expresión en la Sociedad Algorítmica. Big Data, gobernanza privada y nueva regulación del discurso escolar”. *Law Review*. Davis School of Law, U. of C., N.º 51, 2018.

_____. “The Cultural Democracy & First Amendment”. *North Western Univesity Law Review*. N.º 110, 2016.

BENESCH, SUSAN, y MCKINNON, REBECCA. “The Innocence of YouTube”. *Foreign Policy Review*. Disponible en la siguiente página web: <http://foreignpolicy.com/2012/10/05/the-innocence-of-youtube/>. (última consulta, 5 de octubre de 2019)

BERNAL, PAUL. “Censorship and Surveillance”, *Paul Bernal’s Blog*. Disponible en la siguiente página web: <https://paulbernal.wordpress.com/2014/09/25/censorship-and-surveillance/>. (última consulta, 25 de septiembre de 2019)

BERSHIDSKY, LEONID. “Europe Gets U.S. Tech Leaders to Self-Censor”, *Bloomberg View*. Disponible en la siguiente página web: <https://www.bloomberg.com/view/articles/2016-05-31/europe-gets-u-s-tech-leaders-to-self-censor>. (última consulta, 31 de mayo de 2019)

BICKERT, MONIKA, y FISHMAN, BRIAN. “Preguntas difíciles: cómo contrarrestar el terrorismo”, *Facebook Newsroom*. Disponible en la siguiente página web: <https://newsroom.fb.com/news/2017/06/how-wecounter-terrorism/>. (última consulta, 15 de junio de 2019)

BURLACU, ALEXANDRA. “Microsoft Tackles Online Hate Speech With New Tools And Resources To Combat Abuse”, *TechTimes*. Disponible en la siguiente página web: <http://www.techtimes.com/articles/175274/20160827/microsoft-tackles-online-hate-speech-with-new-tools-and-resources-to-combat-abuse.htm>. (última consulta, 27 de agosto de 2019)

CHEN, ADRIAN. “Dejar de seguir”, *New Yorker Magazine*. Disponible en la siguiente página web: <http://www.newyorker.com/magazine/2015/11/23/conversion-via-twitter-westboro-baptist-church-megan-phelpsroper>. (última consulta, 23 de noviembre de 2019)

CITRON, DANIELLE KEATS. “Online Engagement on Equal Terms”, *Boston University Law Review*. Disponible en la siguiente página web: <https://www.bu.edu/bulawreview/citron-online-engagement-on-equal-terms/>. (última consulta, 19 de octubre de 2019)

_____. “Technological Due Process”, *Washington University Law Review*. N.º 85, 2008.

_____. y NORTON, HELEN. “Intermediarios y discurso del odio. Fomentando la ciudadanía digital para nuestra información”, *Boston University Law Review*. N.º 91, 2011.

_____. y PASQUALE, FRANK. “Responsabilidad de la red para el aparato de inteligencia doméstica”, *Hastings Law Journal*. N.º 62, 2011.

CLARK, LIAT. “Facebook y Twitter deben abordar el discurso de odio o enfrentar nuevas leyes”, *Wired UK*. Disponible en la siguiente página web: <http://www.wired.co.uk/article/us-tech-giants-must-tackle-hate-speech-or-face-legal-action>. (última consulta, 5 de diciembre del 2019)

_____. “Facebook, Twitter, Microsoft, YouTube Launch Shared Terrorist Media Database”. *Wired UK*. Disponible en la siguiente página web: <http://www.wired.co.uk/article/facebook-twitter-microsoft-youtube-launch-shared-terrorism-database>. (última consulta, 6 de diciembre de 2019)

_____. “UK Government Wants ‘Unsavoury’ Web Content Censored”, *Wired UK*. Disponible en la siguiente página

web: <http://www.wired.co.uk/article/government-web-censorship>. (última consulta, 15 de marzo de 2019)

CRAIG, SCOTT, y LLANSÓ, EMMA. “Pressuring Platforms to Censor Content is Wrong Approach to Combatting Terrorism”. *Center for Democracy & Technology*. Disponible en la siguiente página web: <https://cdt.org/blog/pressuring-platforms-to-censor-content-is-wrong-approach-to-combatting-terrorism/>. (última consulta, 5 de noviembre de 2019)

COMISIÓN EUROPEA. “La Comisión Europea y las compañías de TI anuncian un Código de conducta sobre el discurso ilegal de odio en línea”, Comunicado de prensa IP/16/1937. Disponible en la siguiente página web: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1937_en.htm. (última consulta, 31 de mayo de 2019)

_____. “Foro de Internet de la UE: reunir a gobiernos, Europol y compañías de tecnología para contrarrestar el contenido terrorista y el discurso de odio en línea”, Comunicado de prensa IP/15/6243. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6243_en.htm. (última consulta, 3 de diciembre de 2019)

_____. “Foro de Internet de la UE: un gran paso adelante para frenar el contenido terrorista en Internet”, Comunicado de prensa IP/16/4328. Disponible en la siguiente página web: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4328_en.htm. (última consulta, 8 de diciembre de 2019)

CONSEJO DE EUROPA. Disponible en la siguiente página web: <https://www.coe.int/en/web/tbilisi/-/council-of-europe-secretary->

general-concerned-about-internet-censorship-rules-for-blocking-and-removal-of-illegal-content-must-be-transparent-and-prop. (última consulta, 1 de junio de 2019)

_____. Disponible en la siguiente página web: <https://www.coe.int/en/web/tbilisi/-/council-of-europe-secretary-general-concerned-about-internet-censorship-rules-for-blocking-and-removal-of-illegal-content-must-be-transparent-and-prop>. (última consulta, 1 de junio de 2019)

CORTE DE APELACIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS. Séptimo Circuito. Caso Fairley vs. Andrews. N.º 578 F.3d., 20 de agosto de 2009.

COUNTER TERRORISM INTERNET REFERRAL UNIT. “Estadísticas de CTIRU, 250.000 piezas de material extremista/terrorista en línea que se eliminará”. Policía de Gran Bretaña. Disponible en la siguiente página web: <http://news.met.police.uk/news/250000thpiece-of-online-extremist-slash-terrorist-material-to-be-removed-208698>. (última consulta, 2 de diciembre de 2019)

EDDY, MELISSA, y SCOTT, MARK. “Delete Hate Speech or Pay Up, Germany Tells Social Media Companies”, *New York Times*. Disponible en la siguiente página web: <https://www.nytimes.com/2017/06/30/business/germany-facebook-google-twitter.html>. (última consulta, 30 de junio de 2019)

EUROPEAN DIGITAL RIGHTS. “Entrada en Derechos Humanos y prevención contra el extremismo violento”. Disponible en la siguiente página web: <http://edri.org/files/2016-UN-consultation.pdf>. (última consulta, 18 de marzo de 2019)

EUROPOL. “EU Internet Referral Unit: Year one Report Highlights”, N.º 1, 2016. Disponible en la siguiente página web: https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/eu_iru_1_year_report_highlights.pdf.

FACEBOOK. “Partnering to Help Curb Spread of Online Terrorist Content”, *Facebook Newsroom*. Disponible en la siguiente página web: <http://newsroom.fb.com/news/2016/12/partnering-to-help-curb-spread-of-online-terrorist-content/>. (última consulta, 5 de diciembre de 2019)

_____. “Informe de solicitudes del gobierno: preguntas frecuentes”, *Facebook Newsroom*. 2016. Disponible en la siguiente página web: <https://govtrequests.facebook.com/faq/>.

FREEDOM ONLINE COALITION. “Presentación al Relator especial de la ONU, David Kaye. Estudio sobre la libertad de expresión y el sector privado en la edad digital”, 2016. Disponible en la siguiente página web: https://www.freedomonlinecoalition.com/wp-content/uploads/2016/02/FOC-WG3-Submission_ICT-Sector-Report.pdf.

FRISCHMANN, BRETT, y SELINGER, BRETT. “Ser humano en el siglo XXI”, 2018. (manuscrito).

GUYNN, J. “Twitter to Police Abuse in Major Shift”, 2017. Disponible en la siguiente página web: <https://www.usatoday.com/story/tech/news/2017/03/01/twitter-to-police-abuse-in-major-shift/98559482/>. (última consulta, 2 de diciembre de 2019)

HALLIDAY, J., y WANG, T. “Somos el ala de la libertad de expresión de la fiesta de la libertad de expresión”, *The Guardian*. Disponible en la siguiente página web: <https://www.theguardian.com/media/2012/mar/22/twittertony-wang-free-speech>. (última consulta, 2 de diciembre de 2019)

HERN, ALEX. “Facebook lanza herramientas para enfrentar la venganza porno”, *The Guardian*. (última consulta, 5 de abril de 2019) (digital)

JEONG, SARAH. “Terror Scanning Database For Social Media Raises More Questions than Answers”. *Motherboard*. https://motherboard.vice.com/en_us/article/social-media-terror-scanning-database. (última consulta, 9 de diciembre de 2019)

KAUFFMAN, GRETTEL. “La UE insta a los gigantes de las redes sociales a actuar en el discurso del odio”. *Christian Science Monitor*. Disponible en la siguiente página web: <http://www.csmonitor.com/Technology/2016/1205/EU-urgessocial-media-giants-to-act-on-hate-speech>. (última consulta, 5 de diciembre de 2019)

KNIBBS, KATE. “Extreme Moderation”, *Ringer*. Disponible en la siguiente página web: <https://theringer.com/curbing-terrorist-social-media-activity-facebook-twitter-google-601ff9684068>. (última consulta, 17 de enero de 2019)

LEE, T. “YouTube Rebuffs Senator’s Demands to Remove Islamist Videos”, *Ars Technica*. 2008. (digital)

LEVIN, SAM. “Facebook bloquea temporalmente al activista de Black Lives Matter luego de publicar correos racistas”, *The Guardian*. Disponible en la siguiente página web: <http://www.theguardian.com/technology/2016/sep/12/facebook-blocks-shaun-king-black-lives-matter>. (última consulta, 12 de septiembre de 2019)

LIEBERMAN, J. “Lieberman a YouTuber: eliminar videos de Al-Qaeda”. *CNN*. 2008.

LOVITT, LIANE. “¿Por qué los informes de transparencia importan ahora más que nunca?”. *Medium*. Disponible en la siguiente página web: <http://medium.com/inflection-points/why-transparency-reports-matter-now-more-than-ever-9fb6ebe733fa#yhossoi1q>. (última consulta, 13 de mayo de 2019)

MCGOOGAN, CARA. “EU acusa a Facebook y Twitter de fallar remover el discurso de odio”, *The Daily Telegraph*. Disponible en la siguiente página web: <http://www.telegraph.co.uk/technology/2016/12/05/eu-accusesfacebook-twitter-failing-remove-hate-speech/>. (última consulta, 5 de diciembre de 2019)

MOODY, GLYN. “Internet Giants Will Join Forces to Stop Online Sharing of Terrorist Material”, *ARS Technica*. Disponible e la siguiente página web: <http://arstechnica.com/tech-policy/2016/12/twitter-facebook-microsoft-youtube-terrorist-material-removal/>. (última consulta, 6 de diciembre de 2019)

MILLS, CURT. “Facebook está buscando un analista de antiterrorismo”, *U.S. News & World Report*. <https://www.usnews.com/news/national-news/articles/2016-11-14/facebook-is-looking-for-a-counterterrorism-analyst>. (última consulta, 14 de noviembre de 2019)

MURDOCK, JASON. “ISIS: Policía Cibernética del Reino Unido incrementa la campaña para frenar la propagación de la propaganda inspirada en Daesh”. Disponible en la siguiente página web: <http://www.ibtimes.co.uk/isis-ukcyber-cops-ramp-campaign-curb-spread-daesh-inspired-propaganda-1555463>. (última consulta, 18 de abril de 2019)

NAKASHIMA, ELLEN. “There’s a New Tool to Take Down Terrorism Images on Line. But Social-Media Companies Are Wary of It”, *The Washington Post*. https://www.washingtonpost.com/world/national-security/new-tool-to-take-down-terrorism-images-online-spurs-debateon-what-constitutes-extremist-content/2016/06/20/0ca4f73a-3492-11e6-8758-d58e76e11b12_story.html?utm_term=.28394b560bb2. (última consulta, 21 de junio de 2019)

NEWTON, CASEY. “Facebook, Microsoft, Twitter y YouTube crean una base de datos de contenido terrorista”. Disponible en la siguiente página web: <https://www.theverge.com/2016/12/5/13849570/facebook-microsoft-twitter-google-terrorist-content-database>. (última consulta, 5 de diciembre del 2019)

OFICINA DEL GABINETE Y OFICINA DEL HOGAR. “Plan de Acción Francés-Británico. Seguridad de Internet”, 2017. Disponible en la siguiente página web: <https://www.gov.uk/government/publications/french-british-action-plan-internet-security>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Comentarios escritos del Artículo 19 sobre el Informe del Relator Especial sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión. Doc. A/HRC/32/28. <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/PrivateSector/Article19.pdf>. (última consulta, 11 de mayo de 2019)

PAULSON, AMANDA, y BOTKIN-KOWACKI, EVA. “En la lucha contra el terrorismo, compañías tecnológicas atrapadas entre los ideales de Estados Unidos y Europa”. *Christian Science Monitor*. Disponible en la siguiente página web: <https://www.csmonitor.com/Technology/2017/0623/In-terror-fight-tech-companies-caught-between-USand-European-ideals>. (última consulta, 23 de junio de 2019)

PÉREZ, SARAH. “Facebook, Microsoft, Twitter y YouTube colaboran para eliminar contenido terrorista de sus servicios”, *Techcrunch*. Disponible en la siguiente página web: <http://techcrunch.com/2016/12/05/facebook-microsoft-twitter-and-youtube-collaborate-to-remove-terrorist-content-from-their-services/>. (última consulta, 5 de diciembre de 2016)

PEYSER, EVE. “Twitter and Facebook Randomly Crack Down on Terrorist Videos After EU Warning”, *Gizmodo*. Disponible en la siguiente página web: <http://gizmodo.com/twitter-and-facebook-decide-to-crackdown-on-spread-of-1789710389>. (última consulta, 5 de diciembre de 2019)

PHELPS-ROPER, MEGAN. “Crecí en la Iglesia Bautista de Westboro. He aquí por qué me fui”, *TED Talk*. Disponible en la siguiente página web: https://www.ted.com/talks/megan_phelps_roper_i_grew_up_in_the_westboro_baptist_church_here_s_why_i_left?utm_campaign=social&utm_medium=referral&utm_source=facebook.com&utm_content=talk&utm_term=global-social%20issues#t-627390. (última consulta, febrero de 2019)

_____. “Si está motivado a odiar, ¿aún puede revertirlo?”, *TED Radio Hour*. Disponible en la siguiente página web: <https://www.npr.org/2017/10/17/560181511/megan-phelps-roper-if-youre-raised-to-hate-can-you-reverse-it>. (última consulta, 27 de octubre de 2019)

POST, ROBERT. “Hate Speech”, Hare, Ivan, y Weinstein, James (eds.). *Extreme Speech and Democracy*. 2009.

RADSCH, COURTNEY C. “Privatizing Censorship in Fight against Extremism Is Risk to Press Freedom”, *Committee to Protect Journalists*. Disponible en la siguiente página web: <https://cpj.org/blog/2015/10/privatizing-censorship-in-fight-against-extremism-.php>. (última consulta, 16 de octubre de 2019)

SCOTT, MARK. “Europa presiona a las empresas estadounidenses de tecnología para abordar el discurso del odio”. *New York Times*. Disponible en la siguiente página web: <https://www.nytimes.com/2016/12/06/technology/europe-hate-speechfacebook-google-twitter.html>. (última consulta, 6 de diciembre del 2019)

SHACKFORD, SCOTT. “How Long Before This Tool to Censor Images from Terrorists Gets Misused?”, *Reason*. Disponible en la siguiente página web: <http://reason.com/blog/2016/12/06/how-long-before-thistool-to-censor-image>.(última consulta, 6 de diciembre de 2016)

TOOR, AMAR. “Legisladores del Reino Unido dicen que Facebook, Google y Twitter están ‘constantemente fallando’ en la lucha contra ISIS en línea”. Disponible en la siguiente página web: <http://www.theverge.com/2016/8/26/12656328/facebook-google-twitter-isis-propaganda-uk-report>. (última consulta, 26 de agosto de 2019)

_____. “Facebook, Twitter, Google, and Microsoft Agree to EU Hate Speech Rules”, *Verge*. <http://www.theverge.com/2016/5/31/11817540/facebook-twitter-googlemicrosoft-hate-speech-europe>. (última consulta, 31 de mayo de 2019)

TWITTER. “Informes TDS al gobierno”. Disponible en la siguiente página web: <https://transparency.twitter.com/en/gov-tos-reports.html>. (última consulta, 9 de julio de 2019)

_____. “Twitter Trust and Safety Council”. Disponible en la siguiente página web: <https://about.twitter.com/safety/council>. (última consulta, 29 de septiembre de 2019)

UNIÓN EUROPEA. “Código de conducta para contrarrestar el discurso de odio ilegal en línea”, 2016. Disponible en la siguiente página web: https://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=42855. (última consulta, 5 de octubre de 2019)

_____. Código de conducta para contrarrestar el discurso de odio ilegal en línea. https://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=42855. (última consulta, 5 de diciembre de 2019)

_____. “Código de Conducta para combatir el discurso ilegal del odio en línea: primeros resultados en la implementación”, Comunicado Europeo. Disponible en la siguiente página web: http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-50/factsheet-código-conducta-8_40573.pdf. (5 de diciembre de 2019)

_____. “Informe de la Comisión de Subsidiariedad y Proporcionalidad”. Disponible en la siguiente página web: http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/relations/relations_other/npo/subsidiarity_reports_en.htm. (15 de marzo de 2019)

WADDELL, KAVEH. “A Tool to Delete Beheading Videos Before They Even Appear Online”, *The Atlantic*. Disponible en la siguiente página web: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2016/06/a-tool-to-delete-beheading->

videos-before-they-even-appear-online/488105/. (22 de junio de 2019)

WALKER, KENT. “Cuatro pasos que estamos tomando hoy para combatir el terrorismo en línea”. Google. , <https://blog.google/topics/google-europe/four-steps-were-taking-today-fightonline-terror/>. (última consulta, 18 de junio de 2019)

WAMSLEY, LAUREL. “Austrian Court Rules Facebook Must Delete Hate Speech”, *NPR*. Disponible en la siguiente página web: <http://www.npr.org/sections/thetwo-way/2017/05/08/527398995/austrian-courtrules-facebook-must-delete-hate-speech>. (8 de mayo de 2019)

YORK, JILLIAN C. “European Commission’s Hate Speech Deal With Companies That Will Chill Speech”, *Electronic Frontier Found.* Disponible en la siguiente página web: <https://www.eff.org/deeplinks/2016/06/european-commissions-hate-speech-deal-companies-will-chill-speech>. (última consulta, 3 de junio de 2019)

YOUTUBE. “Políticas sobre contenido violento o explícito de Youtube”. Disponible en la siguiente página web: <https://support.google.com/youtube/answer/2802008?hl=es-419>. (última consulta, 6 de junio de 2019)

LA INCLUSIÓN DEL ERROR DE TIPO
EN EL ORDENAMIENTO PENAL ECUATORIANO

LA INCLUSIÓN DEL ERROR DE TIPO EN EL ORDENAMIENTO PENAL ECUATORIANO¹

RAMIRO J. GARCÍA FALCONÍ²

KÁTERIN VALLEJO VACA³

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

RESUMEN:

El esquema del delito previsto en el Código Orgánico Integral Penal contempla al dolo como una modalidad de comisión del tipo, por lo que la sola ausencia del conocimiento total o parcial de los elementos objetivos darían paso a la aplicación del error de tipo, sin que su aplicación dependa del reconocimiento en la norma penal, sino de una consecuencia lógica como es el esquema conceptual contemplado en el COIP. Sin embargo, la ausencia de esta figura en nuestra legislación permitió la errónea interpretación de los jueces, respecto a su aplicación, por lo que la inclusión de ésta constituye un avance en la dogmática y en la futura jurisprudencia penal ecuatoriana.

¹ Artículo recibido el 20 de enero de 2020 y aprobado el 20 de febrero de 2020.

² Catedrático de Derecho penal y Derecho procesal penal de la Universidad Central del Ecuador.
ORCID: 0000-0002-6343-563X

³ Catedrática de Derecho penal de la Universidad Central del Ecuador.
ORCID: 0000-0002-7705-7318

PALABRAS CLAVE:

Tipicidad, error de tipo, conocimiento, vencible, invencible, responsabilidad penal.

ABSTRACT:

The crime scheme provided for in the Comprehensive Organic Penal Code considers fraud as a modality of commission of the type, so the sole absence of total or partial knowledge of the objective elements would give way to the application of the type error; without its application, depends on recognition in Criminal Law, but on a logical consequence such as the conceptual scheme contemplated in the COIP. However, the absence of this figure in our legislation allowed the erroneous interpretation of the judges regarding its application, so its inclusion constitutes an advance in dogmatics and in future Ecuadorian criminal jurisprudence.

KEY WORDS:

Typicity, type error, knowledge, beatable, invincible, criminal liability.

Artículo 28.1.- Error de tipo. No existe infracción penal cuando, por error o ignorancia invencibles debidamente comprobados, se desconocen uno o varios de los elementos objetivos del tipo penal.

Si el error es vencible, la infracción persiste y responde por la modalidad culposa del tipo penal, si aquella existe.

El error invencible, que recae sobre una circunstancia agravante o sobre un hecho que califique la infracción, impide la apreciación de ésta por parte las juezas y los jueces.

El error en la legislación penal ecuatoriana

Es evidente que la discusión penal en el país no ha sido muy afortunada y algo que debió delegarse a los expertos, lo asumieron al final del día los políticos. Esto explica varios de los errores de bulto con los que fue aprobado el Código Orgánico Integral Penal (COIP) en el 2014. La definición de dolo, la de delito omisivo con el *preferir no actuar* y sobre todo la exclusión del error, tanto de tipo, como de prohibición, fueron muestra del altísimo nivel de desconocimiento que marcó el debate. Si tenemos en cuenta que se suprimieron los errores de tipo y de prohibición a última hora, con argumentos como que se iba a propiciar la impunidad, o, peor aún, que estos instrumentos se iban a prestar a una mala utilización por parte de los operadores de justicia, dejamos evidenciada la ignorancia en el tema por parte de los actores legislativos y de gobierno, que al haber excluido dichos artículos, dejó a los operadores de justicia en un limbo que, ese sí, dio lugar a una aplicación arbitraria de estas figuras, pues unos jueces procedieron, de conformidad a las formas de error contempladas por la moderna dogmática penal y otros, la desconocieron, lo que significa que la responsabilidad o inocencia de una persona dependía de factores como la suerte y el ánimo del juez que conocía la causa.

Si el dolo contiene, tanto un elemento cognitivo (conocimiento), como uno volitivo (voluntad), resulta lógico preguntarse sobre cuál debe ser la respuesta del sistema penal, en el caso de la

persona que actúa sin ese conocimiento. De igual forma, si el artículo 34 del COIP exige como elemento de la culpabilidad el conocimiento de la antijuridicidad del actuar, es menester analizar qué pasa cuando dicho conocimiento falta o es defectuoso. La existencia del error, sea de tipo o de prohibición, no depende, por tanto, de su reconocimiento en la norma penal, sino que se constituye en una consecuencia forzosa del esquema conceptual, manejado por el COIP. Esto ya sucedió en Alemania cuando en 1952, el Tribunal Supremo Federal dictó una sentencia, que reconoce estas formas de error, sin que estos se hayan encontrado expresamente señalados en el Código Penal.

¿Podía negarse la existencia y aplicación del error de tipo y el error de prohibición, con base en el principio de legalidad y con el argumento de que estos fueron excluidos del COIP?

No y de ninguna manera, como lo vamos a demostrar, a continuación; el invocar el principio de legalidad para negar la aplicación de los errores de tipo y prohibición simplemente demostró un absoluto desconocimiento del contenido, perfil y límites del mencionado principio, por parte del juez que así procedía.

El principio de legalidad ya es formulado de forma elemental en la obra de BECCARIA⁴ al referirse a la decisión judicial como un

⁴ BECCARIA, CÉSAR señala que: *Solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social [...]. En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pónrase como mayor la ley general: por menor la acción, conforme o no con la ley de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre.* BECCARIA, CÉSAR. *De los Delitos y de las Penas.*

silogismo, en el que la premisa mayor se encuentra constituida por la norma, la premisa menor por la conducta analizada y la conclusión, esto es la sentencia condenatoria o absolutoria, que dependerá de si la conducta se adecúa o no a la norma, que la define como delito. Esta formulación inicial es posteriormente desarrollada por FEUERBACH, en su Tratado de Derecho Penal alemán⁵, bajo la fórmula: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (no hay delito, ni pena, sin ley previa). Este principio de mera legalidad penal ha sido desarrollado a su vez por LUIGI FERRAJOLI, quien plantea el principio de estricta legalidad, esto es considerar que si la función del Derecho penal es prevenir los delitos, el único modo de perseguirla racionalmente es indicar preventiva y exactamente sus supuestos típicos, en sede de amenaza legal, dado que solo se pueden prevenir y disuadir las acciones previstas, no las imprevistas, por dañinas que sean⁶.

La legalidad se refiere a la exigencia de someter la actividad penal del Estado a una ley previa a los hechos que se quieren sancionar, lo que impide su retroactividad, con la excepción de que se trate de una ley penal más benigna⁷, por lo cual ninguna sentencia condenatoria se puede dictar, aplicando una pena que no esté fundamentada en una ley previa, es decir, una ley en la que el hecho imputado al autor, sea amenazado con pena, lo cual implica que el razonamiento judicial debe comenzar con la ley⁸.

Montevideo, BdeF, 2011, pp. 14-19.

⁵ FEUERBACH, A. R. V. *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania en 1847*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989, p. 184.

⁶ FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón*. Madrid, Trotta, 2004, p. 278.

⁷ YACOBUCCI, G. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 261.

⁸ BACIGALUPO, E. *Derecho penal. Parte General*. Lima, ARA Editores,

Este es el sentido del principio de legalidad en materia penal y no debe confundirse con el principio de reserva de ley, que en materia administrativa prohíbe realizarse aquello que no se encuentra expresamente contemplado en la ley. Prueba de ello es que en materia penal, por derivación del principio de *lex stricta*, la prohibición de analogía solo rige cuando se trata de la llamada analogía *in malam partem*, aquella que resulta ser extensiva de la punibilidad. Por el contrario, la interpretación analógica *in bonam partem* estaría legitimada en la interpretación de la ley penal, en consecuencia de que el derecho fundamental a la legalidad, nunca puede resultar vulnerado, cuando se favorece al acusado⁹.

No cabe, por tanto, la objeción a la aplicación de un mecanismo, que elimine la responsabilidad penal o atenúe la misma, desde el principio de legalidad, supuesto en el que incurren, tanto el error de tipo, como el de prohibición.

¿Por qué los errores de tipo y de prohibición son consecuencias necesarias de la estructura dogmática aplicada por el COIP?

Conforme consta en los artículos 26 y 34 del COIP, tanto para el dolo, como para la culpabilidad se exige una forma de conocimiento de los elementos del tipo objetivo, en el primer caso, y de la antijuridicidad del actuar, en el segundo. La pregunta obvia que debemos formularnos es: ¿qué pasa cuando ese conocimiento no existe o es deficiente?, pues de lo contrario caeríamos en el equívoco de considerar que aún sin existir el conocimiento requerido por la propia ley, éste debe darse por

2004, p. 100.

⁹ *Ibíd.* pp. 123-124.

supuesto. Éste no es un tema nuevo y su discusión ya supera el siglo de existencia y comienza por la vieja división entre error de hecho y error de Derecho.

La vieja nomenclatura utilizada hasta el Código anterior al COIP se fundamentaba en la división del error en aquellos referidos al hecho (*facti*) y el que recaía sobre asuntos de Derecho (*juris*). Hasta la emisión del COIP, el primero eximía de culpabilidad y el segundo resultaba irrelevante, bajo el principio *error juris nocet*, que derivaba del Derecho canónico, que distinguía entre *error juris naturalis* y *error juris civilis*¹⁰. Esta división caduca fue mantenida también en lo doctrinal como, por ejemplo, en el *Manual* de ERNESTO ALBÁN, en el cual al error de hecho se lo divide en esencial y accidental, mientras que al error de Derecho, ubicado al igual que el primero en la culpabilidad, no se le atribuye efecto exculpativo alguno¹¹. El Estatuto de Roma, que mantiene una estructura mixta, entre el esquema anglosajón y el continental, contempla todavía los errores de hecho y de Derecho, en su artículo 32.

Muchos autores caen en el error de considerar al finalismo como el generador de la diferencia, entre la vieja y la nueva nomenclatura, pero ésta es bastante anterior a la mal llamada teoría final de acción. De hecho, ALEXANDER GRAF ZU DOHNA, en 1924, ya establece la falta del dolo, cuando el autor no ha conocido la existencia de circunstancias de hecho que pertenecen al tipo¹²,

¹⁰ ZAFFARONI, E. R. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Ediar Editores, 2002, p. 531.

¹¹ ALBÁN GÓMEZ, E. *Manual de Derecho Penal ecuatoriano*. 13.^a ed. Quito, Ediciones Legales, 2011, pp. 214-215.

¹² GRAF ZU DOHNA, A. *La Illicitud. La estructura de la teoría del delito*.

así como hace referencia al error de prohibición. El mérito del finalismo está, sin duda, en la ubicación sistémica del error de tipo y el error de prohibición, en sede de tipicidad, el primero, y de culpabilidad, el segundo, desde la perspectiva de la norma penal, fundamentalmente, como norma subjetiva de determinación. La implantación de la distinción error de tipo y error de prohibición se produce con la emisión de la sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Federal alemán, en 1952, con base a los trabajos de WELZEL¹³ y BUSCH¹⁴.

Es importante recalcar, además, que no es simplemente un cambio de nomenclatura la que se produce, al pasar del error de hecho y error de Derecho al error de tipo y error de prohibición. Cuando hablamos de una clasificación y de la otra, nos referimos a conceptos totalmente diferentes. Esto lo recalca WELZEL, cuando enfatiza en que hay errores de hecho, que son errores de tipo, como, por ejemplo, la ajenidad de la cosa sustraída y hay errores de hecho, que son errores de prohibición, como el error que recae sobre los presupuestos fácticos de una causal de justificación¹⁵. Ejemplo de este último caso es quien mira a una persona meter su mano en su abrigo y considerando que va a ser atacado, dispara al supuesto agresor, cuando éste simplemente iba a sacar su teléfono móvil para hacer una llamada. De igual

Buenos Aires, Librería El Foro, 2006, p. 167.

¹³ WELZEL, H. *Süddeutsche Juristen-Zeitung*. Heidelberg, Schneider, 1948, p. 368.

¹⁴ BUSCH, R. "Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum", en *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 1954, p. 165.

¹⁵ WELZEL, H. *Derecho Penal alemán*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 197.

forma un error de Derecho puede ser un error de tipo, como en el caso de la persona que comercializa una sustancia que considera lícita, cuando ésta se encuentra enlistada como estupefaciente o psicotrópica.

Todas estas consideraciones, fueron tomadas en cuenta en la reforma al COIP de diciembre de 2019, en la que, entre otros aspectos, se incluye expresamente los errores de tipo y prohibición en el texto del Código, con lo que se subsana un yerro y un vacío importante del original de 2014. Sin embargo, por la extensión que tomaría explicar dicha incorporación en el presente artículo, solo se abordará el error de tipo.

Error de tipo

Al referimos al tipo, históricamente debe mencionarse como antecedentes de éste al *corpus delicti* y a FARINACIUS (1581). El *corpus delicti* englobaba todos los supuestos acerca de las características externas de la consumación de un injusto penal, estudios que se realizaron durante el siglo XVIII e inicios del XIX¹⁶. La teoría del hecho (*Tatbestand*), desarrollada por ERNEST BELING, atribuyó al tipo una autonomía en la estructura del delito, lo que llevó a la configuración de una nueva categoría dogmática denominada tipicidad, precedente a las ya existentes, antijuridicidad y culpabilidad.

El COIP se decanta por un lineamiento finalista, de manera que la tipicidad se la debe entender desde una doble perspectiva, teniendo en cuenta, tanto el aspecto objetivo y subjetivo dentro de esta

¹⁶ STRANTENWERTH, G. *Derecho Penal. Parte General I*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2005, p. 125.

categoría dogmática. En palabras de WELZEL el tipo objetivo es el núcleo real-material de todo delito; la fundamentación de éste radica en la objetivación de la voluntad, reflejada en un hecho externo, el cual constituye la base de la estructuración dogmática del delito. Por su parte la objetivación de la voluntad encuentra su expresión en las circunstancias objetivas del hecho, las cuales pertenecen al tipo objetivo¹⁷. Con el aspecto objetivo, se mira la cara *externa* u *objetiva* de la descripción típica, el cual contiene elementos del mundo exterior, así como también otros elementos, que pueden abarcar una valoración más allá de lo estrictamente descriptivo, por ello, las características estructurales del tipo penal pueden ser de índole descriptiva o normativa¹⁸. La diferencia entre los aspectos internos y externos de la acción no significa que el tipo objetivo es totalmente autónomo, con respecto al tipo subjetivo; por el contrario, esta diferencia es meramente analítica, ya que solo con la conjugación, tanto del tipo objetivo, como del tipo subjetivo puede determinarse la existencia de una acción jurídico penal¹⁹. Es importante destacar la configuración del tipo objetivo, ya que el error de tipo, como se analizará más adelante, recae sobre la existencia de una de las circunstancias o elementos pertenecientes a éste.

Con el advenimiento del finalismo, se produce una reconfiguración en el concepto de acción, adicionalmente, una nueva concepción de la norma penal como norma subjetiva de

¹⁷ WELZEL, H. *Derecho Penal alemán*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 77.

¹⁸ VELÁSQUEZ, F. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Medellín, Comlibros, 2007, p. 269.

¹⁹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. *Derecho Penal. Parte General. Teoría del delito y de la pena*. Santa Fe de Bogotá, Ibáñez, 2011, p. 117.

determinación y el abandono de la teoría del dolo para instaurar la teoría de la culpabilidad. Estas inclusiones determinaron que se reconceptualicen varios elementos de las categorías dogmáticas, sin embargo, el cambio sustancial se produce con el traslado del dolo y la culpa a sede de tipicidad, los cuales hasta entonces se los analizaba en la culpabilidad. El dolo pasa a la parte subjetiva de la tipicidad, con el conocimiento de los elementos del tipo objetivo como único componente del aspecto cognitivo. Se defiende un concepto de dolo en el cual éste no admite el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, sino únicamente un conocimiento de la realización del tipo objetivo. La tipicidad deja de considerarse una categoría estrictamente objetiva y se valora un aspecto objetivo y otro subjetivo dentro de ésta.

En la acción se dan los elementos exteriores objetivos, y los elementos subjetivos transcurren en la conciencia del autor, lo que la dogmática llama el tipo subjetivo²⁰. El tipo de injusto requiere siempre una parte subjetiva, lo que desde la perspectiva de la antijuridicidad se lo conoce como el *desvalor subjetivo de la acción*, integrado por el dolo o por la culpa, en consecuencia, no sólo en los tipos con específicos elementos subjetivos del injusto se requerirá una parte subjetiva, sino en todos los tipos penales²¹.

Por una parte, el concepto de dolo exige que se cumpla el requisito del conocimiento de los elementos objetivos del tipo. Toda

²⁰ BACIGALUPO, E. *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2007, p. 80.

²¹ LUZON PEÑA, D. M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 2.^a ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 232.

acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere. *Esta parte intelectual comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal, pues no es suficiente que el autor conociera potencialmente las circunstancias del hecho, es decir que pudiera hacerlas aflorar en su conciencia, sino que ha debido tener realmente la conciencia de ellas en el instante de su hecho, habérselas representado, haberlas percibido, haber pensado en ellas, siendo eso sí diferente la intensidad de la conciencia, según si se trata del fin de los medios o de una circunstancia concomitante* ²², esto es aquéllos que pertenecen al tipo básico, como los que conforman las circunstancias atenuantes y agravantes²³. Es decir, para la doctrina finalista y mayoritaria, se comprende el dolo como parte de la fase subjetiva del tipo de injusto y es requisito para realizar el análisis de la antijuridicidad de la conducta. Como consecuencia, se sostiene que el dolo requiere exclusivamente de un conocimiento de los elementos objetivos del tipo, pero no conciencia de la antijuridicidad o prohibición, que es un requisito distinto al dolo, el cual pertenece a la culpabilidad²⁴.

El error de tipo existe cuando el autor no conoce alguno de los elementos a los que el dolo debe extenderse, según el tipo objetivo que corresponda, este error puede fundamentarse, tanto en una representación falsa, como en la falta de representación, pues de modo general el error radica en la no coincidencia

²² WELZEL, H. *Derecho Penal alemán, op. cit.*, p. 78.

²³ BACIGALUPO, E. *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*. Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 533.

²⁴ LUZON PEÑA, D. M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 2.^a ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 237.

entre la conciencia y la realidad²⁵. El dolo es un elemento estructural, perteneciente al tipo subjetivo, el cual contiene el conocimiento de las circunstancias contenidas en el tipo objetivo, la ausencia de éste constituye la falta de un elemento estructural, lo que la doctrina denomina error de tipo, pues éste conlleva la falta del elemento cognitivo²⁶. El error rompe las relaciones cognoscitivas, ya que las impresiones sensibles y las intuiciones de los sujetos no siempre representan la verdad, esto se debe a la influencia de los factores intermedios, entre el sujeto y el objeto, como son los defectos referentes a la percepción, las imágenes complementarias, los prejuicios y las interpolaciones del pensamiento del sujeto; todos estos factores intermedios, entre el sujeto y el objeto, son las fuentes del error, lo cual resulta innegable, ya que lo conscientemente dado no siempre es idóneo para tener un conocimiento adecuado de la realidad o de lo objetivo²⁷. El conocimiento del autor debe referirse a los elementos del tipo, que residen, tanto en la pasado, como en el presente, debiendo, además, prever el autor que el resultado exigido por el tipo sucederá o podrá suceder, y reconocer en sus rasgos esenciales la forma en la que la acción origina dicho resultado²⁸. Estrictamente, el elemento cognoscitivo en el dolo consiste en la conciencia de la realización de los elementos objetivos restantes, de la producción del resultado y, además, del curso casual, entre la acción y el resultado, por lo tanto, en un

²⁵ JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 5.ª ed. Olmedo Cardenete, M. (trad.). Granada, Comares, 2002, pp. 328-329.

²⁶ BUSTOS RAMÍREZ, J. *Obras Completas*. T. I. *Derecho Penal. Parte General*. Lima, ARA Editores, 2005, p. 852.

²⁷ KROPP, G. *Teoría del conocimiento*. T. I. Ciudad de México, Editorial Hispano Americana, 1961, p. 83.

²⁸ JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. *op. cit.*, p. 314.

sentido obligatorio el autor debe conocer la peligrosidad de la acción, desde un punto de vista *ex ante*²⁹.

De lo dicho, el error de tipo tiene que ver con el desconocimiento del tipo penal y de sus circunstancias, por lo que se puede afirmar que quien no conoce esa circunstancia además del tipo penal actúa sin dolo³⁰.

El error de tipo recae exclusivamente sobre los elementos pertenecientes al tipo objetivo, pues en la medida que solo se da valor al error esencial, éste no puede recaer sino sobre los elementos constitutivos de la descripción típica³¹; es un desacierto limitar al error de tipo sólo a lo fáctico, es decir que no afecte a los elementos normativos del tipo, en este sentido caben algunas reflexiones referentes al concepto de neutralidad valorativa del tipo, la realidad del mundo social del obrar humano es una realidad de significaciones y no indiferente al sentido³². Los elementos normativos como se analizará más adelante, no tienen nada que ver con la antijuridicidad, y sin embargo, el tipo contiene no sólo elementos que se conocen por los sentidos sino otros que son psíquicamente comprendidos³³.

²⁹ CEREZO MIR, J. *Obras Completas de Derecho Penal*. Ara Editores, Lima, 2006, p. 519.

³⁰ DONNA, E. *Derecho Penal. Parte General*. T. IV. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2007, p. 230.

³¹ BACIGALUPO, E. *Tipo y error*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2002, p. 105.

³² WELZEL, H. "Comentario al fallo del BGH, de 28/10/52", en *JZ*, p. 120.

³³ *Ibíd.*

Resulta lógico que no exista dolo al no cumplirse con las exigencias de conocimiento de los elementos del tipo objetivo, pues este conocimiento es un elemento constitutivo del dolo; lo valioso de este análisis radica en que al autor pueda serle imputado como hecho doloso sólo aquella medida de lo ilícito que le era conocido, adicionalmente rige en los casos de desconocimiento de circunstancias que si bien no fundamentan el ilícito, si lo aumentan (elementos accidentales del tipo), y en caso de suposición errónea de circunstancias que lo disminuyen³⁴. En caso de que el autor no conozca una de las circunstancias que integran el tipo, se habla de un error de tipo, esto rige independientemente de si el autor habría podido evitar su error o no, la evitabilidad de un error de tipo tiene importancia únicamente para la punición, ya que de darse el caso se podría incurrir en un tipo penal imprudente³⁵.

Si el sujeto yerra sobre las características objetivas del tipo, no se podrá establecer una concurrencia entre el aspecto objetivo y subjetivo por la falta de este último, como consecuencia el tipo no se concreta y la conducta es atípica, se debe resaltar que la falta del aspecto subjetivo del tipo se ha planteado con énfasis frente al delito doloso, sin embargo no se deja de reconocer que las formas delictivas de los delitos culposos son semejantes a las de los delitos dolosos ya que el aspecto subjetivo del delito culposo también es *final*, aunque rezagado del tipo objetivo de los delitos dolosos en la medida que el sujeto no dirige su actividad hacia la configuración del tipo³⁶, en esta clase de delitos

³⁴ STRATENWERTH, G. *Derecho Penal. Parte General I. op. cit.*, pp. 179-180.

³⁵ FRISTER, H. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2011, pp. 232-233.

³⁶ SALAZAR MARÍN, M. *Injusto penal y error*. Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, p. 159.

como en los delitos dolosos, la tipicidad de una conducta se la realiza mediante un juicio de subsunción, por tanto la atipicidad dentro de los delitos imprudentes se da cuando falta un elemento estructural del tipo o por la falta del desvalor social típico en el hecho concreto³⁷. En los delitos dolosos se ha analizado que puede existir directamente un error de tipo por el desconocimiento de uno de los elementos pertenecientes al tipo objetivo o a su vez una causa de atipicidad. Como consecuencia de lo afirmado, el error de tipo no afecta por tanto al conocimiento o desconocimiento de la antijuridicidad, sino tan solo a las circunstancias del hecho, lo cual puede devenir en el problema de delimitar el error de tipo del error de prohibición y la cuestión de que tan clara e intensa debe haber sido una representación en la consciencia de quien actúa para poder hablar de *conocimiento* en el sentido del Derecho penal³⁸.

Es importante saber que el conocimiento de las circunstancias del hecho, el cual al faltar excluye el dolo, es diferente según el tipo de la circunstancia del hecho, pues el error opera de manera diferente si se trata de elementos descriptivos o elementos normativos del tipo³⁹. Desde un presupuesto kantiano el error sobre los estados internos e intuitivos del sujeto parte sobre la ética trascendental, que así como mediante el sentido externo nos representamos objetos exteriores a nosotros, también en un

³⁷ BUSTOS RAMÍREZ, J. *Obras Completas*. T. I *Derecho Penal. Parte General*. *op. cit.*, p. 852.

³⁸ ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General*. Luzón Peña, D. M., Díaz y García Conlledo, M., y De Vicente Remesal, J. (trad.), T. I., 2.^a ed. Madrid, Thomson-CIVITAS, 2010, p. 459.

³⁹ ROXIN, C. *Problemas Actuales de la Dogmática Penal*. Lima, ARA Editores, 2004, p. 121.

sentido interno, por medio del cual el espíritu se contempla a sí mismo o sus estados interiores, no nos da en verdad alguna intuición sobre el alma misma como objeto, empero otorga una forma determinada bajo la que sólo mediante este análisis es posible la intuición de su estado interno⁴⁰.

Para que el tipo cumpla con su función de garantía, debe redactarse de tal modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta prohibida, para ello hay que utilizar un lenguaje claro y asequible al nivel cultural medio, se debe ser escueto en la utilización de elementos normativos, que implica un cierto grado de valoración subjetiva, y emplear elementos descriptivos que cualquiera pueda conocer sin mayor esfuerzo⁴¹. Sin embargo, en casos excepcionales es necesario recurrir a términos con un significado puramente técnico ya que las personas que están en condiciones de realizar la conducta típica suelen ser especialistas y conocen el lenguaje técnico utilizado en el tipo penal específico⁴². Si bien es cierto, los tipos penales aparentemente describen en forma exacta el hecho ilícito, estos están compuestos de desiguales elementos.

Elementos descriptivos y normativos del tipo

Es usual la distinción entre los elementos descriptivos y los elementos normativos, aunque resulta complejo realizar una distinción precisa. En el análisis de los elementos descriptivos

⁴⁰ KANT, E. *Critica de la razón pura*. del Perojo, J. (trad.), 4.^a ed. Santa Fe de Bogotá, Universales, 1983, p. 175.

⁴¹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 256.

⁴² *Ibíd.*

puntualmente se los asocia con los hechos objetivos que son perceptibles desde un punto de vista sensorial. La tarea de los elementos descriptivos es detallar a un tipo penal de la manera más concluyente posible, excluyendo así la variable de valoración judicial⁴³, son aquellos elementos que a través de una percepción sensorial son conocidos por el autor, por tanto se los verifica mediante una constatación fáctica⁴⁴. Los elementos descriptivos expresan una realidad naturalística, pero debe notarse que en ocasiones se necesita en cierto punto de una apreciación valorativa para precisar los elementos⁴⁵, estos elementos que están contenidos en el tipo, son aquellos cuya percepción se la realiza a través de los sentidos⁴⁶. En conclusión, el elemento descriptivo es percibido sensorialmente, esto es a través de los sentidos, especialmente la vista y el tacto. Así cuando hablamos de personas, cosas, fondos, bienes, etc.⁴⁷.

Inicialmente, los autores llamaron la atención sobre la existencia de los elementos normativos en el tipo, la constatación de estos elementos es una de las principales críticas al causalismo naturalista ya que hasta entonces se consideraba a la tipicidad como una categoría dogmática que se limitaba a meras descripciones

⁴³ MAURACH, R., y ZIPF, H. *Derecho Penal. Parte General*. T. I. Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 365.

⁴⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Navarra, Aranzadi, 2010, p. 379.

⁴⁵ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, 4.^a ed. Montevideo-Barcelona, BdeF-Reppertor, 2005, p. 235.

⁴⁶ RIGHI, E. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 167.

⁴⁷ ROXIN, C. *Problemas actuales de la Dogmática Penal*. op. cit., p. 121.

objetivas del hecho⁴⁸. Es MAYER quien incluye los elementos normativos dentro de la tipicidad el cual señala que todo hecho tiene dos lados, así como todo tipo penal tiene dos partes: de las propiedades que lo caracterizan, existen algunas que acontecen en el mundo exterior y son perceptibles por los sentidos humanos y, las características que se cumplen en el interior del sujeto; por tanto se distingue entre el hecho que consiste exteriormente, de lo que sucede en el plano psíquico del sujeto⁴⁹. Sin duda la complejidad de los elementos normativos en un principio afecta la función de garantía del tipo ya que esta clase de elementos están sujetos a un previo juicio valorativo en el cual se corre el riesgo de la indeterminación y la subjetivización⁵⁰.

Estos elementos son parte integrante de un resultado típico que tienen un significado valorativo, como partes integrantes de la acción, estos se diferencian de las relaciones de la acción y son, por lo demás reconocibles con mayor facilidad por una propiedad que les falta: son partes integrantes del resultado que no están en relación causal con la actuación voluntaria⁵¹. Por otra parte, los elementos normativos existen solamente en el ámbito de las representaciones valorativas, por lo que solo puede ser comprendido espiritualmente⁵², estos elementos no pueden ser

⁴⁸ BUSTOS RAMÍREZ, J. *Obras Completas*. T. I, *Derecho Penal. Parte General*. *op. cit.*, p. 805.

⁴⁹ MAYER, M. E. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, B de F, 2007, p. 9.

⁵⁰ BUSTOS RAMÍREZ, J. *Obras Completas*. T. I, *Derecho Penal. Parte General*. *op. cit.*, p. 805.

⁵¹ MAYER, M. E. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, B de F, 2007, p. 228.

⁵² ROXIN, C. *Problemas actuales de la Dogmática Penal*. *op. cit.*, p. 121.

conocidos a través de los sentidos, por lo que es necesario una valoración subjetiva ya que no se trata de hechos, sino que para conocerlos es obligatorio realizar un juicio de valor⁵³.

Para la teoría del error esto significa que en los elementos descriptivos se presenta un error de tipo excluyente del dolo cuando falte o sea errónea la percepción sensorial, mientras que el error de tipo respecto de los elementos normativos se produce cuando al autor le falta el entendimiento espiritual necesario para comprenderlo⁵⁴.

Clases de error de tipo

Fundamentalmente se clasifica al error de tipo en aquellos que se refieren a elementos esenciales del tipo y los que versan sobre elementos accidentales, clasificación que se encuentra implícita en la redacción del artículo comentado. Los primeros se subdividen en vencibles o invencibles, utilizándose por algunos autores la nomenclatura de *evitables e inevitables*⁵⁵. Son elementos esenciales del tipo aquellos que pertenecen a la parte fundamental de este, como la conducta, los elementos normativos, los valorativos o los descriptivos. Se ha dicho que el error de tipo puede recaer sobre los elementos del supuesto de hecho constitutivo del delito, no obstante desde el punto de vista del error de tipo lo que importa realmente es establecer si se trata de elementos que fundamentan o modifican la pena⁵⁶.

⁵³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. op. cit.*, p. 379.

⁵⁴ ROXIN, C. *Problemas actuales de la Dogmática Penal. op. cit.*, p. 122.

⁵⁵ DONNA, E. *Derecho Penal. Parte General*, T. IV, *op. cit.* p. 254.

⁵⁶ BACIGALUPO, E. *Tipo y error*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2002, p. 154.

La vencibilidad se la determinará basándose en el concreto ámbito de actuación del autor, esto se establece en atención a sus circunstancias personales, pudiendo imputársele el deber de haber examinado los aspectos peligrosos de su concreta actuación, de ser posible esta imputación, se puede afirmar que el autor tuvo un nivel de conocimiento sobre los efectos lesivos de su conducta que pudo evitar con una actuación diligente, lo que fundamenta que de haber un error de tipo vencible la responsabilidad pueda recaer sobre un tipo imprudente⁵⁷, si la legislación lo reconoce.

Cuando el error fuere **vencible**, si bien se elimina el dolo, se acudirá a la forma culposa del mismo, en caso de existir esta, pues el error podría haber sido evitado prestando la debida diligencia. El criterio al que se acudirá se refiere a si el error es objetivamente vencible o evitable, de acuerdo a las posibilidades del hombre medio ideal según la correspondiente posición jurídica, colocado en la situación del autor y con los conocimientos de este⁵⁸.

Cuando el error recae sobre uno de estos elementos esenciales y es **invencible**, esto es, aun cuando el sujeto ha actuado con la mayor cautela y diligencia, y no ha podido obviar el conocimiento equivocado, entonces se excluirá tanto el dolo como la culpa y la acción será atípica. Una error será invencible cuando este es objetivamente inevitable aún para el hombre medio ideal colocado en la situación del autor y empleando toda la diligencia objetivamente debida⁵⁹.

⁵⁷ GARCÍA CAVERO, P. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.*, Lima, Grijley, 2008, p. 429.

⁵⁸ LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal. Parte General. T. I, op. cit.*, p. 446.

⁵⁹ *Ídem. Curso de Derecho Penal. Parte General. T. I.* Madrid, Editorial

Por otro lado, si el error recae sobre elementos accidentales, como en el caso de las agravantes o hechos que cualifiquen la infracción, se excluirán estos elementos del análisis del delito, siempre que el error fuere invencible. De acuerdo al COIP en el caso del error de tipo sobre los elementos accidentales de este, solo opera en el caso del error invencible.

En virtud de lo anterior, se establece que el error puede recaer en elementos típicos diversos; sobre el objeto de la acción, en el golpe o el momento de consumación y sobre la relación de causalidad, sin que dicha circunstancia excluya sus efectos. Tanto en Ecuador, como en otras legislaciones comparadas, no existe codificación específica, y bajo estas circunstancias no se excluye el dolo, subsistiendo por ende la responsabilidad penal.

Error sobre el objeto de la acción.- Referente a la equivocación en torno al objeto hacia el cual dirige el comportamiento el sujeto activo, es decir, la actividad del sujeto se dirige a un objeto determinado pero previamente éste puede ser confundido por otro, en principio resulta irrelevante la equivocación, es decir da lo mismo que prive de la vida a B en lugar de C, excepto cuando se trate de un supuesto en el cual el sujeto tenga cierta relación con A y eso dé lugar a la concreción de un tipo distinto como podría ser el homicidio con relación al parentesco, así la persona que mata a su padre, sin conocer la relación de parentesco existente, (caso *Edipo Rey*) habrá actuado con dolo, pero la circunstancia

del parricidio (artículo 139.1 COIP) no deberá ser tomada en cuenta⁶⁰. Se produce un error sobre el objeto de la acción, al haberse producido un yerro en la identidad de la persona, y aun cuando su acción recayó sobre un objeto diferente, los dos tenían la misma protección por parte del derecho penal, por lo que persiste la responsabilidad.

Aberratio ictus.- Existe cuando el sujeto dirige su actividad a un objeto determinado, pero yerra y alcanza otro objeto de similar valor jurídico, más que un error se trata en este caso de una desviación externa de la actividad del sujeto⁶¹. El ejemplo clásico refiere al autor que pretende privar de la vida a B, pero por su mala puntería alcanza a C. Según la doctrinaria minoritaria, siguiendo la teoría de la concreción, en este caso nos encontraríamos ante una tentativa de delito de homicidio doloso contra B, en concurso con un homicidio culposo contra C, mientras que según la teoría de la equivalencia se sancionaría al autor por el delito de homicidio consumado, pues existe equivalencia en el objeto de la acción⁶².

En los supuestos anteriores estamos frente a errores sobre un elemento accidental, en la que subsiste el dolo, pues se trata de

⁶⁰ VILLAVICENCIO, F. *Derecho Penal. Parte General*. Lima, Griley, 2006, p. 362.

⁶¹ SILVESTRONI, M. *Teoría Constitucional del Delito*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 226.

⁶² ROXIN, C. *Problemas actuales de la Dogmática Penal*. Lima, ARA Editores, 2004, p. 124.

una situación irrelevante, de un error accidental, en la que el autor responde por su comportamiento delictivo.

Error sobre el curso causal.- El sujeto activo yerra sobre el curso causal que producirá el resultado deseado⁶³. Por ejemplo, A apuñala a B para matarlo en la mitad de la calle, sin embargo, B sobrevive, aunque días después fallece en el hospital, a consecuencia de las lesiones recibidas. En atención al error en el objeto de la acción, esta modalidad de error es irrelevante frente a las consecuencias jurídico penales.

Error de tipo inverso.- También denominado error al revés, implica la actuación dolosa, pero con imposibilidad de que se llegue a producir el tipo objetivo, es decir, aunque hay desvalor de la acción se excluye el desvalor del resultado⁶⁴. El sujeto tiene el dolo de cometer la conducta, sin embargo, esta es atípica. Estos casos de ausencia de tipo, conforman al igual que los de tentativa inidónea, un error de tipo inverso.

En el error de tipo hay tipicidad objetiva, sin dolo (la enfermera cree que inyecta vitaminas y por error da veneno, causando la muerte de B); sin embargo, en el error de tipo inverso, el cual proviene de la ausencia de tipo, el autor cree que está presente

⁶³ ONTIVEROS, M. *Derecho Penal. Parte General*. Ciudad de México, Editorial Ubijus, 2018, p. 245.

⁶⁴ ARANGO DURLING, V. *Las causas de inculpabilidad*. Ciudad de Panamá, Ediciones Panamá Viejo, 1998 p. 365.

una circunstancia del tipo objetivo, que en realidad no existe (inyecta veneno a un muerto creyéndolo con vida); y, finalmente, el error de tipo invertido, propio de la tentativa inidónea, recae sobre la idoneidad de los medios o el comportamiento (el autor quiere matar con azúcar, que ha tomado con error vencible por veneno).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, *Manual de Derecho Penal ecuatoriano*. 13.^a edición. Quito, Ediciones Legales, 2011.

ARANGO DURLING, Virginia, *Las causas de inculpabilidad*. Ciudad de Panamá, Ediciones Panamá Viejo, 1998.

BACIGALUPO, Enrique. *Tipo y error*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2002.

_____. *Derecho penal. Parte General*. Lima, ARA Editores, 2004.

_____. *Justicia penal y Derechos fundamentales*. Madrid, Marcial Pons, 2002.

_____. *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2007.

BECCARIA, César. *De los Delitos y de las Penas*. Montevideo, B de F, 2011.

BUSCH, Richard. “Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum”, en *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 1954.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras Completas, Tomo I, Derecho penal. Parte General*. Lima, ARA Editores, 2005.

- CAVALLERO, Ricardo. *El Delito imposible la Tentativa Inidónea en el Derecho penal argentino*. Buenos Aires, Editorial Universidad S.R.L, 1983.
- CEREZO MIR, José. *Obras Completas de Derecho penal. Parte General*. Lima, ARA Editores, 2006.
- DONNA, Edgardo, *Derecho penal. Parte General*. Tomo IV, Buenos Aires, Rubinzal Culzioni, 2007.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal. Parte General. Teoría del delito y de la pena*. Santa Fe de Bogotá, Ediciones Legales de Gustavo Ibáñez, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid, Trotta, 2004.
- FEUERBACH, Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania en 1847*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989.
- FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2011.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Lima, Grijley, 2008.
- GRAF ZU DOHNA, Alexander, *La ilicitud. La estructura de la teoría del delito*. Buenos Aires, Librería El Foro, 2006.
- JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte General*. 5.^a edición, Olmedo Cardenete, M. (trad.). Granada, Comares, 2002.

KANT, Emmanuel, *Critica de la razón pura*. 4.ª edición, del Perojo, J. (trad.), Santa Fe de Bogotá, Universales, 1983.

KROPP, Gerhard, *Teoría del conocimiento*. Tomo I. Ciudad de México, Editorial Hispano Americana, 1961.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Navarra, Aranzadi, 2010.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho penal. Parte General*. Tomo I. Madrid, Editorial Universitas, 2004.

_____. *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. 2.ª edición. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

MAURACH, Reinhart, y **ZIPF**, Heinz, *Derecho penal. Parte General*. Tomo I. Buenos Aires, Astrea, 2004.

MAYER, Max Ernst. *Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires, B de F, 2007.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. 4.ª edición. Montevideo-Barcelona, B de F-Reppertor, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

ONTIVEROS, Miguel. *Derecho penal. Parte General*. Ciudad de México, Editorial Ubijus, 2018.

RIGHI, Esteban. *Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

ROXIN, Claus. *Problemas actuales de la Dogmática Penal*.
Lima, ARA Editores, 2004.

_____. *Derecho penal. Parte General*. Tomo I, 2.^a edición,
Luzón-Peña, Diego Manuel, Díaz y García Conlledo,
Miguel, y De Vicente Remesal, Javier (trad.). Madrid,
Thomson-CIVITAS, 2010.

SALAZAR MARÍN, Mario. *Injusto penal y error*. Santa Fe de
Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

SILVESTRONI, Mariano. *Teoría constitucional del Delito*. Buenos
Aires, Editores del Puerto, 2004.

STRANTENWERTH, Gunter. *Derecho penal. Parte General*.
Tomo I. Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho penal. Parte
General*. Medellín, Comlibros, 2007.

VILLAVICENCIO, Felipe. *Derecho penal. Parte General*. Lima,
Griley, 2006.

WELZEL, Hans. *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, Heidelberg,
Schneider, 1948.

_____. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*,
Berlin, Walter De Gruyter, 1975.

_____. *Derecho penal alemán*, Santiago de Chile, Editorial
Jurídica de Chile, 1993.

YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los Principios penales*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal. Parte General*. 2.^a edición. Buenos Aires, Ediar Editores, 2002.

VARIACIONES SOBRE TEMAS DE CARLOS ALCHOURRÓN
Y EUGENIO BULYGIN. DERROTABILIDAD, LAGUNAS
AXIOLÓGICAS E INTERPRETACIÓN

**VARIACIONES SOBRE TEMAS DE CARLOS ALCHOURRÓN
Y EUGENIO BULYGIN. DERROTABILIDAD, LAGUNAS
AXIOLÓGICAS E INTERPRETACIÓN¹**

RICCARDO GUASTINI²

UNIVERSIDAD DE GÉNOVA - ITALIA

RESUMEN:

El trabajo pretende analizar las relaciones entre la derrotabilidad de las normas y las lagunas axiológicas desde la perspectiva de una teoría realista de la interpretación. Algunos ejemplos muestran que los dos conceptos denotan fenómenos que se presentan a lo largo del proceso de interpretación y que dependen de las estrategias interpretativas de los juristas. El análisis de los ejemplos permite desprender algunas conclusiones: entre otras, la siguientes:

1. La derrotabilidad no es una propiedad objetiva de las normas, antecedente a toda interpretación: por el contrario, es una de sus posibles consecuencias, es el resultado de una operación interpretativa (en particular, de una interpretación no literal, sino restrictiva, por medio de la cual se crean excepciones implícitas).

¹ Artículo publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008) ISSN: 0214-8676 pp. 143-155

² Profesor emérito de Filosofía del Derecho en la Universidad de Génova - Italia
ORCID: 0000-0002-2125-8196

2. Al derrotar una norma se excluyen de su alcance algunos supuestos (que, sin embargo, de acuerdo con una distinta interpretación sí estarían reglados por la norma); si dichos supuestos no resultan reglados por otra norma del sistema, el sistema está lagunoso; entonces, la derrota produce una laguna.
3. Dicha laguna puede ser considerada axiológica o normativa desde perspectivas interpretativas diferentes. Es decir, no se pueden distinguir las lagunas normativas de las lagunas axiológicas independientemente de la interpretación. Entonces incluso las lagunas normativas son variables dependientes de la interpretación: según una interpretación determinada hay una laguna normativa, mientras que según otra interpretación esta laguna milagrosamente desaparece, no subsiste en tanto laguna normativa, y entonces se convierte en laguna axiológica.
4. La derrotabilidad de las normas y las lagunas axiológicas dependen no de la presencia, en el sistema jurídico, de principios, como suponen algunos autores, sino de las valoraciones de los intérpretes, que a menudo toman la forma de «teorías» jurídicas o tesis dogmáticas: algo construido por los juristas antes e independientemente de la interpretación de uno u otro enunciado normativo específico.

PALABRAS CLAVE:

Derrotabilidad de las normas, lagunas axiológicas, teoría realista de la interpretación.

ABSTRACT:

The paper aims at analysing the relationships between defeasibility of norms and axiological gaps from the standpoint of a skeptical theory of legal interpretation. A number of examples show that the two concepts denote phenomena, which arise along the process of interpretation, and depend on the interpretive strategies of jurists. The analysis of such examples allows for a number of conclusions, such as the following.

1. Defeasibility is not an objective property of norms, prior to interpretation; on the contrary, it is one of the possible consequences of interpretation - it is the result of a particular interpretive act (viz., a non-literal, restrictive interpretation through which implicit exceptions are created).
2. By defeating a norm, interpreters exclude from its domain of application certain facts, (which according to a different interpretation would be included). Whenever such facts are not regulated by other valid norms, there is a gap in the legal system. Thus, the defeat produces a gap.
3. Such a gap may be considered either normative or axiological from different interpretive standpoints. This means that one cannot distinguish between normative and axiological gaps independently of interpretation. As a consequence, even normative gaps depend on interpretation: according to a certain interpretation, a normative gap exists, while according to a different interpretation this gap disappears, does not exist as a normative gap, and, therefore, it converts itself in axiological.

4. Defeasibility of norms and axiological gaps do not depend on the existence of principles (as many author maintained), they simply depend on interpreters' evaluations, which often appear under the clothes of legal *theories* or dogmatic theses built up by jurists before and independently of the interpretation of any particular legal text.

KEYWORDS:

Defeasibility of norms, axiological gaps, the sceptical theory of legal interpretation.

1. INTRODUCCIÓN

Lo que quiero hacer en estas pocas páginas es intentar conectar sistemáticamente dos ideas que se encuentran en la teoría del Derecho de C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN -la de laguna axiológica y la de derrotabilidad de las normas- con una teoría *realista* de la interpretación³.

1.1. Laguna axiológica. Una laguna axiológica es una situación en la cual un cierto supuesto de hecho sí está reglado por una norma, pero -según la opinión del intérprete- está reglado de forma *axiológicamente inadecuada* [...], *porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debería haber tomado en cuenta*. Se supone que el legislador no ha tenido en cuenta la distinción en cuestión *por no haberla previsto y que, de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente* al supuesto de que se trata⁴.

³ Las ideas fundamentales de dicha teoría se encuentran en: TARELLO, G. *L'interpretazione della legge*. Milano, 1980; GUASTINI, R. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano, 2004; CHIASSONI, P. "Codici interpretativi. Breviario metodologico per aspiranti giuristi", en COMANDUCCI, P., y GUASTINI, R. (eds.). *Analisi e Diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino, 2004. Cfr. también DICIOTTI, E. *Interpretazione della legge e discorso razionale*. Torino, 1999.

⁴ En mi exposición prefiero evitar la terminología técnica introducida por ALCHOURRÓN y BULYGIN (tesis de relevancia, hipótesis de relevancia, etc.) para que lo que digo resulte fácilmente comprensible a cualquier jurista, que no haya leído su libro. ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, 1974 p. 158.

Dicho de otra forma, una laguna axiológica *no es un caso sin solución, sino más bien un caso con una mala solución*⁵. Evidentemente, la laguna aquí no consiste en la falta de una norma sin más. Lo que falta no es una norma que regule el supuesto en cuestión, porque ese supuesto en efecto *está* reglado (de no ser así, habría una laguna no axiológica, sino normativa). Lo que falta es una norma satisfactoria o *justa* y, más precisamente, una norma *diferenciadora*, es decir una norma que regule de forma distinta un supuesto que al intérprete le parece distinto⁶.

1.2. Derrotabilidad de las normas. Cualquier norma jurídica puede ser reconstruida como un enunciado condicional: *Si H, entonces J*, donde el antecedente denota un clase de supuestos de hecho y el consecuente denota una clase de consecuencias jurídicas (tales como: obligaciones, permisiones, prohibiciones, sanciones, validez o invalidez de actos, etc.⁷).

⁵ NAVARRO, P., y RODRÍGUEZ, J. "Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas", en *Isonomía*. N.º 13, 2000, p. 76.

⁶ Aquí no me ocupo de otro concepto de laguna axiológica, que ha sido elaborado por RODRÍGUEZ, J. *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid, 2002, p. 76 y ss.; cfr. también BULYGIN, E. "En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria", en ATRIA, F., et al. *Lagunas en el Derecho*. Madrid-Barcelona, 2005.

RATTI, B. "Dos modelos de relevancia normativa", en Seminario Homenaje a EUGENIO BULYGIN. Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, junio, 2006. (inédito)

⁷ Este concepto de norma es un poco más amplio de lo adoptado por. ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, incluyendo enunciados que sólo expresan *normas*, en el sentido que pertenecen a un sistema

Ahora bien, *muchas (sino todas) la formulaciones normativas [que se encuentran en un ordenamiento jurídico] son derrotables, esto es, poseen usualmente excepciones implícitas, existen circunstancias que derrotan la norma aunque ellas no están explícitamente enunciadas*⁸, *circunstancias que desplazan la obligación, aunque no estén formuladas expresamente*⁹. La derrotabilidad implica dos consecuencias muy importantes. En primer lugar, para el condicional superable [i. e., derrotable] no vale la ley del refuerzo del condicional [...]. En segundo lugar, tampoco vale la ley del modus ponens¹⁰.

normativo, aunque no tienen fórmulas deónticas en el consecuente. ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*.

⁸ ALCHOURRÓN, C. E. "Sobre Derecho y lógica", en *Isonomía*. N.º 13, 2000, p. 24.

⁹ ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E. "Norma jurídica", en GARZÓN VALDÉS, E., y LAPORTA, F. J. (eds.). *El Derecho y la justicia*. Madrid, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, N.º 11, 1996, p. 146. Otros sentidos de *derrotabilidad* son examinados por REDONDO, M. C. "Teorías del Derecho e indeterminación normativa", en *Doxa*. N.º 20, 1997; y en RODRÍGUEZ, J., en su libro *Lógica de los sistemas jurídicos*, en su capítulo IV, en particular, me parece importante señalar que la derrotabilidad, en el sentido de que una norma sería sujeta no a excepciones implícitas, sino a las excepciones que otras normas expresas del mismo sistema normativo introducen en ella, nada tiene que ver con el concepto de derrotabilidad que nos interesa en este contexto. Cfr. RODRÍGUEZ, J. *Lógica de los sistemas jurídicos*, p. 358, 364 y ss.

¹⁰ La lógica de los condicionales derrotables ha sido elaborada por ALCHOURRÓN, C. E. en varios ensayos *técnicos*, que no es preciso mencionar en este contexto. ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E. "Norma jurídica", *op. cit.*, p. 145 y ss.

Dicho de otra forma, una norma derrotable es una norma *sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano*, de manera que no es posible *precisar por anticipado las circunstancias que operan como genuina condición suficiente de su aplicación*¹¹.

Para mostrar la conexión entre lagunas axiológicas, derrotabilidad, e interpretación vamos a ver unos ejemplos ficticios (aunque no completamente ficticios).

2. ALGUNOS EJEMPLOS

2.1. Primer ejemplo. En una república con constitución rígida, forma parlamentaria de gobierno, y control concentrado *a posteriori* sobre la constitucionalidad de las leyes, una disposición constitucional establece: *El Presidente de la República puede oponer su veto a la promulgación de las leyes.*

¿A cuáles leyes se refiere esta disposición? Según la interpretación literal, a cualquier ley, porque el texto no distingue de ninguna forma entre leyes de tipos diferentes.

Ahora, imaginemos un jurista que argumenta más o menos de la manera siguiente:

¹¹ RODRÍGUEZ, J. “Derrotabilidad e indeterminación del Derecho. Respuesta a JUAN CARLOS BAYÓN”, en BAYÓN, J. C., y RODRÍGUEZ, J. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 210.

- a) Cabe distinguir entre dos tipos de leyes: por un lado, las leyes ordinarias; por otro lado, las leyes de revisión constitucional (esto es lo que, en teoría de la interpretación, se llama la técnica de la disociación).

- b) En el ordenamiento vigente (gobierno parlamentario) el Presidente de la República no es el jefe del poder ejecutivo, sino un *poder neutro* -algo como el *pouvoir neutre* de B. CONSTANT- que tiene funciones no políticas, sino sólo de garantía de la constitución (esta, nótese, es una tesis no estrictamente interpretativa, sino dogmática: una tesis de *teoría constitucional*, si se quiere decirlo así).

- c) La función del veto presidencial es la de permitir al Presidente un control previo (distinto de lo del Tribunal Constitucional, que es sucesivo) sobre la constitucionalidad de las leyes; en particular, el Presidente tiene el poder de oponer su veto frente a leyes cuya inconstitucionalidad es evidente (esta es una tesis dogmático-interpretativa sobre la *ratio legis*, o sea sobre la finalidad de la disposición que se comenta).

- d) Por otro lado, un problema de constitucionalidad sólo puede presentarse con respecto a las leyes ordinarias: una ley de revisión constitucional nunca puede ser inconstitucional (excepto por razones formales), porque las leyes de revisión consisten precisamente en un cambio del texto constitucional. Las leyes de revisión, se podría decir, siempre, por definición, son *inconstitucionales*, pero están autorizadas a serlo (esta

tesis se sigue analíticamente desde el concepto común de revisión constitucional).

- e) Entonces, la disposición constitucional de que se trata debe ser interpretada en el sentido que se refiere sólo a las leyes ordinarias, no a las leyes de revisión (esta es una primera conclusión interpretativa, que se sigue de la disociación combinada con unas tesis dogmáticas).
- f) La constitución no dice nada en absoluto sobre el poder presidencial de veto en relación con las leyes de revisión (se trata de una segunda conclusión interpretativa que, como la precedente, se sigue de la disociación y de la dogmática constitucional).
- g) Por consecuencia, el Presidente de la República no tiene el poder de oponer su veto a las leyes de revisión (esta es una segunda conclusión interpretativa, en sentido amplio, extraída *a contrario* a partir del *silencio* del texto constitucional: *inclusio unius est exclusio alterius*).

Esta forma de razonamiento, como se ve, produce consecuencias de gran interés.

1. En primer lugar, mediante la técnica de la disociación, nuestro jurista imaginario crea una excepción implícita en la disposición constitucional interpretada. Es decir, la hace una disposición derrotable o, mejor dicho, la derrota.
2. En segundo lugar, el brinda, de dicha disposición, una interpretación restrictiva: el alcance de la disposición resulta restringido a las leyes ordinarias (mientras

que, según una interpretación literal, ella se aplicaría a todas las leyes sin distinción).

3. En tercer lugar, produce una laguna: la disposición constitucional, reglando sólo el supuesto *ley ordinaria*, no regula las leyes de revisión; el supuesto *ley de revisión* (en relación con el poder presidencial de veto) no está reglado por la constitución de ninguna forma. Para quien interpreta literalmente la disposición de que se trata, por el contrario, esta laguna no es normativa, sino axiológica, pues el texto se refiere a las leyes sin distinción, y entonces también a las leyes de revisión.
4. En cuarto lugar, nuestro jurista colma la laguna que el mismo ha creado por una norma *implícita* (en sentido amplio, no en sentido lógico) -una norma de creación doctrinal (*Juristenrecht*)- según la cual el Presidente no tiene poder de veto sobre las leyes de revisión.

2.2. Segundo ejemplo. En el mismo ordenamiento constitucional que antes, donde el Gobierno tiene el poder de promulgar, en ciertas circunstancias, actos legislativos, que (como las leyes *stricto sensu*) pueden ser sometidos al control sucesivo del Tribunal Constitucional, una disposición constitucional establece: *El Tribunal de Cuentas ejerce el control de legitimidad sobre los actos del Gobierno.*

¿A cuáles actos se refiere esta disposición? Según la interpretación literal, a cualquier acto del gobierno, evidentemente, porque el texto no distingue de ninguna forma entre actos de tipos diferentes.

Sin embargo, imaginemos un jurista que argumenta, más o menos, de la forma siguiente.

- a. En nuestro ordenamiento existen dos tipos de actos de gobierno: actos legislativos (con *fuerza de ley*) y actos no legislativos (reglamentarios y administrativos).
- b. *Legitimidad* puede significar, a la vez, conformidad con las leyes *stricto sensu* (legalidad) o bien conformidad con la constitución (legitimidad constitucional o constitucionalidad).
- c. Los actos de valor legislativo, evidentemente, no tienen que ser conformes a las leyes (por el contrario, pueden derogar a las leyes: en eso precisamente consiste su valor legislativo). Los actos legislativos sólo deben ser conformes a la constitución.
- d. Sin embargo, en nuestro ordenamiento, el control de conformidad con la constitución sobre los actos de valor legislativo es competencia (que se supone exclusiva) del Tribunal Constitucional.
- e. Por tanto, la disposición constitucional de que se trata debe ser interpretada en el sentido que se refiere sólo a los actos no legislativos; los actos legislativos quedan fuera de su ámbito de aplicación.
- f. La constitución no dice nada sobre la competencia del Tribunal de Cuentas sobre los actos legislativos del Gobierno.

- g. Por consecuencia, el Tribunal de Cuentas no tiene competencia para controlar la legitimidad de los actos legislativos del Gobierno.

Como en el caso precedente, nuestro jurista imaginario ha hecho cuatro cosas importantes:

1. Por medio de la técnica de la disociación, ha derrotado la disposición constitucional, introduciendo en ella una excepción implícita: es decir, una excepción que, según la interpretación literal, no existe en absoluto.
 2. De esta forma ha propuesto una interpretación restrictiva de dicha disposición.
 3. Al mismo tiempo ha creado una laguna: la constitución no regula los poderes del Tribunal de Cuentas sobre los actos legislativos del Gobierno. Por supuesto, a quien interpreta literalmente, esta laguna le parece no normativa -pues el texto se refiere a todos los actos gubernativos- sino axiológica.
 4. Y por último nuestro jurista ha colmado la laguna con la norma de creación doctrinal según la cual el Tribunal de Cuentas no es competente para controlar la legitimidad de los actos legislativos del Gobierno.
- 2.3. Tercer ejemplo.** En el mismo ordenamiento constitucional, una disposición de la Constitución Política del Estado establece: *Ningún acto del Presidente de la República es válido si no está refrendado por el ministro proponente.*

Interpretación literal: cualquier acto presidencial debe ser refrendado por el ministro proponente. Esto supone que por cualquier acto presidencial haya un ministro proponente, y entonces una propuesta ministerial. Es decir, el Presidente no puede promulgar ningún acto sino sobre la base de una propuesta ministerial.

Pero imaginemos un jurista que argumenta, más o menos, de la forma siguiente.

- a) Dentro de una forma de gobierno parlamentaria, el Presidente de la República no es el jefe del poder ejecutivo: es un *poder neutro* con funciones de garantía de la Constitución Política (se trata de una premisa dogmática que ya conocemos).
- b) Por tanto existen actos que el Presidente cumple en el ejercicio de su función garantista: dichos actos no tienen contenido político *partidario*, son políticamente imparciales, y entonces no presuponen -no requieren- ninguna propuesta ministerial.
- c) Por consecuencia, hay que distinguir entre dos tipos de actos presidenciales: los actos *sustancialmente* gubernativos (cumplidos sobre la base de una propuesta ministerial) y los actos «estrictamente» presidenciales (sin propuesta ministerial).
- d) Ahora bien, la disposición constitucional que se comenta se refiere no a todos los actos del Presidente de la República, sino sólo a los actos sustancialmente

gubernativos; los otros actos presidenciales quedan fuera de su alcance.

- e) Entonces, los actos estrictamente presidenciales no están reglados por la Constitución Política.
- f) Por consecuencia, los actos estrictamente presidenciales no requieren ningún refrendo ministerial (o, quizás, requieren el refrendo no del ministro proponente, que simplemente no está, sino del ministro competente por materia).

Una vez más, nuestro jurista imaginario ha hecho cuatro cosas:

1. Ha derrotado la disposición constitucional, introduciendo en ella una excepción implícita, que, según la interpretación literal, no subsistiría.
2. De esta forma ha propuesto una interpretación restrictiva de dicha disposición.
3. La interpretación restrictiva le ha permitido identificar una laguna: la constitución no regula los actos estrictamente presidenciales en relación con el refrendo ministerial. A quien interpreta literalmente, tal laguna le parece evidentemente axiológica, pues el texto constitucional no distingue, y se refiere a los actos presidenciales sin más.
4. Por último, nuestro jurista ha colmado esta laguna con la norma de creación doctrinal, según la cual los actos

estrictamente presidenciales no requieren refrendo ministerial.

3. ALGUNAS CONCLUSIONES

No sería difícil multiplicar los ejemplos. Pero, ¿estos simples ejemplos se pueden generalizar? Yo creo que sí. De estos ejemplos, si bien (más o menos) ficticios, se desprenden varias consecuencias interesantes.

1. Los ejemplos sugieren que los conceptos de laguna axiológica y de derrotabilidad pertenecen, para decirlo así, no a la teoría de los sistemas normativos, sino más bien a la teoría de la interpretación. Denotan fenómenos que se presentan a lo largo del proceso de interpretación y que dependen de las estrategias interpretativas de los juristas (o de los jueces, por supuesto). Tal vez, hace falta recordar que las actividades de sistematización del Derecho siguen, no preceden, las decisiones interpretativas: no se hacen inferencias desde los textos (todavía no interpretados), sino sólo desde los significados, que, precisamente, presuponen la interpretación.
2. Muchas veces lagunas axiológicas y derrotabilidad son, por decirlo así, las caras de una misma medalla¹². Al derrotar una norma se excluyen de su alcance algunos supuestos (que, sin embargo, de acuerdo con una distinta interpretación sí estarían reglados por la norma). A veces

¹² RODRÍGUEZ, J. *Lógica de los sistemas jurídicos. op.cit.*, p. 377; *Ídem.*, y BAYÓN, J. C. "Derrotabilidad e indeterminación del Derecho. Respuesta a JUAN CARLOS BAYÓN", *op. cit.*, p. 229.

dichos supuestos resultan reglados por otra norma del sistema, pero otras veces resultan no reglados por ninguna norma perteneciente al sistema. En este último caso el sistema está lagunoso. Entonces, la derrota produce una laguna¹³.

-
- ¹³ La derrota produce lagunas, pero no todas las lagunas se producen por derrota. Por ejemplo, en la práctica de algunos tribunales constitucionales se encuentran los razonamientos siguientes. El legislador, al regular una clase de supuestos (por ejemplo, las «grandes empresas»), ha omitido regular de la misma manera otra clase de supuestos (por ejemplo, las «pequeñas empresas») que, según el juez constitucional, es «sustancialmente» igual a la clase de supuestos reglada. El legislador, al regular una clase de supuestos (por ejemplo, las «empresas» sin distinción), ha omitido distinguir, dentro de esa clase, dos subclases (por ejemplo, las *grandes* y las *pequeñas* empresas) que, según el juez constitucional, son *sustancialmente* distintas y, por tanto, exigen regulaciones distintas. En ambos casos, hay una laguna axiológica (de un tipo particular: Cfr. PARODI, G. “Lacune e norme inespresse nella giurisprudenza costituzionale”, en COMANDUCCI, P., y GUASTINI, R. (eds.). *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*. Torino, 1996; *Ídem*. *La sentenza additiva a dispositivo generico*. Torino, 1996, p. 131 y ss.; el primer caso, sin embargo, no sería un caso de laguna axiológica. Véase ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. p. 160). En ambos casos, la ley se considera inconstitucional, en razón de la laguna axiológica que contiene. La existencia de la laguna se argumenta sobre la base del principio constitucional de igualdad, entendido en el sentido de que los casos iguales deben ser tratados de la misma forma y los casos distintos deben ser tratados de forma distinta. Pero, en el primer caso (laguna axiológica sin derrota), lo que falta, según el juez constitucional, es una norma *igualadora*; en el segundo caso (laguna axiológica como consecuencia de la derrota), lo que falta, en cambio, es una norma *diferenciadora*. En ambos casos, el Tribunal Constitucional emite una *sentencia aditiva*. Cfr. MORESO, J. J. *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid, 1997, p. 171 y ss.

3. El concepto de laguna axiológica no pertenece al lenguaje de los juristas (o de los jueces): pertenece al lenguaje de la teoría del Derecho, más precisamente de la *metajurisprudencia*¹⁴, es decir, del análisis lógico del discurso de los juristas (y de los jueces).

Quiero decir que quien afirma la existencia de una laguna -salvo que hable *de jure condendo*, criticando el sistema jurídico vigente¹⁵- nunca admite que se trata de una laguna axiológica: por el contrario, siempre sugiere que dicha laguna es auténticamente normativa, es decir es un defecto objetivo del sistema normativo, independiente de cualquier valoración¹⁶. Sin embargo, para decir a nivel de metalenguaje -o sea desde el punto de vista *externo*- que la laguna en cuestión no es normativa, sino axiológica, debemos presuponer una interpretación del mismo texto, *distinta* de la interpretación propuesta por quien afirma la existencia de dicha laguna.

La lagunas axiológicas, entonces, parecen depender de la interpretación dos veces, o en doble sentido. Por un lado, dependen de la interpretación en el sentido que quien afirma la existencia de una laguna axiológica presupone una determinada interpretación -normalmente restrictiva-

¹⁴ BOBBIO, N. "Essere e dover essere nella scienza giuridica", en *Ídem. Studi per una teoria generale del Diritto*. Torino, 1970.

¹⁵ RODRÍGUEZ, J. *Lógica de los sistemas jurídicos*. *op.cit.*, p. 82.

¹⁶ Creo que tiene razón RODRÍGUEZ, J. al sugerir que, a menudo (o quizás normalmente), los enunciados de los juristas que afirman la existencia de una laguna (axiológica), son simplemente enunciados interpretativos y no enunciados de crítica ético-política del sistema jurídico vigente. RODRÍGUEZ, J. "Lagunas axiológicas y relevancia normativa, en *Doxa*. N.º 22, 1999.

del texto. Por otro lado, dependen de la interpretación en el sentido que quien afirma, a nivel de metalenguaje, que dicha laguna es precisamente axiológica, y no normativa, presupone a su vez una interpretación distinta -normalmente literal- del mismo texto.

Y esto tiene una consecuencia tal vez aún más inquietante. A veces se habla como si las lagunas axiológicas dependiesen de las valoraciones de los intérpretes, mientras que las lagunas normativas serían algo como propiedades *objetivas* del Derecho. De hecho, no es así. Si es verdad que no se pueden distinguir las lagunas normativas de las lagunas axiológicas independientemente de la interpretación, se sigue que una cierta laguna puede ser considerada normativa o axiológica desde puntos de vistas interpretativos distintos¹⁷. Pero esto quiere decir que incluso las lagunas normativas son variables dependientes de la interpretación: según una interpretación determinada hay una laguna normativa, mientras que según otra interpretación esta laguna milagrosamente desaparece, no subsiste en tanto laguna normativa, y entonces se convierte en laguna axiológica¹⁸.

¹⁷ Cfr. REDONDO, M. C. "Reglas genuinas y positivismo jurídico", en COMANDUCCI, P., y GUASTINI, R. (eds.). *Analisi e Diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino, 1998, p. 256.

¹⁸ *Una disposición que resuelve un caso genérico bajo cierta interpretación puede constituir una laguna en una interpretación diferente; un sistema incompleto (con lagunas) puede ser transformado, mediante la interpretación [...] en un sistema completo (sin lagunas)*. ALCHOURRÓN, C. E. "Sobre Derecho y lógica", *op.cit.*, p. 21.
Ídem., y BULYGIN, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. *op.cit.*, p. 144.

4. Los conceptos de derrotabilidad y de laguna axiológica son nuevos (o relativamente nuevos) en el lenguaje de la teoría del Derecho, pero ambas cosas son, a menudo, el resultado de una forma de interpretación bien conocida: la interpretación restrictiva, o sea aquella interpretación que reduce el alcance de una norma.

Por otra parte, el concepto de interpretación restrictiva es, evidentemente, un concepto de relación: ¿*restrictiva* con respecto a qué? Para afirmar que una interpretación es restrictiva hace falta presuponer una interpretación distinta: normalmente, una interpretación literal. Nótese, sin embargo, que incluso la interpretación literal es una interpretación, tal vez menos discutible, pero -en tanto interpretación- no más *objetiva* o *neutral* que otras interpretaciones posibles.

La interpretación restrictiva, como cualquier interpretación no literal, supone, expresa o tácitamente, el argumento (retórico) de la *ratio legis*, o sea de la intención -a menudo contrafáctica- de la autoridad normativa¹⁹. Más precisamente, quien rechaza la interpretación literal supone: primero, que existe una discrepancia entre lo que la autoridad normativa ha dicho y lo que quería decir (o hacer); segundo, que la intención tiene que prevalecer sobre el texto²⁰. Esta última suposición, evidentemente, no es otra cosa que una ideología política. Por otra parte, los enunciados sobre la intención de las autoridades normativas no pueden seriamente ser considerados como enunciados empíricos: no existe acceso a la *mente* de un Legislador, sobre todo si es un órgano colegiado²¹.

¹⁹ GUASTINI, R. *L'interpretazione dei documenti normativi*. p. 142 y ss.

²⁰ SCHAUER, F. *Playing by the Rules*. p. 74 y ss.

²¹ ALCHOURRÓN, C. E. "Sobre Derecho y lógica", *op. cit.*, p. 23, 27 y ss.

5. La interpretación restrictiva es el resultado de una técnica interpretativa específica: la técnica de la disociación²², algo parecido al *distinguishing* de los jueces de *Common Law*.

Esta técnica consiste en introducir en las normas distinciones nuevas, es decir no hechas por la autoridad normativa; consiste en descomponer la clase de los supuestos previstos por el texto -según la interpretación literal- en dos (o más) subclases, con el intento de sugerir que dichas subclases, siendo *sustancialmente* distintas, no pueden tener consecuencias jurídicas diferentes²³. La disociación, precisamente, es el instrumento argumentativo que permite crear lagunas axiológicas y derrotar las normas.

6. La derrotabilidad no es, como a veces se piensa, una peculiaridad de los principios²⁴. Es posible que los principios sean *intrínsecamente* derrotables -en el sentido que la derrotabilidad forma parte del propio concepto de principio- pero lo que es cierto es que cualquier norma puede ser convertida en derrotable: de hecho, los juristas lo hacen continuamente.

²² PERELMAN, CH. y OLBRECHTS-TYTECA, L. *Trattato dell'argomentazione*. cap. IV. Torino, 1966.

²³ GUASTINI, R. *L'interpretazione dei documenti normativi*. p. 163 y ss.; DICIOTTI, E. *Interpretazione della legge e discorso razionale*. p. 451 y ss.

²⁴ DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. 2.^a ed. London, 1978; GIANFORMAGGIO, L. "L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. 1985; ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona, 1996.

7. Algunos autores suponen que la derrotabilidad de las normas y las lagunas axiológicas dependen de la presencia, en el sistema jurídico, de principios, en el sentido que serían precisamente los principios a derrotar la normas y a producir lagunas axiológicas: o, mejor dicho, los intérpretes derrotarían las normas y producirían lagunas axiológicas para aplicar uno u otro principio²⁵. Por supuesto, a menudo esto es verdad. Pero la derrotabilidad y las lagunas axiológicas no dependen necesariamente de principios: es decir, no hay ninguna relación lógica entre estas cosas.

La derrotabilidad y las lagunas axiológicas dependen muy simplemente de las valoraciones de los intérpretes²⁶, y a menudo esas valoraciones toman la forma de *teorías* jurídicas, o mejor dicho de tesis dogmáticas: algo construido por los juristas antes e independientemente de la interpretación de uno u otro enunciado normativo específico.

²⁵ La idea de que las normas son derrotadas por los principios se encuentra, por ejemplo, en: BAYÓN, J. C. *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*. Madrid, 1991, p. 321 y ss.; BAYÓN, J. C. "¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?", en *Ídem.*, y RODRÍGUEZ, J. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. p. 295 y ss.; ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, 1993, p. 98 y ss. La tesis de que las lagunas axiológicas dependen de principios ha sido defendida por RUIZ MANERO, J. RUIZ MANERO, J. "Algunas concepciones del Derecho y sus lagunas", en ATRIA, F., et al. *Lagunas en el Derecho*. *op. cit.*

²⁶ Me parece muy ingenua la idea de RODRÍGUEZ, J., según la cual la justificación de la introducción de una excepción en una norma sólo puede ser ofrecida por otra norma positiva. De hecho no es así. RODRÍGUEZ, J. "Derrotabilidad e indeterminación del Derecho. Respuesta a JUAN CARLOS BAYÓN", *op. cit.*, p. 240

Es preciso señalar que las tesis dogmáticas -por ejemplo: *En una república parlamentaria el jefe del Estado es un poder neutro con funciones de garantía constitucional; La costumbre internacional se forma con el consentimiento de los Estados; El ordenamiento de las Comunidades Europeas y los de los Estados miembros son ordenamientos autónomos y independientes; etc.*- no son enunciados interpretativos (no presentan la forma estándar de tales enunciados: *El texto T significa S*). A veces son, muy simplemente, normas: *no positivas* evidentemente. Otras veces, son definiciones estipulativas que incorporan juicios de valor, preferencias políticas o morales ocultas, e implican normas. Esas definiciones orientan la interpretación y, a menudo, permiten formular normas *implícitas* apócrifas.

Sólo un ejemplo, por otra parte muy claro. En un fallo bien conocido -*Marbury* (1803)- el Tribunal Supremo de los Estados Unidos afirma que es un principio intrínseco a toda constitución escrita que un acto del poder legislativo no conforme a la constitución es nulo (*a legislative act contrary to the Constitution is not law*)²⁷. Evidentemente, esta afirmación no es un enunciado interpretativo: no hay formulación normativa en la constitución americana que pueda ser entendida en este sentido y, por otra parte, el propio tribunal tampoco intenta presentar su tesis como una conclusión interpretativa. Se trata precisamente de una tesis dogmática, que expresa directamente una norma y que permite al Tribunal sacar la norma ulterior que le otorga competencia para no aplicar las leyes inconstitucionales.

²⁷ TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS. Caso *Marbury vs. Madison*, 5 U. S. (1 Cranch) 137, 2 L. Ed. 60, 1803.

8. Escribe C. ALCHOURRÓN:

La derrotabilidad torna dificultosa la identificación de las normas de un sistema jurídico mucho más que la simple ambigüedad. De manera que constituye uno de los factores que hace necesario, en muchas situaciones, introducir operaciones valorativas y el uso de pautas axiológicas en la interpretación de los textos normativos²⁸.

Estas palabras parecen suponer: por un lado, que la derrotabilidad sea una propiedad objetiva de las normas, antecedente a toda interpretación; por otro lado, que la interpretación sea -al menos normalmente- una operación que no requiere valoraciones. Las valoraciones, en el proceso interpretativo, serían *no una causa, sino un efecto* de la derrotabilidad.

Se trata de una concepción un poco ingenua a la vez de la derrotabilidad y de la interpretación. La derrotabilidad no preexiste a la interpretación: por el contrario, es una de sus posibles consecuencias. Y las valoraciones de los intérpretes son precisamente *una causa, no un efecto* de la derrotabilidad de las normas.

Así como las lagunas axiológicas no son propiedades objetivas del sistema jurídico, porque dependen de las valoraciones de los intérpretes, la derrotabilidad, igualmente, no es una propiedad objetiva de las normas (o de los enunciados normativos). No depende del carácter fatalmente vago del lenguaje de las

²⁸ ALCHOURRÓN, C. E. "Sobre Derecho y lógica", *op. cit.*, p. 28.

autoridades normativas: no depende de la *open texture* del lenguaje; tampoco depende del hecho que esas autoridades no pueden prever la infinita variedad de los casos futuros²⁹. La textura abierta, en particular, es una propiedad objetiva e ineliminable de todos los predicados en el lenguaje natural³⁰. La derrotabilidad en cambio -o, mejor dicho, la derrota- de las normas es el resultado de una operación interpretativa.

9. Por tanto, no tiene sentido interrogarse sobre la cuestión de si las normas jurídicas (todas o algunas) son derrotables, o no³¹. Las normas o, mejor dicho, las formulaciones normativas, pobrecitas, son inertes, no hacen nada: se dejan derrotar, pero no se derrotan por sí mismas. Como la hermosura no está en las cosas, sino en los ojos de quien

²⁹ Cfr. RODRÍGUEZ, J., y SUCAR, G. "Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del Derecho", en BAYÓN, J. C., y RODRÍGUEZ, J. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. op. cit.*, p. 132 y ss.; RODRÍGUEZ, J. *Lógica de los sistemas jurídicos.* p. 364 y ss. Ambas ideas (equivocadas) se encuentran en HART, H. L. A. *The Concept of Law.* chapter VII. Oxford, 1961; *Ídem.* "The Ascription of Responsibility and Rights", en *Proceedings of the Aristotelian Society.* 1948, p. 49; MACCORMICK, N. "Defeasibility in Law and Logic", en Z. BANKOWSKI et al. (eds.). *Informatics and the Foundation of Legal Reasoning.* Dordrecht, 1995 ; SCHAUER, F. *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-based Decision-Making in Law and Life.* Oxford, 1991, p. 34 y ss.; así como en CARRIÓ, G. R. *Notas sobre Derecho y lenguaje.* 4.ª ed. Buenos Aires, 1994, p. 226.

³⁰ WAISMANN, F. "Verifiability", en *Proceedings of the Aristotelian Society.* 1945, p. 19.

³¹ Sobre esto, sorprendentemente, parecen discutir BAYÓN, J. C., y RODRÍGUEZ, J. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. op. cit.* Cfr. también el debate contenido en los artículos de RODRÍGUEZ, J., REDONDO, M. C., CARACCILO, R., MORESO, J. J., y CELANO, B. *Discusiones.* N.º 5, 2005.

mira, la derrotabilidad no está en las normas, sino en la actitud del intérprete³².

10. La cuestión de si la derrotabilidad es una propiedad de las normas o de las formulaciones normativas es bastante simple. Una formulación normativa es un enunciado (todavía no interpretado); la derrotabilidad es una propiedad lógica; pero antes de la interpretación los enunciados no tienen propiedades lógicas: sólo las normas, en tanto significados, pueden tener tales propiedades. Entonces la derrotabilidad es una propiedad de normas, no de formulaciones normativas.

Tal vez lo que hace pensar que la derrotabilidad es una propiedad de las formulaciones normativas es el hecho que las normas que los juristas derrotan constituyen la interpretación *literal* de esas formulaciones: son normas *prima facie*³³. La falta de distinción entre un enunciado y su significado literal es cosa bastante frecuente, y esto se comprende, porque a menudo la interpretación literal consiste no en reformular, sino en reiterar sin más el texto interpretado. Sin embargo, el significado literal -incluso cuando está generalmente compartido- sigue siendo un significado, no un enunciado.

11. Hace falta distinguir cuidadosamente entre derrotabilidad, acción de derrotar, y derrota (en tanto producto de dicha acción).

³² BAYÓN, J. C. "Derrotabilidad, indeterminación del derecho, y positivismo jurídico", en BAYÓN, J. C., y RODRÍGUEZ, J. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. op. cit.*, p. 178.

³³ Tomo esta expresión de DICIOTTI, E. *Interpretazione della legge e discorso razionale. op. cit.*

La derrotabilidad es una propiedad disposicional de cualquier norma (en tanto interpretación literal de un enunciado normativo)³⁴: es decir, cualquier norma es diacrónicamente derrotable, ya que los juristas pueden (en sentido no deóntico, sino fáctico) derrotarla, y lo hacen continuamente³⁵.

La acción de derrotar, en tanto proceso, es un acto interpretativo; la derrota, en tanto producto, es el resultado *sincrónico* de ese acto. Sincrónicamente, hay normas de hecho *derrotadas* (así como normas no derrotadas, por supuesto), pero no hay normas *derrotables*.

Una norma *derrotable*, mientras permanece derrotable, no sirve para nada³⁶: como hemos visto, no permite el refuerzo del antecedente, tampoco permite el *modus ponens*. Es decir, no puede ser utilizada como premisa en ningún razonamiento normativo. Por eso, los juristas sí derrotan las normas, sin embargo no las dejan *derrotables* hasta el infinito³⁷. Derrotando

³⁴ En los terminos de C. E. ALCHOURRÓN («Detachment and Defeasibility in Deontic Logic», en *Studia logica*, 57, 1996), cualquier norma incorpora un *operador de revisión*.

³⁵ Por supuesto, como señala J. C. BAYÓN («Derrotabilidad, indeterminación del Derecho, y positivismo jurídico»), a veces la derrota de una cierta norma puede violar una «convención interpretativa» existente, o sea yo diría contradecir la «interpretación vigente» (A. ROSS, 1958: *On Law and Justice*, London, p. 108), y por lo tanto no ser aceptada por los otros operadores jurídicos.

³⁶ J. RODRÍGUEZ, *Lógica de los sistemas jurídicos*, p. 361; F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, p. 116. Sea dicho de paso: la idea de HART, a menudo citada, según la cual una regla que concluye con la expresión «a menos que...» sigue siendo una regla (*The Concept of Law*, p. 136), me parece totalmente absurda. *Tantoque dormitat Homerus*.

³⁷ J. RODRÍGUEZ y G. SUCAR, «Las trampas de la derrotabilidad.

una norma incluyen en ella una excepción, pero esta norma, así reformulada (con alcance restringido), queda sincrónicamente inderrotable³⁸: apta como premisa para razonamientos en *modus ponens*, es decir apta para la aplicación. Y, por supuesto, diacrónicamente apta para ulteriores derrotas³⁹.

12. Del mismo modo, también las lagunas axiológicas sólo existen de forma efímera⁴⁰. Derrotando normas, los juristas crean lagunas axiológicas; sin embargo no la hacen para sostener, en serio, que el derecho es incompleto (o para sugerir a los jueces decisiones de *non liquet*): pues inmediatamente van a colmar las lagunas así creadas con normas nuevas *apócrifas*⁴¹.

Niveles de análisis de la indeterminación del derecho», p. 132.

³⁸ En los términos de C. E. ALCHOURRÓN («Detachment and Defeasibility in Deontic Logic»): una vez realizada la revisión del condicional derrotable, lo que queda es un condicional estricto.

³⁹ Cfr. B. CELANO, 2002: «“Defeasibility” e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili», en *Ragion pratica*, p. 18.

⁴⁰ E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, pp. 454 y ss.

⁴¹ Un análisis de algunas técnicas de elaboración de normas «apócrifas» se encuentra en R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, pp. 104 y ss.

4. UNA OBSERVACIÓN FINAL

¿Qué tiene que ver la derrotabilidad de las normas jurídicas con el positivismo jurídico? Nada, diría yo. Sin embargo, parece que sí: parece que admitir la derrotabilidad de las normas pueda poner en tela de juicio el positivismo jurídico (metodológico)⁴².

El razonamiento es más o menos el siguiente. El positivismo pretende que el derecho sea identificable independientemente de cualquier valoración moral. Pero, si las normas jurídicas son derrotables, su contenido no puede ser identificado sin valoraciones morales. Entonces el proyecto científico del positivismo está destinado al fracaso: para identificar el derecho es preciso suponer valoraciones morales.

Ahora bien, en primer lugar, este razonamiento supone evidentemente que la derrotabilidad sea una propiedad objetiva de las normas jurídicas: un *problema de interpretación*, y no un resultado de la interpretación. Lo que, como hemos visto, no es cierto.

En segundo lugar, este razonamiento se basa, según creo, sobre una doble confusión.

⁴² Cfr. una vez más la discusión entre J. C. BAYÓN y J. RODRÍGUEZ, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Cfr. también M. C. REDONDO, 2006: «Tesis de relevancia y regla de clausura de la relevancia. Positivismos excluyente, positivismo incluyente, y positivismo indiferente», inédito (el paper ha sido presentado al seminario «Homenaje a Eugenio Bulygin», Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, junio).

1. Primera confusión. Una cosa es identificar algo -concretamente: un texto normativo- como Derecho, una cosa muy distinta es determinar su contenido normativo: qué está ordenado (permitido, prohibido), a quién, en cuáles circunstancias⁴³. El positivismo jurídico dice simplemente que la *primera* de estas dos cosas se puede hacer sin valoraciones; no dice nada sobre la segunda. El positivismo metodológico *no* es, y tampoco incluye, una teoría de la interpretación.

La tesis positivista, en el fondo, es muy simple: cualquier mandato del soberano es Derecho. Lo que quiere decir que los mandatos del soberano no tienen que ser justos para ser Derecho: incluso las leyes injustas son Derecho. El positivismo no pretende más que esto.

En cambio, para determinar el contenido normativo de los textos normativos sí es preciso interpretar. Y esto normalmente supone valoraciones. ¿Existe alguien hoy en día que piensa, en serio, que la interpretación es una actividad *wertfrei*?⁴⁴.

2. Segunda confusión. Una cosa es el conocimiento científico del Derecho vigente, otra cosa muy distinta es la interpretación de los textos normativos.

Interpretar los textos normativos no es conocer el Derecho, sino contribuir a hacerlo. Si por *Derecho* entendemos no un

⁴³ M. C. REDONDO, «Tesis de relevancia y regla de clausura de la relevancia».

⁴⁴ Bueno, tal vez sí: esto parece ser el caso de R. HERNÁNDEZ MARÍN, 1999: Interpretación, subsunción, y aplicación del Derecho, Madrid-Barcelona.

conjunto de enunciados, sino un conjunto de significados, no hay Derecho sin interpretación: el Derecho resulta de una combinación de legislación (en sentido *material*: emisión de formulaciones normativas) y de interpretación. Entonces, la interpretación no coincide con la identificación del Derecho. Más bien la interpretación es *parte del Derecho*: un aspecto del objeto que se quiere identificar o conocer.

Dicho de otra forma, la interpretación no es la *ciencia del derecho*, sino que forma parte de su objeto. La ciencia jurídica es un discurso de segundo nivel (un metalenguaje) respecto al discurso interpretativo.

LA OMISIÓN PROPIA Y LA COMISIÓN POR OMISIÓN O IMPROPIA
EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

LA OMISIÓN PROPIA Y LA COMISIÓN POR OMISIÓN O IMPROPIA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL¹

ALVARO FRANCISCO ROMAN MARQUEZ²

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

RESUMEN:

En el presente artículo se ha realizado la construcción de la omisión, un tema que, en el Ecuador, es poco tratado y casi nunca escrito, por ese motivo vi la necesidad de escribir para aportar y que sirva de insumo a la construcción sobre esta categoría. En ese contexto, el tema resulta, sumamente interesante y complejo, por la forma como la dogmática ha discutido la omisión desde las diversas escuelas del delito, conocimiento que nos ayuda a entender el tema para poder trasladarlo al Ecuador, bajo una construcción propia. La omisión propia tiene diversa construcción que la omisión impropia. También se trató de abarcar la categoría

¹ Artículo recibido el 23 de diciembre de 2019 y aprobado el 24 de enero de 2020

² Docente de la Universidad Central del Ecuador (pre grado y maestría), de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito; de la Universidad San Gregorio, Portoviejo. (en ambas en maestría) Magister en Derecho con mención en Constitucional (UASB), Magister en Derecho Penal y Procesal Penal, (UCE). Doctorando en Derecho por la UASB. Abogado en libre ejercicio de la profesión. Correo electrónico: aroman@uce.edu.ec.

de la posición de garante, con todas sus fuentes, tanto formales, como materiales, mixtas y de imputación objetiva, con la finalidad de poder entender la equiparación de la acción con la comisión por omisión. Lo que debemos entender son las fórmulas que se han discutido para buscar la equiparación de la acción y de la comisión por omisión.

PALABRAS CLAVES:

Garantismo, omisión propia, comisión por omisión u omisión impropia. Posición de garante. Fuentes de la comisión por omisión

ABSTRACT:

In this article, the construction of the omission has been carried out, because is an issue that in Ecuador is little treated and almost never written. For that reason, I decided to write to contribute as an input to the construction on this category. In this context, the subject is extremely interesting and complex due to the way dogmatic has discussed the omission from the various schools of crime, which helped understand the issue, in order to transfer it to Ecuador under its own construction. Self-omission is understood to have a different construction like improper omission. It also tried to cover the category of the guarantor position with all its sources, both formal, material, mixed, and objective imputation, in order to understand the equation of the action with the commission by default. What we must understand is the formulas, that have been discussed to find the equation of action and commission by default.

KEY WORDS:

Guarantee, own omission, commission for omission or improper omission, guarantor position, sources of commission for omission

SUMARIO:

1. Ubicación de la omisión en el ordenamiento jurídico ecuatoriano;
2. La omisión;
3. El tipo objetivo en el delito de omisión impropia;
4. La existencia de la causalidad en el delito de omisión;
5. El delito de omisión impropia;
6. La posición del garante;
7. Los elementos del delito de omisión impropia; y,
8. Conclusiones.

1. UBICACIÓN DE LA OMISIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

Cuando el Ecuador, con la elaboración de la Constitución de 2008, se adhiere al modelo explicativo del garantismo, éste tiene dentro de su construcción axiomas garantistas³, tanto de carácter penal y procesal; los primeros son los de retribución, materialidad, lesividad y culpabilidad; los segundos son de jurisdicción, acusatorio, probatorio, contradicción y defensa.

Estos constituyen límites y son vinculantes para el poder punitivo, es decir, debemos entender que la primera función debe servir para que el poder en el ejercicio de sus competencias, se abstenga de realizar acciones, que puedan afectar los derechos; y, en la segunda, es vinculante, porque sus acciones deben fomentar la vigencia de los derechos para que los ciudadanos los puedan ejercer a plenitud, sin restricciones abusivas.

En ese sentido, el axioma de la materialidad, en primer momento, tiene relación directa con el Derecho penal, de acto o de hecho, que surgió para criticar al Derecho penal de autor, que es la construcción de perseguir a las personas por sus creencias, ideologías, por cuestiones biológicas y construcción de índole social, que constituían un peligro para la sociedad, el gobernante de turno y el grupo hegemónico. En conclusión, se castigaba por lo que eras, por tu personalidad.

Para contradecir, la modernidad construye el Derecho penal de acto, cuya principal preocupación es que la acción prohibida por la Ley penal, debe ser exteriorizada o como se sostiene es la que

³ FERRAJOLI, L. Derecho y Razón. Valencia, Editorial Trotta, 2001, p. 93.

se debe realizar o no realizar; en consecuencia, debe tener una existencia en la realidad para que se pueda valorar con criterios objetivos, verificarse mediante la prueba o demostrarse científica y técnicamente para determinar que se trata de una acción u omisión, que se realizó la acción hacia el mundo; por tanto, para el finalismo y siguiendo el Derecho penal de acto, en los textos legales siempre debe existir una acción u omisión final.

El axioma de lesividad es cuando esa acción que se exterioriza o se realiza se encuentra prohibida u ordenada por la norma que está contenida en el texto legal del tipo penal y que se deduce lógicamente de la interpretación que se realiza; esta norma de conducta debe ser de acción u omisión y cuando se realiza, debe ser penalmente relevante, es decir, peligrosa contra el bien jurídico, ya que debe tener la capacidad de producir un resultado, con el cual dañe o amenace al bien jurídico que protege.

Cuando la acción se realizó en el mundo exterior, para que sea penalmente relevante es porque se adecuó a la situación jurídica, además lo que hizo es una violación a la norma de conducta, por lo que se originó el desvalor de acción. Por ejemplo, cuando A por medio de una pistola amenaza a B y se apodera de su billetera con la suma de 1.000,00 dólares de los Estados Unidos de América. Esta acción se adecúa (tipicidad) a la situación jurídica, que se encuentra descrita con todas sus circunstancias en el tipo penal del artículo 161, inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, en este primer momento al ser típica, además, violenta la norma de conducta de prohibición, la cual determina que no realice el robo de cosa ajena. Éste constituye el desvalor de la acción.

En tanto el desvalor del resultado, se determina cuando la acción de apoderamiento, se consumó y produjo el resultado

de desapropiación de la cosa que le pertenecía (billetera con los US \$ 1.000.00) y en ese momento, el resultado producido por la acción, sin que medie ninguna causa justa, produce una afectación al bien jurídico, que es la propiedad de B, para determinar si esa acción puede constituir una amenaza o daño con el resultado al bien jurídico.

Y, por último, el axioma de culpabilidad es un límite cuando se debe determinar que el ser humano efectivamente ha violentado la norma, con plena capacidad intelectual y que lo hizo teniendo, la comprensión de que su acto es antijurídico. No se lo puede declarar responsable, si no actuó con esta libertad de hacerlo, conforme a Derecho o en contra. Siguiendo el mismo ejemplo: A debe tener la capacidad, es decir, no debe ser ni adolescente, ni tener perturbaciones o patologías mentales, que afecten su capacidad de comprender su actuación, conforme a Derecho; y, si tiene esa capacidad, debe comprender que su actuación es antijurídica y lesiva contra el bien jurídico de B, por lo que se le puede atribuir, reprochar o imputar el hecho típico, antijurídico.

Estos axiomas garantistas, que se describen en la norma constitucional ecuatoriana, dentro de los derechos de protección y en especial del debido proceso, llevan a observar que el Derecho penal ecuatoriano es de acto o de hecho, cuando: *Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión*⁴, es decir, que es preciso que deben existir esas dos modalidades, las cuales deben materializarse en la realidad para poder ser desvaloradas como delito.

⁴ REGISTRO OFICIAL DEL ECUADOR. Constitución Política del Estado. Artículo 76, numeral 3. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 9.

En el cuerpo normativo penal, se señala que: *La conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión*⁵, en ese sentido, podemos ver que funciona como un límite al poder punitivo, en especial al legislativo, el cual no podrá elaborar tipo penales, sin que exista una conducta humana, que deba ser regulada.

Además, esta va a servir como *elemento básico o unitario del sistema de la teoría del delito*⁶, así como de unión entre las demás categorías dogmáticas, a saber, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Y, por último, servirá como delimitadora de los bienes jurídicos, que podrá afectar.

Podemos interpretar que en el momento de la decisión de redactar la norma legal penal, se ubica a la conducta en una posición amplia, que comprende las dos modalidades, pero que estas dos tienen su propia estructura ontológica y normativa de explicación para que tenga relevancia o transcendencia jurídico penal.

2. LA OMISIÓN

Para comprender de mejor manera el tema de la omisión, debemos conceptualizar qué entendemos como acción. MARÍA ÁNGELES RUEDA MARTÍN sostiene que antes que se desarrolle el sistema clásico de la teoría del delito:

⁵ REGISTRO OFICIAL DEL ECUADOR. *Código Orgánico Integral Penal*, artículo 23.

⁶ RUEDA MARTÍN, M. A. "La acción y la omisión", cap. 6, en Romeo Casabona, C. M., Solá, E., y Boldova, M. (coords.). *Derecho penal. Parte general. Introducción a la teoría jurídica del delito*. Granada, Editorial Comares, 2013, p. 84.

La dogmática jurídico penal se desarrolló bajo el concepto de imputación de PUFFENDORF y el concepto de la acción humana desarrollado por él. Dentro de este concepto de acción no están comprendidos todos los resultados causados por el ser humano, sino aquello que dependen de su voluntad o que son dominados por ella, de modo que solo estos resultados pueden serle imputados como su obra. Estas dos ideas son de gran importancia porque van a ser el denominador común en el concepto de imputación: por un lado, con este concepto se pretende delimitar las acciones por las que un sujeto puede ser responsable frente al caso fortuito, frente al acaso o a la causalidad, que no pueden ser exclusivo fundamento de la responsabilidad penal; por otro lado, el concepto de imputación depende totalmente de la voluntad⁷.

La posición de PUFENDORF se puede entender que consiguió dos logros. El primero, determinar la diferencia, entre los actos que eran imputables al ser humano y cuáles no le correspondían, como los casos fortuitos, de inconsciencia absoluta o de movimiento reflejo, que son actos en los cuales se encuentra anulada la voluntad. El segundo, cuando se pueden determinar que los actos humanos tienen una voluntad, la cual realiza y conduce hacia un fin para producir el resultado, que se encuentra previsto en la situación jurídica del tipo penal, con ello se fue abandonando el Derecho penal de autor, propio de la Edad Media.

Se conoce que, en forma posterior, se dejó de lado la teoría de la imputación, para crear la teoría del delito-punibilidad, teniendo

⁷ RUEDA MARÍN, M. A. *op. cit.*, p. 84.

como fundamento la acción. En ese orden de ideas surge y por eso hay que tomar en cuenta el contexto histórico, en el cual se desarrolló la teoría causal de la acción.

Esta teoría se desarrolló, cuando epistemológicamente se encontraba dominado el pensamiento por el conocimiento científico positivista, por lo mismo, el positivismo era la única forma de explicación de los fenómenos, del cual el Derecho no se excluye, surgiendo y desarrollándose el positivismo jurídico legalista; en ese sentido, ingresa el modelo explicativo del sistema clásico de la teoría del delito, en el cual se busca la causa u origen que determine un resultado, por tal razón, la acción se consideraba como un simple movimiento de voluntariedad, que producía un movimiento corporal, sin ningún otro contenido.

Otro criterio para realizar la diferencia, entre la acción y la omisión, es el propuesto por ENGISCH, *quien ha puesto en marcha la cadena causal mediante el empleo activo de energía y, así ha creado un riesgo para el bien jurídico protegido*⁸. Continúa HARRO OTTO, explicando que:

*Este es el criterio decisivo para la acción. Si se constata que el autor no creado ni incrementado riesgo alguno para el bien jurídico protegido a través de la puesta en marcha de un curso causal, entonces se debe verificar si se le puede reprochar al autor una eventual omisión, es decir, el omitir poner en marcha una cadena causal para evitar el resultado*⁹.

⁸ OTTO, H. *Manual de Derecho penal. Teoría general del Derecho penal*. 7.^a ed. Béguelin, J. R. (trad. del alemán). Barcelona, Editorial Atelier, 2017, p. 244.

⁹ OTTO, H. *op. cit.*, p. 245.

Este sistema positivista o causalista, propuesto por FRANZ VON LISZT y BEILING, se construye con los tres elementos de acción, relación de causalidad y resultado, que se resuelve en la tipicidad, y para explicar la relación causal se recupera la teoría de las equivalencias de condiciones, es decir, que todas las condiciones que pertenecen a la cadena causal, se entienden como causas; por ejemplo, lo que sostiene esta posición es que las condiciones que sirven para la fabricación del vehículo, utilizado como transporte de la droga, entiende que quienes elaboraron el automotor a pesar de que son condiciones, lo considera causas que producen el resultado de transporte de la sustancia prohibida y sometida a fiscalización, por lo que también deberán responder por el delito de transporte de droga. Esto generó una crisis de esta posición dogmática, que fue criticada por cuanto no explicaba adecuadamente la individualización del autor.

Para evitar los excesos de esta posición, existen propuestas teóricas, que aportaron criterios que sirvieron para individualizar al autor o causa, éstas son:

1. La supresión hipotética;
2. La de la causalidad adecuada, que ingresa criterios normativos¹⁰;
3. La teoría de la relevancia jurídica;
4. El sistema finalista o de la finalidad; y,
5. La imputación objetiva del resultado.

Al entrar en crisis este sistema causal de la acción, en los años treinta, surge la teoría finalista, que tiene la decisión metodológica de explicar desde una construcción ontológica; para WELZEL

¹⁰ RUEDA MARÍN, M. A. *op. cit.*, p. 85.

la acción humana es compleja y debe tener una unión entre lo subjetivo y lo objetivo y, por lo mismo, tener un sentido y no solamente un simple movimiento corporal, es decir, contar con una estructura:

1. Que la acción tiene siempre un fin;
2. Luego de la decisión del fin, retorna para la elección de los medios o herramientas idóneas que se van a utilizar para llegar a ese fin;
3. Puede prever las consecuencias de sus actos, por lo cuales puede evitarlos; y,
4. Conduce con lo anterior a la voluntad que es la que va a realizar, consumir y mantener el resultado del fin propuesto. Por eso se conoce a este modelo explicativo como *vidente*, ya que el conocimiento va a conducir a la voluntad al fin propuesto.

También, esta teoría a más de ser ontológica, tiene aportes normativos, ya que le encuentra explicación de sentido social, cuando determina que existen acciones con adecuación social (muchos autores consideran que es el inicio del riesgo permitido) y las que no tienen adecuación social, para que puedan ser penalmente relevantes; otra es la finalidad, como categoría de la voluntad, ésta es normativa por su propio contenido, ya que, como sostiene WELZEL, se entiende que el hombre *por su saber causal, tiene la capacidad de prever las consecuencias de sus actos y poder evitarlos, y seguir con su plan de considerarlo*. Por tanto, cada uno de los criterios de este concepto tiene elementos valorativos y no solo ontológicos. La crítica recibida por lo ontológico es tan solo por una decisión metodológica, para la construcción del modelo dogmático, que sirvió para descubrir las

inconsistencias del sistema clásico, para sistematizar y crear o reformular las ideas y conceptualizaciones existentes.

Para ROXIN, una de las posiciones actuales de la acción, la considera como una manifestación exterior de la personalidad moral y espiritual del hombre. JAKOBS considera a la acción como la asunción culpable de la competencia por una lesión grave de la norma¹¹. Por lo que RUEDA MARTÍN señala que estas posiciones de la imputación objetiva, lo único que hacen es paliar los efectos o las consecuencias, que ha conducido el sistema de explicación de la teoría causal de la acción, lo cual hace que prescindan de la finalidad actual del sujeto en el seno de la acción y se exige un movimiento voluntario, que causa el peligro desaprobado, según FRISCH¹². La autora toma la postura por la explicación de la teoría final de la acción.

Una vez entendido qué es la acción, seguiremos con el tema propuesto, en cuanto a la conceptualización de la omisión, el sistema clásico del delito; como habíamos indicado en líneas anteriores, tiene tres ejes principales que son: la manifestación externa de la voluntad, el resultado y la relación de causalidad. Desde la explicación mecanicista, era no hacer nada, puesto que de la nada, no puede surgir nada, es decir, que como se exigía un movimiento corporal, la omisión significaba ningún movimiento corporal.

MARÍA ÁNGELES RUEDA MARTÍN, RADBRUCH y VON LISZT, ingresan en su construcción de la omisión como un *no hacer algo*. El segundo sostenía que *la omisión consiste en no impedir*,

¹¹ RUEDA MARTÍN, M. A. p. 87.

¹² *Ibíd.* p. 88.

*voluntariamente el resultado y agrega la manifestación de voluntad consiste en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debería haber realizado*¹³.

Con la construcción de la teoría finalista, el aporte se lo hace desde una construcción ontológica de la omisión. ARMIN KAUFMAN, entrega dos criterios de imputación que son *no realización de una acción finalista que el autor podía realizar y que no realizó en una situación concreta, teniendo la capacidad de realizar*. Por tanto, éste no se debe considerar como un aspecto negativo de la acción, sino como delimitador¹⁴. Es decir, cuando una persona no realiza una acción que puede realizar, este es un juicio objetivo e independiente de cualquier exigencia normativa y es una acción positiva de la misma.

Para reforzar esta posición, MAURACH-GÖSSEL considera que tanto la acción como la omisión, tienen una estructura ontológica similar, tomando en cuenta que una conducta humana, psíquicamente estructurada, tiene un modo determinado, independientemente de que se persiga o no un resultado perceptible por el mundo exterior de que la omisión sea caracterizada por la ausencia de una actividad física y que pueda perfectamente constituir una acción, si se cumplen aquellos elementos esenciales de perseguir o estar dirigida a un fin, dominada por la voluntad dirigente¹⁵. Es decir, si no es acción humana, como en los casos de caso fortuito, inconsciencia absoluta o movimientos reflejos no se le pueden atribuir los actos o la inactividad, ya que se encuentra anulada su

¹³ DONNA, E. A. *Derecho Penal. Parte General*. T. VI. Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2010, p. 201.

¹⁴ RUEDA MARTÍN, M. A. *op. cit.*, p. 89.

¹⁵ *Ídem*. p. 237.

voluntad, pero en el caso de la madre, que se duerme con el niño en su cama, esto si se puede imputar, por cuanto es una violación al deber objetivo de cuidado o como dice DONNA, con la figura penal desde la *libera in causa*¹⁶.

Para WELZEL, la omisión está referida necesariamente a una acción, no existe una omisión *en sí*, sino solo la omisión de una acción determinada. Por lo tanto, la omisión no es un concepto negativo, sino solo un concepto en concreto limitativo: es la omisión de una acción posible del autor, que está subordinada al poder final potencial de la persona. Aclara que su posición, no siempre entendida, sostiene DONNA:

*La omisión es la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación con una determinada acción. Solo aquella acción que está subordinada al poder final del hecho (dominio del hecho) de una persona, puede ser omitida*¹⁷.

Y como podemos darnos cuenta a más de la construcción ontológica, existen los criterios normativos o valorativos de poder final del hecho (dominio del hecho).

En ese orden de ideas, LUZÓN PEÑA acepta la existencia de los criterios ontológicos y en su construcción considera que se deben complementar con criterios normativos como: si no se realiza una determinada actividad, ésta debe haber tenido la capacidad de realizarla, por lo que se considera que sea posible o esperada, o una acción determinada; sin embargo, tal expectativa

¹⁶ DONNA, E. A. *op. cit.*, pp. 238-239.

¹⁷ *Ibíd.* p. 241.

se ve defraudada. La posibilidad que determina la esperanza o la expectativa, que se refiere a una actividad positivamente valorada, y que por ello es esperada, deseada y cuya esperanza se ve defraudada, si no se efectúa¹⁸.

¿Cuándo se ve la esperanza defraudada? En un primer momento, cuando se tiene simplemente la confianza fundada en que el sujeto actúe de un modo positivo correcto. En un segundo espacio, la existencia de un deber (extrajurídico, social, ético, religioso, cuasicontractual, etc, o jurídico), que impone u obliga a la actividad. Y, por último, en la expectativa derivada de un estricto deber u obligación, jurídicamente solo se debe hablar de omisión de una conducta concreta anterior, si se la añade el requisito normativo del deber de actuar; este deber se deriva de una norma imperativa de conducta, que le ordena la realización de dicha conducta.¹⁹

Es decir, la omisión es una acción positiva, determinada por los siguientes criterios:

- a) Es la no realización de una concreta acción; y,
- b) Esta acción es la debida, ordenada, que era posible cumplir²⁰ y que era la correcta, puesto que esa es la expectativa.

¹⁸ LUZÓN-PEÑA, D. M. *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2016, pp. 567- 568.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Ibíd.* p. 569.

3. EL TIPO OBJETIVO DE LOS DELITOS DE OMISIÓN PURA O PROPIA

En lo jurídico, en los delitos propios de omisión, *el tipo de la Ley describe en cada caso una determinada situación, en la que todo aquel que se encuentre en ella está obligado a realizar una determinada acción*²¹, esto quiere decir que en el texto legal, existe una acción que se debe realizar y el autor incumple un deber normativamente ordenado o exigido de realizar que consiste en una determinada acción positiva, contando con la capacidad objetiva de realizarla; teniendo ese deber y no ejecutarla, defrauda expectativas de no realizar la conducta esperada. Por ejemplo, en el tipo penal del artículo 276 del Código Orgánico Integral Penal, se determina que: *La o el profesional [...] en medicina que reciba una persona con signos de haber sufrido graves violaciones a los derechos humanos, a la integridad sexual y reproductiva o muerte violenta y que no denuncie el hecho.*

Este delito es de omisión propia, por cuanto se utiliza por técnica legislativa el sistema cerrado; el deber como delito debe estar descrito en la parte especial en forma precisa para no permitir la expansión del Derecho penal. Y se opone al sistema abierto como el de la omisión impropia o comisión por omisión, que aún cuando se encuentra en la parte general, puede ser utilizada en la parte especial, pero en el Ecuador se ha limitado a los delitos contra los bienes jurídicos contra la vida, la salud y la integridad física²².

²¹ OTTO, H. *op. cit.*, p. 248.

²² REGISTRO OFICIAL DEL ECUADOR. *Código Orgánico Integral Penal*. Artículo 28, inciso 2.

La estructura de todo tipo de omisión pura consta, pues, de los tres elementos siguientes:

- a. La situación típica;*
- b. La ausencia de una acción determinada; y,*
- c. La capacidad de realizar la acción²³.*

a) Situación típica o situación generadora del deber

Para SANTIAGO MIR PUIG, *en la que se omita una determinada acción, pese a que el sujeto podía haberla realizado*²⁴. ENRIQUE BACIGALUPO, sostiene que: *El primer elemento del tipo objetivo de los delitos propios de omisión es la situación de hecho de la que surge el deber de realizar una determinada acción*²⁵, cuando existe la norma que determina el deber de la acción, que se encuentra descrita en el tipo penal, pone en peligro el bien jurídico protegido, ésta es omitida por el sujeto activo del delito. En este caso, sería el tipo penal transcrito para el estudio el artículo 276 del COIP, que consistiría en el deber de denunciar, en el caso de recibir a una persona que haya sido víctima de graves violaciones de derechos humanos, integridad sexual y reproductiva y vida.

²³ MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires, Editorial IB&F, 2016, p. 325.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E. *Derecho penal. Parte General*. Lima, ARA Editores, 2004, p. 506.

b) La no realización de la acción exigida por la norma

Es la comparación de la acción que realizó el autor o el sujeto activo y la que requiere el cumplimiento del deber de actuar²⁶. Es decir, debemos realizar la valoración de la actuación que hicieron los médicos o el personal de salud, quienes no presentaron la denuncia ante la presencia de delitos de graves violaciones de derechos humanos [...], y la norma de conducta que les imponía un deber que corresponde a la acción debida para cumplir el mandato.

Por lo tanto, se constituye en la conducta esperada, es decir, que se entiende que una persona que tiene el conocimiento de estos hechos realice la denuncia, es la conducta esperada. Tomando en cuenta las circunstancias del texto legal, en su condición de servidores de la salud, saben y conocen en qué consisten las graves violaciones de derechos humanos, es decir, delitos de lesa humanidad, (tales como la tortura en casos que sea generalizada o sistematizada), de la integridad física (en los que también está la tortura) o los delitos de violencia sexual (violación, abuso sexual, acoso sexual e inseminación no consentida).

c) La capacidad objetiva o la capacidad o poder de hecho de ejecutar la acción

Para BACIGALUPO, consiste en la capacidad del obligado de realizar la acción mandada o de, en su caso, evitar el resultado [...] es un elemento individual²⁷.

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ BACIGALUPO ZAPATER, E. *op. cit.*, p. 507.

En ese sentido, se entiende que en esa capacidad existe la previsibilidad, requiriéndose por tanto de un juicio de previsibilidad objetiva, el cual tiene dos elementos: el primero, el conocimiento que se obtiene de la experiencia, esta capacidad permite que el ser humano tenga la forma de prever para que no se produzca un resultado, es decir, que se anticipe, para que realice la acción esperada de denunciar; y el segundo, que se determine, conforme a las leyes de la época.

Además, esta capacidad también consiste en *tener las fuerzas físicas y mentales mayores o menores que pueden concurrir en una persona normal*²⁸, es decir, que pueda cumplir física y/o legalmente ese deber de hacerlo, debe tener la capacidad de evitar, con su acción, que se consuma el delito y que haya decidido o tomado la decisión de la acción mandada y de realizarla²⁹.

Si ese profesional de la salud estaba en el lugar donde se presentó esa persona, víctima de los delitos descritos en el texto legal, debe realizar la acción de denuncia. O si físicamente tiene la probabilidad de realizar la denuncia, que es la conducta esperada y que será valorada para determinar la relación normativa.

d) El tipo subjetivo de los delitos de omisión pura

Se presupone que el sujeto debe conocer los elementos del tipo objetivo del delito de omisión y debe conocer

²⁸ MIR PUIG, S. p. 325.

²⁹ BACIGALUPO ZAPATER, E. *op. cit.*, p. 507.

de la capacidad objetiva de realizar la acción ordenada. Cuando es doloso, el sujeto debe tener la voluntad de no realizar la acción, que debía realizar y que era esperada.

4. EXISTENCIA DE LA CAUSALIDAD EN EL DELITO DE OMISIÓN

Una de las discusiones es si existe causalidad o no en el delito de omisión, para EDGARDO ALBERTO DONNA, en un primer momento, no existe diferencia entre la acción y la omisión, desde una posición ontológica, por cuanto considera que:

En ambos hay voluntad y el sujeto se hace dueño de la situación, esto es, domina la causalidad en un caso y en el otro, al dejar que el curso causal prosiga. Se trata en ambos casos supuestos de una forma de decidir y, por ende la imputación debe ser al sujeto libre que decide no hacer³⁰.

Continúa, EDGARDO ALBERTO DONNA con la posición de JOACHIM HRUSCHKA, quien sostiene sobre la omisión propia o impropia:

En primer lugar, no hay duda de que, como se verá, existe causalidad en el sentido de que el sujeto nada hace para evitar que siga el curso causal iniciado que daña al bien jurídico. En segundo lugar, para que al autor se le pueda imputar la conducta, debe tener el dominio del hecho, como cualquier autor, y en los delitos de comisión por omisión debe estar colocado en una posición en la cual el dominio del hecho en

³⁰ DONNA, E. A. *op. cit.*, p. 191.

*relación con el bien jurídico le obligue intervenir, que no es otra cosa que la posición de garantía*³¹.

En la posición de que no existe causalidad, se encuentra ROXIN, quien sostiene:

*La ciencia se esforzó tratando de probar la existencia de dicha fuerza causal en la omisión. Estos esfuerzos han fracasado, por tanto, no requieren de descripción más precisión. Y por último, sostiene que: la causalidad en la omisión consistiría en la supresión de un impulso de actuación y generaría realmente el resultado al eliminar un factor (la voluntad de actuar) impediendo de dicho resultado. [...] afirmaba que: podría existir en la omisión una causalidad en relación con el resultado, ya no es más defendida*³².

Continúa ROXIN: [...] *que no existe una causalidad en el estado natural como se pretende sostener, ya que no existe las energías o fuerzas eficientes o dinámicas de la causalidad, ni siquiera en los delitos de acción, por lo que termina sosteniendo que: Es aconsejable aplicar la fórmula de la causalidad como condición legal tanto a los delitos de acción como a los delitos de omisión*³³.

³¹ LUZÓN-PEÑA, D. M. *op. cit.*, p. 195.

³² DONNA, E. A. *op. cit.*, p. 202.

³³ *Ibíd.* pp. 208-209.

En ese mismo sentido, ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, sostiene que:

Entre la omisión y el resultado no puede existir relación de causalidad, ya que en un sentido científico natural la omisión no causa nada. Porque la ausencia de energía (y la causalidad mediante el empleo de energía influye materialmente en el resultado) la inactividad no pone en marcha cadenas causales. Solo cuando haya causado el resultado mediante una inactividad, sino solo que se hubiera actuado habría impedido el resultado³⁴.

DONNA, critica las posiciones anteriores, (de ROXIN y GIMBERNAT) y sostiene que: *el problema causal en la omisión esconde otro que es el de la valoración*. Por ejemplo, si la madre hubiera actuado dando de alimentar a su hijo, hubiera evitado el resultado de la muerte. Si se hubiera actuado, se habría salvado. *Esto no es casual, es valorativo, sujeto a prueba, condicional, que el Juez debe necesariamente valorar, pero que con seguridad en pocos casos se sabrá. ¿Que se quiere decir con esto?, ¿que siempre existirá valoración? El problema es cuando se la esconde³⁵.*

Quienes se oponen a la causalidad, argumentan que existe una cuasi causalidad, una causalidad hipotética o simplemente una imputación objetiva del resultado³⁶.

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ DONNA, E. A. *op. cit.*, p. 211.

³⁶ *Ibíd.* p. 204.

EDGARDO ALBERTO DONNA cita a INGEBORG PUPPE, quien manifiesta que la omisión como causalidad, puede ser parte de una ley general de condiciones que lleva a un resultado. Como en los delitos de acción, se trata de condiciones reales, que no son solamente lógicas, sino que dependen de relaciones causales.

Defiende que en la acción como en la omisión, el estado de las cosas puede ser real. Por eso PUPPE recurre a la acumulación de causas en la omisión y a la teoría de las condiciones mínimas, ya que considera que deben existir estas condiciones mínimas que se dan por la experiencia, para no evitar el resultado, si el garante hubiera cumplido con su deber³⁷.

Podemos concluir que para que exista causalidad, debe existir la valoración de las condiciones mínimas de actuación por parte del autor de interrumpir el resultado con la conducta que podía realizar y que era esperada.

La posición de garante solo se puede discutir cuando existe la posibilidad del omitente de evitar el resultado, ya que nadie está obligado a realizar actividades sin sentido. En esta dirección, lógicamente deben ser estrictas las condiciones del origen o de la formación de un deber del garante al igual que la causalidad, a través de la omisión. Sin embargo, desde otra perspectiva, ésta se relaja, ya que el garante debe actuar no sólo cuando el resultado con seguridad se puede evitar, sino también cuando existe una oportunidad de salvación, aunque se debe aceptar que ello únicamente se exige, en tanto le sea posible al garante el cumplimiento del deber³⁸. (caso de Lederspray)

³⁷ *Ibíd.* p. 213.

³⁸ DONNA, E. A. pp. 213-214.

Una vez explicadas la posiciones de esta discusión, DONNA concluye que no se debe ver la causalidad en forma natural, sino que debe existir una relación normativa. La causalidad se da por la existencia de la libertad, debe existir voluntad, y que el sujeto pueda manejarla, es decir, debe existir el dominio del hecho de no realizar el deber que se le exige, por tanto, existiendo dolo, puesto que tiene el conocimiento de la situación jurídica y de las consecuencias por la negativa de hacerlo, teniendo la posibilidad para realizarlo, porque domina el suceso en su plenitud³⁹.

5. DELITOS OMISIVOS IMPROPIOS O DE COMISIÓN POR OMISIÓN

Antes de ingresar al estudio del delito de omisión impropio, me permite el lector presentar ¿cuál es el problema dogmático de este delito? ENRIQUE BACIGALUPO lo presenta cuando cita el artículo 11 del Código Español, el Legislador reguló este delito: *No impedir un resultado es equivalente a su producción activa*. Podemos sostener que existe una similitud con lo descrito en el artículo 23, inciso segundo del COIP: *No impedir un acontecimiento cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo equivale a ocasionarlo*. El ejemplo conocido, en todos los manuales de Derecho penal: la madre, asfixia a su hijo de tres meses de edad con una almohada, (causar la muerte a otro); la madre, deja morir de hambre a su hijo de tres meses de edad, (es decir, no impidió que muera de hambre). El problema, como sostiene BACIGALUPO, es *como llevar a cabo esta diferenciación*⁴⁰.

³⁹ *Ibíd.* p. 216.

⁴⁰ BACIGALUPO, E. *op. cit.*, p. 509.

Continúa el autor argentino, mencionando que:

Inicialmente no existía ninguna dificultad para establecer la equivalencia entre producir (activamente) un resultado y no impedirlo, pues se entendió que la omisión podía ser una causa del resultado y que no impedir la interrupción del aborto, las lesiones corporales, etc. realizaría el tipo de aborto de la misma manera como si se lo realizaría en la forma activa⁴¹.

Explica además BACIGALUPO: *lo que reclama la Justicia, por lo tanto, se podría expresar técnicamente a través de la causalidad⁴²*. Es decir, que esta la forma como desde la teoría clásica o positivistas (causalista) encontrar los criterios para poder solucionar dogmáticamente el problema planteado. Sin embargo, sostiene que: *desde la causalidad no es lo mismo causar que no impedir, es decir, no es lo mismo matar que no impedir morir⁴³*. Por lo que concluye que: *de la nada no surge nada*, ya que, además, del tipo penal se requiere una causalidad de una manera explícita o implícita la solución causal resulta totalmente inidónea.

En ese sentido, se generó una crisis del modelo, por lo que se buscó una solución para que las omisiones que implicaran la infracción de un determinado deber de actuar deberían ser típicas. Por ello se renunció a la causalidad y se reemplazó por la antijuricidad de la omisión como elemento decisivo de la equivalencia entre

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² *Ibíd.*

⁴³ BACIGALUPO, E. *op. cit.*, p. 509.

causación y no evitación del resultado⁴⁴. Así surgió la teoría de las fuentes formales en buscar el fundamento y legitimidad de la institución de la posición de garante: *que se convierte en el fundamento del deber cuya infracción determina la equivalencia entre el comportamiento típico activo y la no evitación del resultado*. (ingresaron los deberes éticos sociales)⁴⁵.

HARRO OTTO y EDGARDO DONNA sostienen que no es un problema dogmático, sino más bien es un problema de valoración, al considerar que:

En los delitos impropios de omisión no hay un tipo penal que indiscutiblemente conmine con pena una determinada omisión. La interpretación de los tipos que, en primer lugar, son considerados como delitos de comisión conduce luego al entendimiento de que, en ellos, que observados superficialmente prohíben determinado hacer, también debe ser comprendidos determinados modos de omitir⁴⁶.

En ambos casos, se puede sostener que la madre ha matado a su hijo, por lo que se puede determinar que en los tipos de la ley llamados delitos de resultado evidentemente describen un determinado comportamiento que puede ser realizado por comisión por omisión⁴⁷. Pero como sostiene tanto HARRO OTTO, como EDGARDO DONNA, el problema no radica en la descripción de la conducta, sino que la omisión recae en una determinada

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Ibíd.* p. 512.

⁴⁶ Otto, H. *op. cit.*, p. 249.

⁴⁷ *Ibíd.*

persona⁴⁸. Este criterio será el más representativo para valorar la existencia del delito comisivo de omisión y a la vez se constituye el elemento valorativo central para determinar la equivalencia entre la omisión impropia y la comisión. Es decir, para ser autor del delito de comisión por omisión, no puede ser cualquier persona, sino un grupo reducido de personas, por su especial posición de garante.

Como otra forma de construir el delito de comisión por omisión MIR PUIG, sostiene que el delito tiene los mismos elementos del delito propio de omisión, que son: **a.** situación típica, **b.** ausencia de la acción determinada; **c.** capacidad de realizarla; pero complementada con la presencia de tres elementos particulares necesarios para la imputación objetiva: la posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo⁴⁹. Además, este autor en su construcción considera que la posición de garante es el elemento indispensable para la equiparación entre la omisión y la acción, ya que sostiene que la normativa penal española no puede quedarse en la descripción formal del deber jurídico y no desarrollar la posición de garante, por lo mismo llama a encontrar el fundamento en la posición de garante en las funciones que este cumple como son la protección y el control de las fuentes de peligro que pueden afectar el bien jurídico tutelado⁵⁰.

DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, considera que los requisitos de las omisiones propias son en parte aplicables a la omisión impropia y en parte no, en la medida que la omisión impropia, aunque acabe en una comisión, comienza siendo una omisión, es decir,

⁴⁸ *Ibíd.*; DONNA, E. A. *op. cit.*, p. 258.

⁴⁹ MIR PUIG, S. *op. cit.*, p. 327.

⁵⁰ MIR PUIG, S. *op. cit.*, p. 329.

el incumplimiento de un deber de actuación, ha de reunir los requisitos básicos de toda omisión, a saber: la existencia de un deber jurídico de actuación y la no realización de la misma, así como, muy especialmente, la capacidad individual de realizar la acción requerida⁵¹.

Así mismo, DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, considera que se deben complementar otros requisitos adicionales:

- a. Debe existir la producción de un resultado;
- b. El deber jurídico especial de evitar o interrumpir el resultado típico.
Es decir, un deber de garantía, por lo que no podrá ser autor cualquier persona sino solo quien tenga la posición de garantía jurídica; y,
- c. Así como la concurrencia de las circunstancias que permiten fundamentar el criterio de equivalencia material con la comisión activa, por la creación o aumento del riesgo permitido por la omisión misma⁵².

De las posiciones presentadas, en primer lugar, no existe un delito de comisión por omisión, lo que existe es el tipo de acción u omisivo, y que este se puede consumir por ambas modalidades, en el ejemplo propuesto, el homicidio se puede cometer por ambas formas, el uno en forma activa causando la muerte y el otro omitiendo la acción para evitar que se produzcan el resultado. En segundo lugar, reconocen que deben ser solo en delitos que tiene un resultado lesivo para el bien jurídico, se entiende que se excluyen

⁵¹ LUZÓN-PEÑA, D. M. *op. cit.*, p. 589.

⁵² LUZÓN-PEÑA, D. M. *op. cit.*, p. 589.

los delitos de resultado formal o de peligro abstracto y concreto. En tercer lugar, el autor debe tener una relación o posición de garantía jurídica con el bien jurídico. Es decir, una posición de garante. DIEGO LUZÓN PEÑA, MIR PUIG, HARRO OTTO y DONNA, consideran que esta posición de garante no es fundamental, sino solamente restrictiva, que limita la actuación a las personas que se encuentran en esta posición, no es para todos.

Por último, debe existir el deber jurídico de impedir o evitar el resultado, que se encuentra implícitamente en el tipo penal, fijado en la norma, por lo que se debe encontrar su fundamento en las funciones de protección y control.

No debemos olvidar, que en los planteamientos de LUZÓN PEÑA y BACIGALUPO, existe la categoría dogmática de la equivalencia, quienes consideran que debe existir criterios de imputación objetiva para poder determinar la imputación al autor el resultado. Aunque estimo que en las otras posiciones también existen, ya que, la discusión se centra en como determinar la equivalencia entre acción y omisión impropia; al dar énfasis en la posición de garante, también está implícita la equivalencia, tomando en cuenta que es la equivalencia de haber actuado y de haber evitado en función de protección y de control de las fuentes de peligro.

A pesar de que la discusión también se da sobre la existencia o no de la causalidad, todos tienen claridad al sostener que no existe una causalidad real, sin embargo, OTTO sostiene que deben haber además ciertas condiciones mínimas, pero que existe una causalidad jurídica o imputación valorativa. Por ello es que se buscan encontrar criterios valorativos para determinar la imputación de la omisión al resultado. SANTIAGO MIR PUIG y DIEGO LUZÓN PEÑA, incrementan los criterios de imputación objetiva.

Lo que están procurando todos es encontrar la categoría de la equivalencia de los delitos de comisión con los delitos comisión por omisión. Con el criterio de la posición de garante.

El Código Orgánico Integral Penal, tiene dos descripciones referentes a la omisión impropia. La primera, hace referencia a que: *No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo*.⁵³ Este mismo texto legal, encontramos en el Código Penal italiano, y es visto por GIOVANNI FIANDACA y ENZO MUSCO, como que se trata del delito de comisión por omisión u omisión impropia. La segunda, *la omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante*.

Podemos sostener, después de realizar una interpretación de la redacción del texto de la norma, con el marco teórico que se va a estudiar que la omisión dolosa, es la omisión impropia. Además, el primer texto, tiene una referencia a la posición positivista o causalista de las escuelas del delito como lo sostuvo BACIGALUPO, ya que requiere de la causalidad, al momento que se utiliza el termino de equivalencia y además se incluye el elemento de contar con la obligación jurídica de impedirlo.

⁵³ Los autores italianos indican que el artículo 40, párrafo 2.º del Código Penal italiano, que reza así: *No impedir un evento que se tiene la obligación jurídica de impedir, equivale a ocasionarlo*, determina que este es un elemento del delito de omisión impropio. Es buscar la imputación jurídica de la equivalencia, a través de la posición de garante. Registro Oficial del Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. Artículo 23, inciso 2; FIANDACA, G. y MUSCO, E. *Derecho Penal. Parte General*. Eiroa, P. (trad del italiano). Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 2006, p. 586.

Pero que ha evolucionado esta categoría, para terminar, siendo el criterio fundamental para la construcción de la comisión por omisión, ya que se debe buscar la equiparación de la acción con la omisión.

En el segundo texto, se ha eliminado la institución de la equivalencia, y se incluye la normativa cuando se describe: *prefiere no evitar el resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante*. Pero considero que existe implícitamente el criterio de la equivalencia tomando en cuenta que la posición de garante es la forma de valorar la actuación de causar con la de evitar.

Además, en los textos de los artículos 23 y 28 del Código Orgánico Integral Penal, se halla en un primer momento que esa normativa, determina como criterio de equivalencia a la posición de garante como lo que se tiene que valorar. Encontrándose además fuentes formales y materiales; las primeras, la Ley y el contrato, cuando se estipula *la obligación legal o contractual de cuidado*; así como también el principio de injerencia, cuando se redacta: *ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico*; las segundas de protección y de control se encuentran cuando se redacta: *custodia* del bien jurídico vida, salud, libertad e integridad personal del titular de bien jurídico.

No existe en la redacción el control de la fuente de peligro, sin embargo, estimo que debe ser recogido este criterio que la dogmática aporta, ya que con ello se cumpliría la mínima la intervención estatal, cuando se afecta solamente bienes jurídicos.

Estimo además que debemos complementar las dos normas para poder ser aplicadas, tomando en cuenta que entre más límites se puedan imponer al poder punitivo, es más favorable para el procesado.

En este orden de ideas, los requisitos del delito impropio de omisión, serán los siguientes:

- a. La presencia de un resultado material típico. Esto tiene relación con los bienes jurídicos descritos en el segundo inciso y que son: la vida, salud, libertad e integridad personal.
- b. La ausencia de la acción que debe evitar el resultado.
- c. Teniendo la capacidad individual de hacerlo.
- d. La posición de garante, y,
- e. La equivalencia de la omisión impropia con la acción, cuando el no evitar el resultado equivale a ocasionarlo.

Tomando en cuenta lo expuesto, debemos considerar que el tema para delimitar este delito impropio de omisión, es la posición de garante, determinando en un primer momento las fuentes tanto formales como materiales que sirven de fundamento para la construcción de ésta; así como los criterios de imputación para determinar la equivalencia, pero además, los criterios de la dogmática a pesar de no encontrarlos en el la Ley ecuatoriana. Estos deben ser tomados como esas reglas técnicas que nos ayudaran a comprender mejor y poder aplicar la ley de mejor manera para evitar excesos e impunidad en los casos de omisión impropia. Por eso es importante entender esta posición de garante para desarrollar contenido en nuestra ley y en los fallos de nuestros jueces.

6. LA POSICIÓN DE GARANTE

SANTIAGO MIR PUIG, considera que, si el primer elemento de toda omisión es que tenga lugar la situación típica base del deber de actuar, en la comisión por omisión no expresamente tipificada ha de integrar dicha situación llamada posición de garante por parte del autor. La cual se da cuando corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro, en ciertas condiciones. Ambas situaciones convierten entonces al autor en garante de la indemnidad del bien jurídico correspondiente⁵⁴.

6.1. Fuentes formales

A continuación realizaremos una descripción de las fuentes que sirven como fundamento a la construcción de la posición de garante, los aportes y su evolución histórica dogmática.

Los delitos de omisión impropia consisten en que el autor, a través de su omisión, causa el resultado previsto en el tipo penal, y está en una posición de evitar la entrada de ese resultado, es lo que se llama la posición de garante⁵⁵.

La teoría clásica o positivista del delito, construyó para poder lograr resolver los casos en concreto, como lo sostuvo BACIGALUPO, que esta posición deriva directamente de las teorías causales y de la búsqueda en consecuencia de un fundamento causal de la omisión impropia. Estas son las fuentes formales, la

⁵⁴ MIR PUIG, S. *op. cit.*, p. 327.

⁵⁵ DONNA, E. A. *op. cit.*, p. 260.

causa del resultado. Estas son la Ley, el contrato, la actuación precedente incrementando el riesgo, pero la idea de esta posición era que atendía de manera unilateral a las fuentes de la posición de garantía, de modo que descuidaba ostensiblemente la posición del sujeto en relación con el bien jurídico⁵⁶.

Esta fue una de las críticas recibidas y que fue acumulándose a otras, como las explica EDGARDO ALBERTO DONNA⁵⁷, estas teorías formales, tuvieron dificultades y ambigüedades, al momento de ser aplicadas y exponen sentencias del Tribunal Alemán, de 4 de enero de 1932, que sostuvo el criterio de la posición de garante, en la que se fundamentó: *El deber del padre natural en relación con el cuidado del recién nacido no en el hecho anterior, sino en la voluntad de la comunidad*. Asimismo, en otro caso, se dictó sentencia llegando al extremo de hacer responsable al esposo como encubridor de su mujer si no se oponía a la prostitución de la mujer, o el caso, de sentenciar al esposo en calidad de participe si no impedía el delito de perjurio de su cónyuge.

Como explica OTTO, otras críticas a esta posición se dieron cuando, por ejemplo, en la relación de manutención entre parejas que no tenían vínculo matrimonial celebrado bajo la legalidad, sino solamente la relación de comunidad, generándose una discusión de que si dichas relaciones como no tenían el reconocimiento legal no se justificaban los deberes jurídico-civiles de evitación de los resultados⁵⁸. Así mismo se demostró que la celebración de un contrato que no se encuentre firmado por la persona titular de la capacidad legal, generando que no tenga validez jurídica, por

⁵⁶ SCHUNEMMAN, B., en DONNA, E. A. *op. cit.*, p. 261.

⁵⁷ DONNA, E. A. *op. cit.*, p. 262.

⁵⁸ OTTO, H. *op. cit.*, p. 252.

lo que un salvavidas o una enfermera o una niñera, no asumirían el deber jurídico de evitar el resultado de muerte.

Con los ejemplos expuestos, se considera que el modelo explicativo no es suficiente, por lo mismo surgen la posiciones de buscar la materialidad de esa posición de garantía.

6. 2. Fuentes materiales

ARMIN KAUFFMAN, sostiene que: *la singularidad dogmática de los mandatos de garante reside en la posición especial del sujeto del mandato, de la que fluye la relación de garantía entre el bien jurídico y el obligado*⁵⁹. En ese sentido este autor determina que la posición de garante nace de la relación con el bien jurídico, por lo que no es un problema dogmático, en cuanto a su construcción, sino en relación a la valoración ya que:

*Además, de ser un delito especial, requiere una relación singularmente estrecha del especial sujeto del mandato con el bien jurídico garantizado, una posición del obligado que, por contenido del injusto y de la culpabilidad, justifica su equiparación de omitir impedir el resultado con ejecutarlo. Cuando se da tal posición de garante que sustenta la equiparación en cuanto al merecimiento de pena constituye una cuestión valorativa, un problema axiológico y no dogmático*⁶⁰.

⁵⁹ KAUFMANN, A. *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2006, p. 282.

⁶⁰ *Ídem*. p. 283.

Una vez determinada su posición, en la construcción del delito de omisión impropia, este autor alemán, entrega dos criterios para delimitar de mejor manera esa relación que debe existir entre el garante y el bien jurídico⁶¹, los que se exponen de la siguiente manera:

La primera, es cuando el sujeto del mandato debe observar una posición de *estar vigilante para proteger determinados bienes jurídicos contra todos los ataques*. Aquí tiene la función de protección que consiste en la defensa en todos los flancos del bien jurídico concreto contra peligros de todo género. Estas obligaciones pueden estar reconocidas por mandatos legales, así como generados por la asunción fáctica de deberes contractuales. Por ejemplo, en este criterio de imputación, es la relación que existe entre el deber jurídico de proteger los bienes jurídicos de sus hijos por parte de la madre o de el padre. El caso de que la madre no da de alimentar a su hijo y este muere de hambre; en el caso de que el tío queda al cuidado de su hijo de siete años y debe protegerlo del ataque de un perro; o en el caso de que las cajeras de un banco tengan las claves de apertura de la bóveda y no activen los botones de aviso a las autoridades (botones de pánico) y con ello permitan robar el dinero de dicha bóveda.

La segunda es el que puede consistir en la supervisión de determinadas fuentes de peligro, no importando que bienes jurídicos amenacen peligros desde esta fuente, el deber es el de poner coto a la concreta fuente de peligro. Por ejemplo, en el caso de que el chofer de un vehículo de transporte de pasajeros, debe tener el control de la fuente de peligro, puesto que debe realizar la revisión y el mantenimiento de dicho vehículo; o en el

⁶¹ *Ídem.* pp. 289-291.

caso del control de un animal feroz, como puede considerarse a un perro agresivo.

Una variante a esta posición es la propuesta por BERND SCHÜNEMANN, quien acepta el aporte de WELZEL, la teoría final de la acción tuvo la posibilidad de dar una solución específicamente penal del problema de la equiparación con ayuda de la teoría del dominio de hecho⁶², manifestando que: *El dominio sobre el fundamento del resultado, asentado en la lesión que supone al bien jurídico, y con el sustento de la doble vertiente de desamparo del bien jurídico y el dominio material sobre el foco de peligro*⁶³.

El autor alemán, considera que el dominio de hecho, tiene como fundamento para la categoría de los garantes, y no como una categoría superior, sino como un caso particular de equiparación en los delitos de resultado y este dominio está relacionado con la construcción dogmática de ámbito de dominio social, criterio ampliamente aceptado por la dogmática penal. Este autor considera que esta posición del dominio tiene que ser concretada con el fundamento del resultado. Que es diferente a otras posiciones que buscan el dominio como el medio de salvación, provocando una mezcla entre dominio y monopolio⁶⁴.

SCHÜNEMANN, para resaltar la igualdad entre acción y omisión, presupone:

⁶² DONNA, E. A. *op. cit.*, p. 296.

⁶³ MORILLAS CUEVA, L. *Derecho penal. Parte general*. Madrid, Editorial Dykinson, 2018, p. 412.

⁶⁴ SCHÜNEMANN, B. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2009, p. 292.

*Un dominio sobras las condiciones del resultado actuales, efectivas, y que incluso el dominio monopolístico sobre un mero medio de salvación únicamente puede fundamentar la especial reprochabilidad, pero nunca la igualdad de la omisión a la comisión. Ahí si reside precisamente sólo el dominio potencial sobre el resultado, que se encuentra en relación de desigualdad con el dominio actual presente en la acción, y que nunca puede ser equiparado con él*⁶⁵.

6.3. Fuentes materiales y formales

Una tercera posición es la que aportan MAURACH-GÖSSEL y JESCKECK-WEINGEND, según lo expone EDGARDO ALBERTO DONNA, quien sostiene que en los dos primeros la posición de garante se construye con base a lo que se llama la *teoría material-formal*, que es la que da con la esencia de esta categoría jurídica.

La teoría es material, habida cuenta de que desde este punto de vista logra establecer las relaciones con respecto al bien jurídico lesionado. Pero, además, es formal debido a que considera fuentes de estas relaciones materiales, es decir que se considera que la posición de garante surge de los cánones clásicos (la ley, la libre aceptación, la comunidad de vida, la injerencia y por último de la combinación de estas) alguien debe ocupar una posición de protección

⁶⁵ SCHÜNEMANN, B. *op. cit.*, p. 293.

*de determinados bienes jurídicos o de vigilancia de ciertas fuentes de peligro*⁶⁶.

El aporte de JESCKECK-WEINGEND es que estructura las fuentes formales como un criterio de equivalencia, *tomando en cuenta que deben surgir de la delimitación de las personas que deben dedicarse de un modo especial a la protección del bien jurídico puesto en peligro y que todo el resto de copartícipes confían y pueden confiar en la intervención activa de una persona*⁶⁷. Claramente la propuesta tiene una tendencia mixta entre lo formal y lo material. Entendiéndose los niveles de la equivalencia entre la acción y la omisión, existiendo la diferencia entre actuar entre dar muerte y evitar la muerte. Lo que hace surgir es que el tema principal de la omisión por comisión es buscar la equivalencia entre ella y la acción, buscando criterios valorativos para poder determinar que esa omisión impropia se le debe imputar ese resultado.

En ese orden de ideas, la discusión en la construcción de la comisión por omisión, es como entender la posición de garante y los criterios que sirven para delimitar esta categoría dogmática, para lo cual se han creado los criterios de valoración de las fuentes formales y materiales.

En las siguientes líneas, expondremos que, ante la negativa de la causalidad en los delitos de comisión impropia, surgen las teorías de la imputación objetiva para entregar los criterios de valoración para la construcción de los delitos impropios de omisión.

⁶⁶ DONNA, E. A. *op. cit.*, p. 265.

⁶⁷ *Ibíd.* p. 266.

6. 4. Imputación objetiva

La posición de DIEGO MANUEL LUZÓN-PEÑA, considera que no es defendible la existencia de la causalidad, ni real, ni hipotética o conforme a leyes (naturales), porque considera que existen dos obstáculos: el primero, que para que exista una modificación solo puede existir una causalidad material o causalidad psíquica, la primera, como resultado de la modificación o cambio del estado de las cosas, con la irrupción o entrada en el mismo de una energía proveniente de un proceso natural o de un acto humano (energía física, como movimiento, de golpe, calor, frío, electricidad, o reacción química); la segunda, se puede presentar como la adición de un acto humano o de una nueva situación capaz de influir mentalmente en el comportamiento o decisión de otro⁶⁸.

Y la segunda objeción, es que la valorativa tampoco tiene una fuerza o energía que pueda afirmar que una omisión es causa de un resultado, por lo que no tiene una entidad real que produzca lo dicho. Es decir, que si existiera la valorativa sería una cuestión de una conducta salvadora debida o que habría sido omitida para evitar el resultado, eso mismo se lo podría decir en una omisión pura. Por lo que concluye, que la posición de garante no es fundamental sino solo es restrictiva, que ayuda a identificar cuando se debe entender como omisión impropia teniendo los criterios de agravación o cualificado en un delito comisivo⁶⁹.

Para SANTIAGO MIR PUIG, en cuanto a la imputación objetiva, considera que existe una causalidad hipotética en el momento *de no evitar*, ya que no existe la causalidad real entre la acción y el

⁶⁸ LUZÓN PEÑA, D. M. *op. cit.*, p. 592.

⁶⁹ *Ibíd.* p. 593.

resultado, por lo que considera que debe existir una imputación objetiva del resultado. Por lo que en su construcción considera que la posición de garante confirma la necesidad de distinguir entre relación de causalidad (como cuestión naturalística) e imputación objetiva (como cuestión normativa)⁷⁰. Por eso considera que son necesarios los criterios de imputación objetiva, propuesta realizada en la exposición de su modelo.

Considera LUZÓN-PEÑA⁷¹ que al no existir esta causalidad, lo que puede o debe existir para un delito consumado es una imputación jurídica, es decir, imputación objetiva de ese resultado a la omisión impropia.

Existen dos criterios de imputación objetiva:

1. Creación o aumento del riesgo o peligro relevante.
2. Tiene que haber Imputación Objetiva de la violación del resultado como realización del peligro de la omisión.

a) Creación de riesgo o peligro relevante

Debe ser la conducta omisiva la que produzca una creación de riesgo, como debe entenderse: en primer momento debe existir la adecuación, es decir, la creación de un riesgo o peligro relevante, en la comisión por omisión, es el criterio decisivo de equivalencia con la comisión activa; que desde un baremo socio-normativo pueda afirmarse que la propia omisión crea un peligro:

1. Prácticamente inexistente o conjurado hasta el momento; y,

⁷⁰ MIR PUIG, S. *op. cit.*, p. 339.

⁷¹ LUZÓN PEÑA, D. M. *op. cit.*, p. 593.

2. El descontrol o no afrontar aumenta el riesgo (crea más riesgo) existente, pero que se daba por seguro que estaba controlado o suficientemente enfrentado⁷².

En el primer presupuesto, de acuerdo con LUZÓN-PEÑA, se debe entender que la persona que asume este reconocimiento social de que debe tener la posición de garante, su intervención no será de crear, sino de mantener que el peligro o riesgo que esta controlado o que no existe, no aumente, sino más bien continúe en la posición de disminución. Y en el segundo presupuesto, se entiende que la persona debe actuar en forma clara, para evitar el resultado, realizando acciones para tener bajo control esa fuente de peligro o, en su defecto, afrontar en forma activa que el riesgo no aumente.

b) Del resultado como realización del peligro de esa omisión

En esta parte ingresa el criterio sobre el grado de probabilidad o seguridad con el que la acción debida había impedido el resultado para la imputación, solo se requiere una probabilidad de que la conducta debida hubiera evitado el resultado, es decir, una simple disminución del riesgo con la conducta requerida y omitida para imputar el resultado⁷³.

LUZÓN-PEÑA indica que el mismo ROXIN defiende para la omisión impropia una posición intermedia: habrá imputación del resultado si *ex post* es realmente verificable una disminución del riesgo; con la acción omitida sólo parecía posible *ex ante*, pero

⁷² *Ibíd.* p. 594.

⁷³ LUZÓN-PEÑA, D. M. *op. cit.*, p. 594.

no consta con probabilidad basada en la seguridad, que la acción debida hubiera influido en el curso causal y evitado el resultado, por tanto, no habrá imputación⁷⁴.

La posición de garante o deber jurídico especial de evitación ha sido una exigencia doctrinal para restringir el cúmulo de autores que la omisión de evitar un resultado típico es mucho más grave que el cuidado y se ha considerado imprescindible para poder imputarle el resultado como si él lo hubiera causado con su actividad. La posición de garante es una condición necesaria pero no suficiente, por ese motivo debe tener los criterios de protección del bien jurídico y de control de la fuente de peligro⁷⁵.

6. 5. Fundamentación jurídico formal y ético social de los deberes de garante

Según hemos observado la evolución de las fuentes de la posición de garante, se ha analizado que no son suficientes y que se han necesitado que esos criterios se interrelacionen para mejorar la imputación y que no se dejen situaciones de realidad en la impunidad.

En ese sentido HARRO OTTO, propone dentro de esos criterios de carácter formal jurídico y ético social (material), que se sustentan en sub criterios de responsabilidad y de confianza⁷⁶, que son los que se deben ir concretando de mejor manera; el primero, que la persona asume el deber de responder y proteger o controlar el bien jurídico que se encuentra bajo su relación directa sea

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ LUZÓN-PEÑA, D. M. *op. cit.*, p. 594.

⁷⁶ OTTO, H. *op. cit.*, p. 252.

por cuestiones de índole formal o no. Y el segundo, es el que la sociedad tiene sobre la persona, que tiene la protección o el control, la confianza de que va actuar para evitar el resultado en contra de ese bien jurídico.

Por ese motivo, estos deberes éticos sociales deben servir para entender que la sociedad entrega criterios de responsabilidad y confianza a los individuos, que estos en los roles que asumen en su convivencia social deben actuar en cada una de esas posiciones, conforme a las expectativas que espera la sociedad; por ese motivo, HARRO OTTO propone tres elementos, que caracterizan al concepto propuesto por DABRENDORF⁷⁷:

- a) Los roles sociales son prescripciones de conducta independientes del individuo.
- b) Su contenido no es definido por el individuo, sino por la sociedad.
- c) Las expectativas de conducta atañen al individuo con una cierta obligatoriedad de la pretensión, de la que este no puede sustraerse sin daños.

Explica el autor alemán que las cuestiones de las expectativas de los roles entregadas por la sociedad, no ayudaron a resolver los problemas de la omisión, debido a dos criterios: el primero, en lo jurídico, se confían todavía en la construcción en la actuación del deber jurídico de responsabilidad para conducir los modos de comportamientos en el ámbito social. Y, por otra parte, desde los roles, la posición también es muy extensa, la cual no

⁷⁷ OTTO, H. *op. cit.*, pp. 253-254.

permite determinar una zona límite, que debe convivir con las expectativas individuales y que no se toman en cuenta.

Esta posición de los roles también es criticada por SCHÜNEMANN, el rol, *como modelo ético-social de conducta, no es fundamento sino mera consecuencia de la posición de garante surgida de la relación de dominio, de manera que a cada categoría de garante le corresponde un rol, pero en modo alguno puede considerarse el rol como ratio essendi, ni siquiera como ratio cognoscendi de posiciones de garante*⁷⁸.

Por eso OTTO, hace una propuesta de la posición de garante, en los siguientes términos;

- a) Solo entran en consideración aquellas expectativas dentro de la vida social que en general son esperadas en determinadas posiciones;
- b) La expectativa debe presentarse como exigencia de comportamiento que tiene que ser cumplida obligatoriamente (deber-expectativa) de manera tal que su cumplimiento seguirá siendo esperado a pesar de las decepciones en casos individuales;
- c) La expectativa tiene que corresponderse con una expectativa recíproca de la expectativa de manera tal que en la ejecución practica de la vida social se compruebe que la conducta se organizará según las expectativas recíprocas;

⁷⁸ SCHÜNEMANN, B. *op. cit.*, p. 294.

- d) Las expectativas deben tener una solidez y de tal peso que su infracción signifique un daño para la base de confianza de la vida social de la misma envergadura que la infracción a esta base por la puesta en peligro y lesión de un bien jurídico particular mediante comisión positivas; y,
- e) Si se respeta las líneas generales y se utiliza el material ya elaborado por la doctrina y la jurisprudencia para la concreción en el caso particular, y si se aplica en serio el principio *in dubio pro reo* siempre que las dudas sobre la posición de garante en el caso concreto sean fundadas, se satisfará el mandato de certeza.

6. 5. Posiciones de garante en virtud de la función de protección de un bien jurídico determinado

Esta parte del presente artículo será breve y no detallada por el espacio, en procura de lograr la orientación para ser desarrollada en otros trabajos. OTTO considera las siguientes relaciones de protección del bien jurídico, para entender la posición del garante en los tipos penales de omisión impropia o comisión por omisión.

6. 5. 1. La posición de garante por vínculo familiar⁷⁹

Este criterio, se sustenta en las relaciones de familia, donde existe la confianza de la actuación en la protección de los bienes jurídicos. Y cuando las relaciones se mantienen en una convivencia actual.

⁷⁹ OTTO, H. *op. cit.*, p. 259.

Por eso la exigencia de actuación será esperada y por lo mismo existirá la responsabilidad. En el caso de cónyuges no termina con el divorcio, sino con la separación total. En este contexto, LORENZO MORILLAS sostiene que: *Debe existir una relación progresiva de hechos que amplía la tradicional comprensión del específico vínculo familiar hasta llevarla a la idea de dependencia intensa efectiva, que puede no darse en relaciones muy próximas y presentarse, sin embargo, en algunas lejanas.* Pero como señala MIR PUIG: *Entre más se alejen las relaciones familiares, más precauciones hay que tomar para asumir la comisión por omisión*⁸⁰.

Además, este autor incluye un elemento valorativo de la concurrencia de un vínculo afectivo de dependencia absoluta de una persona, con respecto de otra, asumida por parte de ésta, ya que ejemplifica que un niño recién nacido queda en manos del facultativo, y en esta situación muere; no se les puede imputar el homicidio a sus padres, ya que el vínculo estaba en dominio del médico o del personal de atención⁸¹.

6. 5. 2. Posición de garante por comunidad de riesgo⁸²

Esta se origina cuando los seres humanos se encuentran juntos en una comunidad, según su esencia; se construye en la ayuda y asistencia recíprocas.

SANTIAGO MIR PUIG alude con esta expresión a la participación voluntaria en una actividad peligrosa, en la cual intervienen varias

⁸⁰ MORILLAS CUEVAS, L. *op. cit.*, p. 412.

⁸¹ MIR PUIG, S. *op. cit.*, pp. 330- 331.

⁸² OTTO, H. *op. cit.*, p. 262.

personas tácticamente obligadas, en su caso, de socorrerse entre sí (por ejemplo, una expedición alpina). En el caso de que alguno de ellos sufre un accidente relacionado con el riesgo típico de la actividad compartida, se encuentran respecto de él en posición de garante todos los demás⁸³.

MORILLAS CUEVAS, sostiene que: *Son las que surgen de la confianza especial que deriva en la garantía de la unión de ámbitos de organización, previa a la necesidad, para el auxilio mutuo*⁸⁴.

En este orden de ideas, DIEGO MANUEL LUZÓN-PEÑA aporta con la construcción de esta posición de garante, es una convivencia o comunidad, pero no prolongada. Para algunas personas con profesiones o cargos especiales sí hay deberes jurídicos de garantía, impuestos unas veces por la Ley, como el caso de los bomberos o miembros de unidades militares, que intervienen en caso de incendio, o los miembros de una tripulación de naves y aeronaves frente a los pasajeros en casos de emergencias. Y otras ocasiones se lo hace por contrato, así sucede, por ejemplo, con el guía alpino, quienes en general generan confianza en la actividad y en el momento de una emergencia⁸⁵.

⁸³ OTTO, H. *op. cit.*, p. 331.

⁸⁴ MORILLAS CUEVA, L. *op. cit.*, p. 413; MIR PUIG, S. *op. cit.*, p. 331.

⁸⁵ LUZÓN-PEÑA, D. M. *op. cit.*, p. 602.

6.5.3. Posición de garante por asunción voluntaria de funciones de protección⁸⁶

Es cuando la persona asume una función de protección, de la cual se origina un deber de defensa, ante los peligros que amenazan al destinatario de la protección.

LORENZO MORILLOS CUEVAS⁸⁷ propone que hay tres formas para entender mejor esta construcción de posición de garante y son los siguientes:

Acuerdo directo con el afectado: Es el que confía en la disponibilidad para la intervención del garante, y acepta riesgos o deja de tomar precauciones, que de otra manera los hubiera tomado él (es lo más cercano al contrato); por ejemplo, el enfermero, quien cuida al enfermo en la noche, la niñera, la maestra de preescolar, el guardia de vidas, el guía de montaña, el agente de policía, el médico frente al paciente.

La aceptación genérica: Es aquella que conlleva la obligación de evitar riesgos para determinados bienes jurídicos; por ejemplo, el caso del bañista, cuya misión es la de cuidar o vigilar a los niños y personas, quienes no saben nadar, pero que ante el desfallecimiento de una persona mayor dentro de la piscina, ha de actuar.

⁸⁶ OTTO, H. *op. cit.*, p. 263.

⁸⁷ MORILLAS CUEVAS, L. *op. cit.*, p. 413.

Admisión espontánea y unilateral de la tutela: Una vez comenzada la acción, el sujeto la abandona; por ejemplo, el conductor que se encuentra a un herido en la calzada, lo lleva en su auto y a mitad de camino, decide dejarlo nuevamente en la calle.

Protección voluntaria alternativa: Cuando una persona, quien tiene al cuidado de una persona y la deja en manos de otra: por ejemplo, la madre que tiene que salir de su casa, y deja a su hijo, de tres meses, al cuidado de su vecina.

6.5.3.1. Asunción de funciones de protección en el ámbito privado⁸⁸

Son las que nacen de las relaciones profesionales, por ejemplo, del profesional o de una partera, o en casos individuales, como el de la niñera.

6.5.3.2. Posiciones de garante por deberes de servicio o de su cargo⁸⁹

Es cuando la persona, en razón de sus cargo, tiene la protección de bienes jurídicos, sean estos individuales o supraindividuales, lo cual se sustenta en las relaciones recíprocas.

Se pueden presentar dos situaciones: la protección de bienes jurídicos individuales, cuando las personas se encuentran en la situación de inseguridad, deben proteger a las personas, y éstas

⁸⁸ OTTO, H. p. 263.

⁸⁹ *Ibíd.* p. 265.

pueden requerir de esa protección. La excepción se da cuando ella pueda protegerse a sí misma. Y los supraindividuales, cuando se asumen cargos de protección del medio ambiente: del agua, el aire, la tierra. Se tiene el deber y la facultad de defensa, unidos a la asunción voluntaria y efectiva del cargo, el cual genera el deber del titular del cargo.

6.5.3.3. Deber de garante por la buena fe⁹⁰

Es un deber que la doctrina no acepta, pero es cuando se fundamenta en deberes especiales de información, a partir del principio de buena fe, nacen relaciones de vínculos especiales de confianza. Por ejemplo, en los casos en que los contratantes no tienen una relación de informarse y protegerse recíprocamente. Se da solo en los casos que tengan especiales vínculos de confianza, tales como en el desplazamiento del patrimonio, en los casos de abuso de confianza.

6.5.4. Traslados de funciones de protección⁹¹

En los casos en que alguien ha generado el desamparo de otro o su necesidad de protección, la jurisprudencia admite un deber de garante del autor, con respecto a quien necesita protección frente a afectaciones contrarias a Derecho, por parte de terceros; por ejemplo, el autor expone un caso, cuando A y K le roban a C, con actos de violencia y los dejan mal heridos. Después de cierto tiempo, regresan y encuentran a C que gemía, por lo cual K decide matarlo. En este caso, A debió impedir el acto de K.

⁹⁰ *Ibíd.* p. 267.

⁹¹ ОГТЮ, H. *op. cit.*, p. 268.

6.5.5. Posiciones de garante en virtud del deber de vigilancia de una fuente de peligro

a. Posición de garante por el actuar precedente peligroso (injerencia)⁹²

El deber de garante por el actuar precedente es controvertido por principio y en sus supuestos. El actuar precedente tiene que haber sido peligroso, precisamente con relación al resultado producido, de manera tal que haya creado el peligro próximo (adecuado e inmediato) de realización del resultado. El peligro de lesión del bien jurídico tiene que estar establecido en el actuar, de manera que sea de inmediato, objetivamente reconocible.

DONNA, citando a GIMBERNAT, menciona que este autor da un preciso concepto de injerencia:

De acuerdo con este principio, el que mediante un hacer precedente (injerente) crea un peligro de lesión de un bien jurídico, responde de esa lesión, igual que si hubiera causado, mediante una acción positiva, si posteriormente omite evitar el resultado típico en el que va a desembocar la cadena causal, puesta en marcha por aquél para hacer precedente⁹³.

Por ejemplo, el posadero G ha comprado hongos a un comerciante en el mercado, los ha preparado y acaba de servirles a X, cuando se entera de que los hongos son venenosos, G no hace nada y X muere a causa de la intoxicación por los hongos.

⁹² *Ibíd.* p. 270.

⁹³ DONNA, E. A. *op. cit.*, p. 282.

b. Posición de garante por el dominio sobre un ámbito de peligro⁹⁴

Es aquella en cuyo ámbito de dominio se realizan situaciones de hecho o se hallan cosas, a partir de las cuales pueden desarrollarse peligros para los bienes jurídicos de terceros; está obligado a controlar el ámbito de dominio abstractamente peligroso y a impedir, que se concreten los posibles peligros y de ellos surjan perjuicios para los bienes jurídicos ajenos. Por ejemplo, en los casos de tenencia de animales, vehículos, almacenamiento de tóxicos u otros similares, minas, tranvías, etc.

c. Posición de garante por la posesión de un ámbito de dominio jurídicamente protegido⁹⁵

Este deber se fundamenta en la estrecha relación con la posición de garante por dominio sobre un ámbito de peligro se puede ver la posición de garante por la posesión de un ámbito de dominio (normalmente inocuo). Por ejemplo, es cuando A que es esposo de B, y B es quien practica abortos a mujeres, la jurisprudencia considera que debe imputar responsabilidad A, por no haber impedido los abortos, ya que consideran que el dominio donde se practicaban es un lugar íntimo en el cual se desarrolla la esfera íntima de la comunidad humana mas reducida, en el que el control estatal solo puede intervenir bajo presupuestos agravados.

Por ejemplo, DONNA, sostiene quienes hace zanjas y después no señalizan, por dicha omisión de la conducta se producen

⁹⁴ *Ibíd.* p. 275.

⁹⁵ DONNA, E. A. *op. cit.*, p. 276.

colisiones de vehículos. El caso de quien empuja al agua a otro, y luego no lo rescata⁹⁶.

**d. Posición de garante en razón de la
responsabilidad por actuar de otro⁹⁷**

Esta posición de garante se da cuando un sujeto es responsable por el comportamiento de otros, porque jurídicamente obligado a supervisarlos o controlarlos, de tal manera que no ocasionen daños a terceros. Por ejemplo, el padre por las actuaciones de sus hijos menores, el maestro por sus alumnos en horario escolar, el comandante por la actuación de sus subordinados en horarios de trabajo.

⁹⁶ *Ibíd.* p. 283.

⁹⁷ *Ibíd.* p. 279.

7. LOS ELEMENTOS DEL TIPO DE OMISIÓN IMPROPIA

La situación típica o tipo objetivo:

En un primer momento; es la estructura de un delito especial, tomando en cuenta que la posición de garante restringe a las personas que realmente tienen un deber normativo y una relación estrecha con el bien jurídico, que no la puede tener cualquier persona.

Con este criterio normativo de la posición de garante, lo que se consigue es la equivalencia de la persona, quien tiene el deber jurídico de proteger el bien jurídico, o de controlar las fuentes de peligro en contra de ese bien jurídico. Debemos entender que en un primer momento, el tipo penal, con su norma, prohíben realizar la acción; por ello, cuando se refiere a los delitos de comisión, su estructura es de actuar en contra de esa norma y producir un resultado, en ese mismo sentido el tipo de omisión impropia es cuando estando en la posición de garante, no realiza los actos de protección a favor del bien jurídico, teniendo la capacidad de hacerlo para evitar que se produzca ese resultado.

Ese resultado es el que producirá la lesión del bien jurídico, siendo el resultado de carácter material, según los delitos que la norma penal ecuatoriano ha descrito. En este sentido, EDGARDO DONNA admite que pueden ser de cualquier resultado, sea de mera actividad, de actividad de peligro abstracto, concreto o de lesión. MAURACH solo admite los delitos de resultado para los delitos de lesión⁹⁸.

⁹⁸ DONNA, E. A. *op. cit.*, p. 323.

El tipo subjetivo:

En este sentido, DONNA sostiene que el elemento subjetivo o dolo, es el mismo que en el delito de acción, por cuanto se tiene el conocimiento de la infracción de la norma que tiene el deber de cumplir el mandato, en su condición de sujeto, quien ostenta la relación directa con el bien jurídico y, además, de la confianza de su actuación para evitar el resultado.

Asimismo, tendrá el dominio de su actuación y del conocimiento de los demás elementos del tipo penal.

La autoría, la coautoría

Es autor, quien tiene la calidad de posición de garante, pero debe tener una relación o vinculación absoluta en el caso en concreto, que no pueda evitar su actuación, ya que si lo hace, producirá el resultado.

No debemos olvidarnos que esa posición de garante, con los criterios materiales o funciones, que son de protección o de control, que hemos revisado en líneas anteriores, no darán la idea de quiénes pueden ser autores. Y es fundamental el dominio sobre el fundamento del resultado, asentado en la lesión, que supone al bien jurídico, y con el sustento de la doble vertiente de desamparo del bien jurídico y el dominio material sobre el foco de peligro, propuesto por BERND SCHÜNEMANN.

En ese sentido, la coautoría también es posible en los delitos impropios de omisión, ésta debe cumplir con los criterios de:

1. Acuerdo común;
2. Contribución esencial e importancia del aporte;
3. Contribución en la fase de ejecución. Comprende la exteriorización de los actos;
4. Estructura horizontal de los coautores; y,
5. Sentido y contenido del común acuerdo. Por ejemplo, tres personas están de acuerdo con el resto en robar una institución bancaria y en su posición de garantes de protección del bien jurídico omiten las tres sus actos, los cuales tienen la capacidad individual para poder evitarlos, con accionar los botones de seguridad del banco para dar aviso a la Policía; con sus acciones, permiten que se consume el delito.

En relación con la antijuricidad, existe el desvalor de acción cuando esta omisión impropia realiza los elementos del tipo penal y se adecúan en la tipicidad, con lo cual violenta la norma, que ordena que protejan o controlen la fuente de peligro, la cual puede afectar al bien jurídico.

Respecto a la culpabilidad, tiene los mismos elementos, los cuales no difieren en nada con los delitos de acción.

8. CONCLUSIONES

El desarrollo del Derecho penal de acto se ha constituido en una de las garantías para limitar y vincular al poder punitivo, con la finalidad que solo sean castigadas las conductas humanas, que sean peligrosas en juicio *ex ante*, que puedan llegar a afectar un bien jurídico.

Se ha construido la teoría del delito, encontrando siempre la dualidad de las modalidades de la conducta humana, que son la acción y la omisión, con lo cual se ha querido construir una herramienta útil para poder evitar la expansión del Derecho penal y que solo sean castigadas las que merecen serlo.

La teoría de la imputación siempre se desarrolló con base a la persona, cuya conducta humana es dominada por su voluntad, y que luego fue transformada en teoría de la acción, como su fundamento.

La evolución que ha tenido, tanto la acción como la omisión, en la teoría del delito ha sido desde considerar a éstas como un simple movimiento corporal, que puede causar o puede evitar.

Como en la teoría del delito, se han creado siempre criterios normativos para poder delimitar de mejor manera al poder punitivo, eso sucede con la omisión propia e impropia. Lo importante es qué se hacen en una discusión y para poder conseguir resultados convincentes y coherentes.

Las categorías ontológicas de la realización de una acción u omisión deben complementarse con criterios normativos, que permitan desarrollar de mejor manera esta categoría; es

importante no dejar la discusión en la simple enunciación de la posición ontológica, sin abordar que existen temas de criterios valorativos en esa misma construcción.

La omisión impropia debe buscar la equivalencia con la acción, lo cual se ha ido construyendo con la posición de garante. Esta categoría no es un criterio fundamental, sino restrictivo, por cuanto solo pueden ser garantes aquéllos que realmente puedan ser reconocidos en cada uno de los casos en concreto.

Los diversos criterios que se encuentran en las fuentes formales, en las materiales o en las mixtas han fortalecido la construcción de esta categoría dogmática desde la fuente formal de la Ley o el contrato y se complementan con los criterios, que tienen relación con el bien jurídico.

Estos dos últimos hacen que se entienda y se delimite de mejor manera la posición de garantía, ya que son los deberes de protección o de control de fuentes de peligro. Con esos aportes, la dogmática penal ha logrado restringir quiénes pueden ser calificados en este delito especial, como quiénes ocupan la posición de garante, en relación con el bien jurídico.

El tema de la causalidad ha logrado ser superado, cuando se determina que no existe en la omisión una causalidad real, sino una causalidad de condiciones mínimas, con los criterios valorativos, que se fijan en cada una de las posiciones de garantes.

Este tema, como todos los temas del Derecho, o de una construcción humana, estarán sujetos a una crítica y se buscará su reformulación; los modelos explicativos no son absolutos, sino relativos y en permanente cambio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE. *Derecho penal. Parte general.* Lima, ARA Editores, 2004.

DONNA, EDGARDO ALBERTO. *Derecho penal. Parte general.* Tomo VI. Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2010.

FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y Razón.* Valencia, Editorial Trotta, 2001.

LUZÓN-PEÑA, DIEGO MANUEL. *Lecciones de Derecho penal.* Parte general. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2016.

FIANDACA, GIOVANNI, y MUSCO, ENZO. *Derecho penal. Parte general.* Eiroa, Pablo (traducción del italiano). Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 2006.

KAUFMANN, ARMIN. *Dogmática de los delitos de omisión.* Cuello Contreras, Joaquín, y Serrano González, José Luis (traducción del alemán). Madrid, Editorial Marcial Pons, 2006.

MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal. Parte general.* Buenos Aires, Editorial IB&F, 2016.

MORILLAS CUEVA, LORENZO. *Derecho penal. Parte general.* Madrid, Editorial Dykinson, 2018.

OTTO, HARRO. *Manual de Derecho penal. Teoría general del Derecho penal*. 7.^a edición, Béguelin, José R. (traducción del alemán). Barcelona, Editorial Atelier, 2017.

RUEDA MARTÍN, MARÍA ÁNGELES. “La acción y la omisión”, en Romeo Casabona, Carlos María, Solá, Esteban, y Boldova, Miguel. (coords.). *Derecho penal. Parte general. Introducción teoría jurídica del delito*. Granada, Editorial Comares, 2013.

SCHÜNEMANN, BERND. *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*. Cuello Contreras, Joaquín, y Serrano González, José Luis (traducción del alemán). Madrid, Editorial Marcial Pons, 2009.

Normas internacionales

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana de Derecho Humanos.

Normas nacionales

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO. *Registro Oficial*. 2008.

CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. *Registro Oficial*. 2014.

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.

