

año 4, núm. 7 | julio-diciembre 2020

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



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

año 4, núm. 7 | julio-diciembre 2020

CAP Jurídica Central es una revista semestral 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. ISSN-i 2550-6595 ISSN-e 2600-6014 | año 4, núm. 7 | julio-diciembre 2020

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
revistacap_juridica2.1@hotmail.com

Universidad Central del Ecuador
Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales
decanato.fjcps@uce.edu.ec | subdecanato.fjcps@uce.edu.ec

EDITORES

Angélica Porras Velasco y Mauricio Enrique Pacheco

COORDINADORA Y RESPONSABLE CIENTÍFICA

Eliana Alba Zurita

Diseño y diagramación | Estefanía Zumárraga
Corrección de textos | Marcelo Acuña, Andrea Morales, Iris Franco
Portada | Christian Echeverría

Editorial Universitaria, 2020
Ciudadela Universitaria, Av. América, s. n.
Quito, Ecuador
+593 (02) 2524 033
editorial@uce.edu.ec

Revista CAP Jurídica Central en línea
<https://www.publicacionesjurisprudenciauce.com.ec>
<http://revistadigital.uce.edu.ec/>



Los contenidos pueden usarse libremente, sin fines comerciales y siempre y cuando se cite la fuente. Si se hacen cambios de cualquier tipo, debe guardarse el espíritu de libre acceso al contenido.

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

Dr. Fernando Sempértegui Ontaneda, Ph. D. | RECTOR

Dra. María Augusta Espín, Ph. D. | VICERRECTORA ACADÉMICA Y DE POSGRADO

Dra. María Mercedes Gavilánez, Ph. D. | VICERRECTORA DE INVESTIGACIÓN, DOCTORADOS E INNOVACIÓN

Ec. Marco Posso, M. Sc. | VICERRECTOR ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO

Dr. Patricio Sánchez Padilla, M. Sc. | DECANO

Dr. Ramiro García Falconí, M. Sc. | SUBDECANO

Dr. César Rosendo Muñoz Pazmiño, M. Sc. | DIRECTOR CARRERA DE DERECHO

MIEMBROS DE LA ACADEMIA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA

Inés Baldeón Barriga

René Bedón Garzón

Alfredo Corral Ponce

César Montaña 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 Simón Campaña

Julio César Trujillo (†)

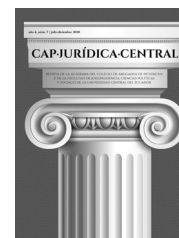
Índice

	pág.
<i>Temas jurídicos derivados de una pandemia</i>	
Rubén Castro Orbe.....	07
<i>El virus de la corrupción y su combate en los casos de la transnacional Odebrecht</i>	
David Padilla Moreno.....	31
<i>Autoría y participación en delitos cometidos desde el seno de una sociedad anónima: ¿imputación por acción u omisión?</i>	
Vicente Vásconez Merelo y José Antonio Burneo.....	56
<i>Movimiento Zapatista y reforma constitucional en México. El artículo 2 de la Constitución mexicana</i>	
Haydee Maricela Mora Amezcua.....	71
<i>La acción popular en el sistema procesal penal español</i>	
Agustín-J. Pérez-Cruz Martín.....	85
<i>Delitos contra la seguridad vial: una visión crítica de la regulación española</i>	
Miguel Polaino-Orts.....	103
Instrucciones para los autores.....	130
Política de derechos de autor.....	131
Responsabilidades de los revisores externos.....	131
Código de conducta y mejores prácticas para editores.....	132
Políticas de ética y detección de plagio.....	138
Políticas de preservación digital.....	138
Estilo de citación.....	138

Temas jurídicos derivados de una pandemia

Legal issues stemming from a pandemic

RUBÉN CASTRO ORBE
Universidad Central del Ecuador (Ecuador)
ORCID: 0000-0003-3178-5667



Recibido:
25/05/2020

Aceptado:
20/06/2020

Resumen

En el presente trabajo, me propongo realizar una revisión de algunos elementos de la realidad, que son parte del escenario creado a partir de la pandemia y sus efectos en la convivencia humana para, a partir de ellos, tratar de comprender algunas evidencias y necesidades, que se plantean en el mundo jurídico, tanto a nivel teórico, cuanto del ámbito estrictamente normativo. Se tratarán aspectos de naturaleza jurídico-doctrinaria, jurídico-política y constitucional, penal y, por mi mayor cercanía con el ámbito laboral, pondré énfasis en algunos aspectos de éste, incluso con la intención de mostrar algunas aberraciones, que se han producido, con motivo de la «oportunidad» empresarial de reducir la plantilla laboral o deshacerse de trabajadores de alguna antigüedad, mediante el despido intempestivo, que lejos de adquirir legalidad, sigue siendo un mecanismo ilegal y abusivo en las relaciones laborales.

Palabras clave

Pandemia, neoliberalismo, derecho, derechos fundamentales, contrato de trabajo, estabilidad laboral.

Abstract

With the present work, I propose to carry out a review of some elements of the reality, that are part of the scenary created by the pandemic and its effects in the human harmony in the legal world, both on the theoretical level and on a strictly normative level. Aspects of legal-doctrinal, legal-political, and constitutional nature will be dealt with and due to my closer proximity to the workspace, I will emphasize some aspects of it, including the intention to show some aberrations that have occurred due to the business opportunity to reduce the workforce or get rid of workers

of some seniority, throughout the untimely dismissal that, far from acquiring legality, remains an illegal and abusive mechanism in labor relations.

Keywords

Pandemic, neoliberalism, Law, fundamentals rights, work agree, job stability.

Acostada en medio de la desdicha, el alma ve mucho.
Sófocles

Formar parte de la sociedad es un fastidio, pero estar excluido de ella es una tragedia.
Oscar Wilde

Introducción

Habíamos creído que encontrándonos en tiempos de exploración espacial, teníamos el control sobre cualquier ámbito de la realidad y de los procesos vitales. Hoy, la cercanía con la muerte acapara las sensaciones y percepciones de todos —de modo diferente—, pero de todos. Un invisible elemento ha convertido en angustia la cotidianidad humana y ha obligado a replantearnos las relaciones no solo entre nosotros, sino entre la humanidad y la naturaleza, que nos vuelve a recordar que somos parte suya, que nos domina y somete a sus leyes y determinaciones, obligándonos a reconocer, primero, nuestras limitaciones y carencias, falseadas por el mito de la superioridad de la inteligencia humana.

La crisis provocada por la pandemia, por ello, pone en tensión todos los ámbitos subjetivos y objetivos de la existencia. A la ciencia y a sus hacedores, vuelve a exigirles entender las relaciones objetivas, porque la retórica y las elucubraciones son inútiles para atender lo que la defensa de la vida exige en casos graves como éste; reubica su principal fin —armar nuestra relación con la naturaleza—; y, vuelve repudiable su instrumentalización para fines mercantiles. En general, la vida se reposiciona como el objetivo central de la coexistencia y todas sus construcciones históricas y agrieta todo lo que no esté en esa dirección.

Al respecto, William Mc Neill dice: «Siempre es posible que algún organismo parásito, hasta entonces desconocido, escape de su habitual nicho ecológico y exponga a las densas poblaciones humanas, que han llegado a ser una característica tan llamativa de la Tierra, a alguna nueva y tal vez devastadora mortalidad» (Gray, 2020).

1. La incertidumbre

La incertidumbre se convierte en acompañante cotidiano y todo entra a ser motivo de reflexión, porque, primero, no hay ámbito de la realidad humana, que no esté afectado o no se muestre inseguro o con impropiedades ante las circunstancias (García Linera, 2020). Alain Touraine, en una entrevista, ha sostenido que en estos momentos, se nota la existencia de un vacío y ausencia de sentido y es temprano para decir qué hacer (Bassets, 2020). Por doquier y en todo nivel, se arman «explicaciones», «interpretaciones» o foros, que se difunden sobre todo por medios telemáticos, y, en muchos de ellos, lo único que se produce es paja, que justifica o recrea veleidades de aspirantes a intelectuales o a científicos o científicos. Tantas son las cuestiones y las interpretaciones, que no es fácil asir la verdad o determinar lo relevante. Pocas son las construcciones, que se soportan en investigaciones y no porque quienes las emiten no tengan nivel o capacidades, sino porque los tiempos no

dan para obtener resultados de procesos científicos de cierto rigor (Agamben, *et al.*, 2020). De paso, no ha faltado también la disputa entre ciencia y religión, ahora expresada en la saturación de las redes sociales con mensajes religiosos o de índole moral, para hacer premoniciones trágicas o para difundir una enorme cantidad de oraciones so pretexto de alcanzar la salvación.

Un segundo aspecto deviene de que debido a que es imposible que las diferencias de clase logren obstruir el contagio, también están aterrorizados quienes disponen de recursos materiales, que ahora exhiben su carácter superfluo. Las propiedades y riqueza no sirven para nada si te contagias y no hay o no accedes a los medios para combatir los efectos dañinos y mortales del virus. Y, sobre todo, no sirven si no hay quién te provea de alimentos y medicinas. El encierro en la cuarentena, más que ser una medida de salvación de los comunes, es una medida necesaria, que opera como todo lo que ocurre en las sociedades clasistas, para impedir que las víctimas de la pandemia, esos indefensos y desprovistos de mínimas condiciones sanitarias, contagien a los otros, haciendo de su casa la cárcel con todas sus carencias (Preciado, 2020).

De lo que se trata, se dice, es de que todos reduzcan su contacto fuera del hogar a un mínimo, de modo que el alejamiento social apenas permita combatir el contagio con restricciones de las relaciones a una cuarta parte de las habituales (Lichfield, 2020). El efecto inevitable de la generalización de la amenaza de muerte contra toda persona —como ya se dijo— esconde su sesgo y presenta las medidas sanitarias como orientadas a protegernos a todos. La verdad se muestra en el mundo real: los barrios de los pobres están plagados de víctimas y de más necesidades y desesperanza; son 190 millones de latinoamericanos, quienes viven en condiciones de pobreza, y 65 millones en condiciones de pobreza extrema (Verzi Rangel, 2020).

Pero los efectos no se agotan ahí. Esas mismas dinámicas y estimulaciones muestran que la pandemia provoca readequaciones y reconstrucciones. De hecho, asistimos a un período de graves consecuencias sobre la sociedad capitalista y, especialmente, sobre la que generó el neoliberalismo. Su economía especulativa, sostenida sobre la supuesta bonanza de los servicios y las ventajas del mercado, está a punto de sucumbir por los efectos devastadores de la pandemia, la cual ha alterado el complejo entramado de las relaciones y ha obligado a paralizar casi todo, excepto la producción de bienes fundamentales para la vida, mostrando la importancia de cuidar la naturaleza y preservar condiciones amigables en la producción de alimentos, la manutención de las fuentes de agua y de aire sano, y revalorizar al trabajo humano, sobre todo ese que había sido degradado y hoy resulta ser el que nos mantiene vivos.

Al final, no hay certeza sobre el curso de la economía y peor aún si la vida continuará mañana, lo único cierto es que están y se vienen cambios y fracturas.

2. La crisis de la normalidad

Una primera fractura, que soportan las relaciones sobre las que descansa el sistema, se refiere a la normalidad. Lo normal, entendido no solo como regularidades obvias de sus procesos, sino como normas estructuradas y construidas para integrar y validar las relaciones que deben operar en él. No de gana anunciar, que las normas fueron rebasadas por los hechos (De la Torre, 2020).

Para algunos, tal es la profundidad y trascendencia del momento, que provoca modificaciones inesperadas y, en ciertos casos y sectores, no deseadas. Se dice que la humanidad empezará a vivir nuevos tiempos; que: «La crisis por la que estamos pasando es un punto de inflexión en la historia. [...] La era del apogeo de la globalización ha llegado a su fin» (Gray, 2020). El mismo Touraine ha señalado que «[...] entramos en un nuevo tipo

sociedad: una sociedad de servicios, como decían los economistas, pero de servicios entre humanos. Esta crisis empujará hacia arriba la categoría de los cuidadores: no pueden seguir estando mal pagados», o que EE. UU. ha perdido el liderazgo mundial (Bassets, 2020), lo cual no es muy poca cosa.

En esos escenarios, sin duda, son muchos los cánones que deben cambiar. A los ojos e intereses de muchos, lo que estuvo arreglado para sostener y legitimar las relaciones sociales, salta en pedazos, se vuelve inocuo, inservible y devela incuestionablemente que las normas jurídicas, sobre todo, no son instrumentos de regulación social, sino instrumentos para legitimar intereses; y, que nada que el derecho contiene, se impone sobre la realidad, sino que, como todo producto histórico, responde a condiciones objetivas, que se crean en las relaciones de la sociedad. Quienes han puesto la alarma respecto de que «la realidad supera a la ley», lo único que ponen en la palestra es la necesidad de elaborar nuevas normas para precautelar sus intereses antes de que «el agua se ensucie». Y, de hecho, han vuelto al ejercicio *ad hoc* de hacer normas de segundo nivel para poner a buen recaudo algunas relaciones en cada sector, y en cantidades tan voluminosas que se vuelve imposible conocer todo lo que están gestando desde el poder, y anuncian un nuevo orden jurídico, que obligue a someternos a las nuevas condiciones que ellos aspiran imponer.

3. La pandemia y la crisis económica

Es muy probable que, para la casi totalidad de las poblaciones, la pandemia haya estimulado las afectividades. En los capitalistas más consecuentes (o avaros), ha creado desesperación, porque el tiempo corre y la improductividad del capital se desenmascara junto a las aberraciones, que se han desarrollado en relación con la valoración del trabajo. Zizek (2020) sostiene que: «Si uno atiende a los grandes medios de comunicación, la impresión que saca es que lo que debería preocu-

arnos de verdad no son los miles de personas que ya han muerto y los muchos miles que morirán, sino el hecho de que «los mercados se dejan llevar por el pánico»: el coronavirus perturba cada vez más el buen funcionamiento del mercado mundial». En el abordamiento del problema, a unos les interesa la vida, a otros, las ganancias.

En los análisis de los organismos internacionales —ideólogos de buena parte de las políticas del neoliberalismo—, prima una visión cuantitativa, la cual alude a los efectos sobre la economía y con claro propósito de pensar el problema dentro de la lógica de la relación entre costo-beneficio, oferta y demanda, auge o recesión de la economía, etc. Según Buera *et al.* (2020):

[...] los países en desarrollo se verán afectados a través de tres canales principales. Primero, el efecto directo de las medidas de contención sobre la producción de muchas industrias, como la del turismo y entretenimiento, y las restricciones impuestas al contacto social obligan a algunas personas a trabajar desde casa o a dejar de trabajar. El segundo es un efecto de los términos de intercambio, ya que muchos productores de productos primarios experimentarán una fuerte caída en el precio de sus exportaciones. Y tercero, habrá un *shock* de liquidez global, cuando las carteras conviertan sus activos de mayor riesgo en activos líquidos más seguros. Para los países en desarrollo, esto implica salidas de capital, un aumento en sus costos de financiamiento y una caída en el valor de sus monedas. (Banco Mundial, 2020).

Y, en efecto, como se señaló, la emergencia sanitaria ha parado una enorme franja de las actividades económicas, con acento en ciertos sectores, como aquellos negocios que aglomeran personas (centros comerciales, los de recreación y turismo, fútbol, hoteles, restaurantes, bancos, centros de salud, o servicios, como el transporte público), porque constituyen focos de infección y, al tiempo, son de significativa relevancia para el modelo neoliberal, porque son los de mayor especulación y de ellos depende buena parte de la circulación del dinero. El del turismo («industria

sin chimeneas» la denominaron, para dar apariencia de sector, que aporta a la creación de valor) está en serios aprietos y las inversiones a las que apostaron buena parte de capitalistas especuladores y parasitarios de la economía, ya exhiben cifras críticas de deterioro en la valoración de las acciones en el mercado bursátil, que también registra el deterioro de las acciones de empresas aeronáuticas.

En el caso del sector petrolero, la drástica reducción del consumo de combustibles, por la obvia inmovilidad social, ha causado que, como nunca antes y en una situación sin precedente, el barril de petróleo, aunque fue por un lapso muy corto, llegue a precios nunca vistos y haya descendido a menos de USD 37, de modo que era más conveniente regalarlo (Egan, 2020).

Y les acompaña, como no puede ser de otra manera, el sector financiero. En el caso de los banqueros, se desesperan y saben que a pesar del incremento de transacciones *online* o con tarjetas de débito o de crédito, la crisis obliga a la población a tomar prioridades y en lugar de pagar los créditos, que se incentivaron para consumos suntuarios por la vía del dinero plástico, deben cubrir sus necesidades básicas y atender los costos que hoy demanda su salud y las extraordinarias condiciones de vida, que se nos ha impuesto; eso reduce notablemente la estabilidad financiera, el mercado de dinero y disminuye la tasa de ganancia (Harvey, 2020).

Dierckxsens y Formento (2020) señalan que los mismos sectores financieros internacionales admiten un repunte de la volatilidad financiera, la cual determina que la liquidez del mercado se deteriore de forma importante, inclusive en mercados considerados profundos, como los de la deuda pública estadounidense, situación que contribuye a movimientos bruscos de los precios de los activos. A ello se suma, de una parte, la inevitable contracción de la demanda o del consumo social, que acentúa el círculo vicioso del modo capitalista de producción debido a la necesidad

de mantener la tasa de rentabilidad, motivo que obliga a la expulsión de fuerza de trabajo, lo cual conduce, a su vez, a que la población sin dinero se aboque a disminuir el consumo; y, de otra, el flujo financiero extrabancario se aprovecha del dinero virtual.

Los analistas del FMI también se mueven en la misma línea interpretativa y ponen énfasis en que la pandemia ha provocado graves alteraciones, de modo que las condiciones financieras se han endurecido drásticamente en todo el mundo, puesto que se han retirado inversiones de cartera de los mercados emergentes en aproximadamente USD 100.000 millones de dólares y los mercados, en ciertos casos, se han congelado, además de que los mercados emergentes tienen «una aguda escasez de liquidez» (Okamoto, 2020). En general, entre los analistas del FMI y del Banco Mundial se prevé una caída del crecimiento del PIB mundial por debajo del -7,4% (Adrián, 2020). En el caso ecuatoriano, se estima que la caída será mayor al 6% (De la Torre, 2020).

Las consecuencias son devastadoras, aunque no se quiera admitir o se haga esfuerzos por ocultar su trascendencia y magnitud. En el caso de países capitalistas desarrollados, es notable el efecto. «Estados Unidos ha pasado, en pocas semanas, del pleno empleo a un récord histórico de paro: 32%, muy por encima de la cota del 25%, que rozó tres años después de la Gran Depresión» y no se aspira a tasas de crecimiento y se conforman con objetivos modestos, como, al menos, alcanzar los niveles anteriores a la crisis (Fariza, 2020; Gray, 2020). El mundo está congelado en varios ámbitos y conforme a la AFP, cerca de 3900 millones de personas están en el área de confinamiento obligatorio (Banco Mundial, 2020; González, 2020).

Lo anterior ha obligado a la estrategia de poner a los bancos centrales de los países a apoyar la recuperación de la liquidez de la economía, mediante la compra de activos (Adrián, 2020), lo cual, en buen romance, supone que en varias partes del mundo, los

inversionistas privados aprovechan la apropiación de bienes públicos para dotarle al mercado de dinero efectivo, o mediante el «auxilio financiero» a las empresas, absorbiendo el Estado las obligaciones de ellas, poniendo en escena «la vuelta del Estado a la economía».

Kristalina Georgieva (2020), la directora general del FMI, en una de sus exposiciones ha dejado claro que la línea es entrar al salvataje financiero, acudiendo a los recursos públicos y ha cuantificado el volumen de esos recursos; ha dicho que: «Los gobiernos del mundo entero han tomado medidas sin precedentes para luchar contra la pandemia, a fin de salvar vidas y proteger a las sociedades y las economías. Las medidas fiscales adoptadas hasta el momento rondan USD 8 billones y los bancos centrales han organizado inyecciones de liquidez gigantes (y, en algunos casos, ilimitadas)». Haciendo eco a esos pronunciamientos, Augusto de la Torre (2020), funcionario ecuatoriano de ese organismo financiero multilateral, ha dicho que los Estados desarrollados han optado por «socializar las deudas». También se plantea implantar una línea de ampliación tributaria, que en Ecuador ya está en marcha; bajo esa óptica y pretendiendo que los que menos ganan, aporten a un fondo que, como se ha dejado dicho, servirá para «salvar a las empresas y el empleo».

Desempleo, quiebra de empresas, aprietos financieros y pandemia muestran ahora —con toda claridad— que el discurso engominado y con aureolas de verdad absoluta, que difunden los economistas del sistema, es falacia; y, que la economía no es cuestión solo de números y habilidades para moverse con sagacidad en el mercado; que los factores propios de la convivencia social y el disfrute proporcionado de los recursos que brinda la naturaleza, influyen mucho en la construcción de una sociedad, que otorgue, por lo menos, tranquilidad a sus miembros; al punto que los mismos gobernantes de ciertos Estados, como Macron, han debido admitir que lo que vamos a enfrentar, no es posible siguiendo al mercado.

4. Las relaciones internacionales y otras consecuencias más

La incursión de China en el mundo creó enormes tensiones y cambios en las relaciones de las superpotencias y las transnacionales. Con el tiempo, la unipolaridad ha terminado hecha añicos y los frentes hegemónicos, que se pretendían inalterables y sólidos, han puesto en evidencia sus flaquezas. El *brexit* ya fisuró notablemente a la Unión Europea y la pandemia acaba de ponerla al borde del ataúd. En general, la globalización tiene serios aprietos.

Como lo cita Gray, Aleksandar Vucic, el presidente serbio, ha dicho una grandísima verdad: «La solidaridad europea no existe [...]. Eso era un cuento de hadas. El único país que puede ayudarnos en esta difícil situación es la República Popular de China. A los demás, gracias por nada» (Gray, 2020). De modo que esas relaciones se mantienen formalmente, pero subordinadas a relaciones de poder e influencia, que no corresponden a las que Estados Unidos, Inglaterra y Alemania habían soñado. Más aún, la necesidad de atender las exigencias de las poblaciones hacia adentro de cada Estado ha vuelto a reconstituir la necesidad de la soberanía estatal y a mirar las relaciones desde la óptica de los Estados nacionales. El retorno del Estado a la economía ha vuelto a poner en el orden del día esas anteriores reglas.

En Europa, como en América Latina, los ojos están puestos sobre las posibilidades que brinda China, tanto para apoyar con recursos para afrontar la pandemia, cuanto respecto de las opciones, que se abren para renegociar o condonar algo de la deuda externa. Incluso las acciones indemnizatorias contra ella, ponen a China en el protagonismo de las relaciones internacionales.

La cuestión es que el sistema capitalista hace aguas por todo lado, y la pandemia, que ha sido de inicio un grave problema para los más pobres, ha terminado por confirmar que el neoliberalismo, en lugar de constituir un

modelo de relaciones, el cual permita el crecimiento de las sociedades y garantice afrontar las demandas de la sociedad, constituye una herramienta de desmantelamiento, que las expone a su total ineptitud. Las últimas décadas en las que se demandó sacrificios enormes a todas las poblaciones del mundo (a cambio, supuestamente, de alcanzar empresas eficientes, rentables, exitosas y asegurar excelentes salarios y bienestar a todos los trabajadores), hemos vivido, como lo sabíamos, bajo un discurso falaz. Cuando ha sido necesario que los empresarios contribuyan para afrontar la crisis, lo que han hecho es nada más ni nada menos que volver a agarrarse del Estado, de los recursos públicos, de lo que debiera servir para salvar vidas, para canalizarlo en su auxilio y evitar quiebras, ahora bajo el argumento de que hay que lograr estabilizar las empresas y evitar la pérdida de empleo.

A dos meses que los latinoamericanos hemos tenido que convivir con la pandemia (con relación a la fecha en que escribo), los mismos que siempre han expuesto la vida de los demás para «salvar patrias, territorios o recursos», son los que urgen volver a trabajar. Emprendedores disciplinados no admiten perder más tiempo en cuarentenas «inútiles». Y, a pesar de que existirán muchos, quienes tengan una posición sensata y con algo de solidaridad y respeto por la vida de los demás, ninguno deja su lógica natural: contar las pérdidas de cada día. Los más encumbrados, esos que no solo cuentan monedas, miran hacia el horizonte y piensan en la estabilidad del sistema y la necesidad de conservar las condiciones mínimas de reproducción de la fuerza de trabajo para poder volver a la producción y a la circulación de las mercancías, que es donde se desenvuelve objetivamente el mundo laboral (Gangotena, 2020), más allá de las fantasiosas y superfluas apreciaciones del contrato de trabajo y sus formas. Sin embargo, los mismos centros de la intelectualidad recomiendan mantener otros tiempos para el retorno (Lichfield, 2020).

En lo inmediato, cualquier posibilidad de retorno y recuperación se advierte como un proceso necesariamente escalonado, lento, diferenciado por sectores y con clara tendencia a afectar o descargar el peso mayor sobre los trabajadores, mediante una mayor rigidez del régimen laboral en las jornadas de trabajo y con reducción salarial incluso, porque también se advierten cambios en el uso más vasto de las tecnologías informáticas y telemáticas, las cuales pudieran llevarnos, de una parte, a una tendencia fuerte a la robotización y, de otra, a crear un escenario, que ya se ha dado en llamar «economía confinada» (Lichfield, 2020) y de la cual forman parte esa enorme cantidad de servicios, que han empezado a desplegarse para atender las necesidades de las familias en los domicilios; a tales fines, incluso se dice que: «La mano de obra ya no está configurada por empleados, que reciben un salario a cambio de su trabajo, sino por usuarios de aplicaciones y servicios gratuitos, satisfechos de adquirirlos a cambio de ceder, sin consentimiento a múltiples empresas un registro de sus experiencias vitales» (Aharonian, 2020).

En tanto, las expectativas de la creación de un antiviral o del desarrollo de defensas naturales para controlar la pandemia son bastante bajas o, al menos, de largo plazo, y siendo imposible eliminar el virus o controlar su impacto sobre la vida humana, con mayor capacidad y certeza que la que estamos teniendo, no será fácil que el retorno a la vida «normal» se produzca, sin la alta posibilidad de rebrotes y muertos, que amenacen hasta con la estabilidad política, en algunas partes.

5. Varios tópicos jurídicos derivados

5.1. *La pandemia y algunas consideraciones jurídico-doctrinarias*

Me referí ya a una de las frases más connotadas, que se escucha en los foros de los economistas y politólogos defensores del sistema:

«La realidad ha superado a la ley». Ésta, sin embargo, no es una novedad, pero es una frase, que pretende elevarse a la categoría de axioma, para justificar, como suele hacer el discurso oficial, las decisiones y medidas, que pretenden legitimar e imponer.

Siempre la realidad ha estado por delante de las normas jurídicas y, como ya expuse, ellas son un producto histórico resultante, y, del mismo modo que nunca será posible que las abstracciones jurídicas nazcan al margen del desarrollo histórico-social, tampoco nunca será posible que ellas «determinen» la realidad social. El derecho, entendido con menos ínfulas que el del *iusnaturalismo* o del positivismo normativista y con mayor recato y apego a las relaciones reales, no regula nada, tan solo legitima imposiciones y produce reconocimientos de validez de actos o relaciones, que se quiere sean respetadas o asumidas como obligatorias.

La experiencia que atravesamos pone énfasis en lo necesario y desdeña lo superfluo. Paralizado, congelado prácticamente el capitalismo y su mundo del comercio, se sobrepone a la especulación y la economía parasitaria, la producción y su fin primario: el consumo para la vida, la necesidad de vivir. ¿Es eso lo que ha estado tratando el derecho?, ¿a eso han estado dedicados los parlamentos del mundo? O, al contrario, ¿las normas han sido instrumentos de esos intereses relacionados con el dominio y la acumulación?

Y eso es lo que entraña el actual grito de guerra de la burguesía imperialista, que dice que la realidad ha superado la ley. Las normas jurídicas de hoy no sirven para obligar, para legitimar, para impedir la validez de lo que ellos no quieren, ni para validar lo que quieren. Y es indispensable hacer otras. Ese es el trasfondo, por tanto, de las reformas que se anuncian por todo lado, tales como reformas constitucionales, tributarias, administrativas, laborales, etc.

Lo anterior va acompañado del anuncio del advenimiento de un nuevo orden.

¡El mundo ya no será el mismo después de la pandemia! Pero, como podemos apreciar, la proclama del mando planetario no es revolucionaria, ni mucho menos; es el retorno a la intervención del Estado para proteger de modo contumaz los intereses de los poderosos y, de ser posible, aniquilar derechos. Es el retroceso hacia un Estado represor, autoritario.

Lo anterior crea un escenario inevitable de disputa, como ocurre con toda posibilidad de lograr o hacer respetar derechos. Por lo mismo, es posible que se acentúe la disputa entre legalidad y arbitrariedad y ponga a los sectores defensores de derechos ante la necesidad de acentuar la defensa de la norma positiva para precautarlos de la arbitrariedad, su anulación o su desconocimiento, como ya está ocurriendo con el derecho a la información, a la libertad de expresión o con la misma salud y la educación, víctimas de los recortes presupuestarios, orientados a fondear el salvataje de las empresas y, supuestamente, el empleo.

En estas circunstancias, el neoconstitucionalismo y el *iusnaturalismo* es posible que vuelvan a ser útiles para la construcción retórica, pero son insuficientes para enfrentar al poder, que solo podrá contenerse (si es que eso fuera suficiente), por lo que dispone la norma. Pero debe quedar claro lo que sostiene Zaffaroni: lo único que frena al poder es otro poder y, para lo que viene, con retórica y normas positivas, los derechos serán aniquilados, si no existe organización social dispuesta a hacerlos respetar como parámetros mínimos de convivencia segura (Zaffaroni, 2020).

La disputa, expresada en el ámbito jurídico, implica confrontación con todos los avances normativos logrados en nuestros países y, sobre todo, con los derechos de la naturaleza, el derecho a la vida y el pluralismo jurídico. Las pretensiones de las transnacionales por la recuperación de la economía son una amenaza sobre los recursos naturales, puesto que, en lugar de haber aprendido del casi mágico restablecimiento del planeta, ellas querrán desbocar sus apetitos para alcanzar, al menos,

las tasas de productividad y rentabilidad, que existían al momento del inicio de la pandemia, como se ha dicho; así, el extractivismo adoptará nuevas y más agresivas formas con seguridad. Por otro lado, hay la necesidad de mayor homogeneidad social para crear condiciones de «igualdad» en el desarrollo del mercado internacional. Los regímenes jurídicos de los pueblos y nacionalidades, los regímenes de las diversidades culturales vuelven a ser amenazados por la necesidad del poder mundial. Paradójicamente, esa amenaza es posible que venga del reflatamiento del rol del Estado y del fortalecimiento de la soberanía, como necesaria para la adopción de sus «responsabilidades» para la reactivación de la economía local y en el marco de la cacareada reforma laboral (Gray, 2020).

Como aditamento inevitable está el volver a readecuar las relaciones fronterizas y aduaneras, porque las posibilidades de apoyo de cada Estado respecto de sus connacionales son diferenciadas y los flujos migratorios, así como el comercio internacional, a pesar de necesitar reglas homogéneas, no van a poder prescindir de esas exigencias. La lógica de la globalización fue un discurso y acuerdo que funcionó para los negocios y la acumulación; para afrontar la pandemia y recuperar la economía de cada país, la lógica vuelve a ser la de base en el capitalismo: ¡Cada quien mata su vaca! No habrá bloques regionales, ni mercados comunes, ni zonas de libre comercio para ese fin. Cada Estado debe desplegar hacia adentro sus capacidades. Y eso implica empezar por la capacidad de ejercer el control y especialmente de y en sus fronteras (Nieto, 2020).

5. 2. El derecho constitucional y los cambios políticos

Los logros de lo que se ha dado en llamar neoconstitucionalismo y, en nuestro caso, neoconstitucionalismo latinoamericano, no son obras casuales ni de último tiempo. Han mediado luchas importantes de las organizaciones sociales y los intelectuales de pen-

samiento transformador, ligados a la lucha por los derechos y la vida. Pero esos avances constituyen serios diques para los agoreros del nuevo orden, que anuncian la vuelta del Estado a su rol de defensor y apologista de los intereses del poder autoritario.

Una primera reflexión del tópico debe responder a la cuestión de ¿por qué la crisis sanitaria obliga a la vuelta del Estado y se convierte en su responsabilidad central, o como dice Cuvi, el combate a la pandemia se convierte en razón de Estado? (Cuvi, 2020). Y la respuesta parece obvia: no hay otra opción. Las masas empobrecidas y las empresas medianas y pequeñas, aniquiladas por las circunstancias, no tienen a quién más acudir. Pero la cuestión tiene otra dimensión: los costes de la recuperación vuelven otra vez a plantear la necesidad de la socialización de las pérdidas como, sin ambages ni sonrojo, lo adujera Augusto de la Torre.

La vuelta del Estado «auxiliador» está para proteger a la empresa y a la propiedad privada, cumplir el interés de poner los recursos públicos al servicio de la recuperación económica de ellas. En los países en los que es posible moverse con la holgura que su régimen jurídico le permite, ese rol ha sido retomado. Y el ejemplo está muy cerca: D. Trump ha destinado la mayor parte de los dos billones de dólares del Plan de Estímulo al rescate de las empresas (Gray, 2020; Dierckxsens, 2020); entre los cercanos al FMI, se dice que son más de 6 billones (Zeballos-Roig, 2020); y, el FMI creó hace días la Línea de Liquidez a Corto Plazo (LLCP), como nuevo servicio financiero para que los países asuman la tarea de inyectar recursos financieros a cada uno de sus mercados para activar a las empresas (Okamoto, 2020).

Obligar a la sociedad a soportar más cargas o la sola disposición de los recursos del patrimonio público para socializar las pérdidas, sin que las empresas y los capitalistas eroguen nada de sus patrimonios privados, y condenar a las poblaciones a sufrir peores condiciones

de pobreza, hambre, deterioro de los servicios públicos y más, bajo el manido discurso falaz de que será para evitar las quiebras y proteger el empleo —sin embargo de que la regla, en estas circunstancias, han sido los despidos—; como ya lo ha adelantado Kristalina Georgieva, supone en algunos Estados alterar normas constitucionales y roles, que se eliminaron en cumplimiento de las reglas del libre comercio y del «Estado mínimo»; pone tensiones graves en el escenario y provoca esa disputa de la que ya hablé, y anticipa acciones contra los derechos de la población y confrontaciones por su defensa.

Por ello, la vuelta del Estado no puede ser tan descarnada (o ¿descarada?).

5.3. La amenaza a los derechos fundamentales

El temor al contagio ha sido inoculado junto al virus, para provocar el encierro y el aislamiento y descargar la restricción de la libertad en el mismo sujeto y liberar la responsabilidad (o dar la apariencia de que no es decisión) de la autoridad. Las relaciones de hoy están sujetas a «la prevención» o al «miedo» y los instrumentos comunicacionales del sistema se esfuerzan notablemente, junto con muchos otros recursos de la institucionalidad y de los poderes fácticos, en difundir la faz de tragedia de la pandemia.

En estas circunstancias, ha sido posible que se logre apreciar la importancia de los medios y su control, que empieza por su apropiación. Mantener las relaciones, que permiten ese control, es clave y no es objeto de cuestionamientos, ni disputas. A más de ser un excelente negocio, que se ha potencializado con la pandemia, importa lo que logran «administrar» (Boff, 2020; Dierckxsens, 2020).

El aislamiento obliga a una interconexión con medios ajenos, porque, en realidad, el medio es el internet. De esto, depende no solo controlar las posibilidades de socializar de cada individuo, sino las de legitimar contenidos e interpretaciones (Pineda, 2020). La información ha sido manipulada, falsa,

parcial, selectiva y, de no ser porque las redes sociales han rebasado a los centros de información pública, los gobiernos han procurado ocultar la realidad, especialmente para lograr tapar los efectos sobre los territorios pauperizados (De León, 2020; El Comercio, abril 2020, p. 2).

Las medidas de prevención o alejamiento para impedir contagio o propagación (o cerco epidemiológico), que se sostienen también en nuestro miedo a la muerte propia o de los cercanos, ya configura un escenario de deterioro de derechos de todos quienes no podemos salir u obtener movilidad y ponen por encima nuestro la ya legitimada capacidad de vigilancia. Yuval Noah Harari, autor de *best sellers* sobre los cambios científicos, apreciaría salidas contrapuestas para después de la pandemia: «O vamos hacia una sociedad de vigilancia totalitaria masiva o de empoderamiento de los ciudadanos; de aislamiento nacionalista o solidaridad global» y pone énfasis en posibles mayores pérdidas de las libertades individuales, a más de las impuestas tras los ataques del 11S en 2001. «Habrá una vigilancia masiva. Se requerirán certificados de salud para poder viajar. Y si hasta ahora teníamos vigilancia «sobre la piel» cada vez que entramos en un sitio de Internet, hacemos un clic o enviamos mensajes; vamos a tener vigilancia «bajo la piel» midiéndonos la fiebre o la presión hasta nuestros sentimientos» (Sierra, 2020).

Al poder no le resulta fácil y quienes lo ejercen son conscientes de que las imposiciones no son un proceso fácil. Los primeros que tienen conciencia de la disputa a la que nos referimos, son ellos, por eso han desarrollado —con abundante difusión— la persuasión de «las necesidades» o «requerimientos inevitables» que deja la pandemia, y optar por la restricción de libertades como también lo advierte —desde su perspectiva neoliberal conservadora— Vargas Llosa (El Comercio, 1). El aislamiento, que deviene como una necesidad, dada su inobjektividad, es una situación, la cual también conduce a la desorganización, al silencio de los ciudadanos y a su

inmovilidad, mientras el poder estatal se recrea con amplitud fuera de nuestras casas y dispone por televisión o internet. Y se dice que el Estado vuelve, ejerciendo soberanía autoritaria sobre el ciudadano (Nieto, 2020). En ese escenario, se anuncian las reformas. Aharonian (2020), estudioso uruguayo, sostiene que: «Las medidas de excepción adoptadas, la llamada flexibilización de derechos, los cortes de salarios, el irrespeto a los principios básicos de la ciudadanía, las violaciones de privacidad, con el fin declarado de enfrentar al virus y la crisis, podrán no ser de excepción para convertirse en permanentes. E incluso ampliarse. El virus no destruirá el capitalismo. Todo indica que la vigilancia (policial, cibernética) conseguirá consolidarse».

La «necesidad» de restringir las libertades o los derechos, contando con la anuencia de los ciudadanos, para lograr una «mejor protección de la salud», anuncia el advenimiento de un Estado rígido y represor, y así lo advierten los mismos apologistas del nuevo futuro y las exigencias del nuevo orden. «Para salir del agujero, vamos a necesitar más intervención estatal no menos y, además, muy creativa» (Gray, 2020).

En ese escenario, nada raro será que incluso la fuerza pública adopte la aparente misión de protectora de la vida de la gente, además de la de garante de seguridad (Cuvi, 2020), como ya ha empezado a ocurrir inadvertidamente para los ojos ciegos de la mayoría. Y será muy posible también que se adopten, como «normales», medidas de restricción (o vigilancia intrusiva), similares a las que ya tenemos en aeropuertos, para poder ingresar a sitios o centros o viajar, etc., se nos solicitará certificados de inmunidad o controles de temperatura. A la par, la discriminación funcionará, legitimada en algunos ámbitos, tales como exclusiones o restricciones para acceder a servicios, por ejemplo. Por esa vía, volveremos a la legitimación más descarada del clasismo y en algunos servicios de salud o de hospedaje, por ejemplo, ya no se podrá acceder únicamente por ser costosos, sino por las

restricciones sanitarias, que estigmatizan a los de ciertos orígenes o procedencia, sin duda.

De modo que el ejercicio de las libertades, es otro de los ámbitos en disputa. Las libertades, las cuales ya han sido abolidas de hecho, deben ser violadas o restringidas también en el derecho, en nombre de la supuesta seguridad (Agamben *et al.*, 2020; Preciado, 2020; Sierra, 2020). La seguridad, la cual se planteaba como un escenario para morigerar y prevenir el delito, ahora es la seguridad del Estado y sus determinaciones; volvemos al escenario del fascismo. Por ello, si queremos preservar los derechos, no es admisible que renunciemos a precautelar las libertades, en términos de considerar a la comunidad como el elemento necesario del disfrute apropiado de las condiciones naturales de vida; no solo como un derecho político, no solo como un instrumento generado desde la conciencia social para la existencia de los sujetos en la convivencia, sino como una relación necesaria, entre condiciones de existencia y posibilidad de realización del ser como sujeto, que depende, tanto de la vida natural, cuanto de la vida social (Aharonian, 2020); la vida social no puede ser admitida como convivencia, sin libertades y sometida al poder. Admitir lo último refiere a la biopolítica, que reflexionó Foucault, desde la perspectiva de la construcción de los individuos como cuerpo para la reproducción social y para lo que sirve el poder en favor de quienes se aprovechan.

Hoy asistimos a otra dimensión de la biopolítica, la cual nos plantea defender la naturaleza y la vida, ante la amenaza de quienes intentan no solo privarnos del patrimonio público, sino abolir las libertades y derechos fundamentales (Preciado, 2020), y ello implica resolver la disputa sobre cómo lograr que los recursos naturales y el patrimonio social, sirvan para la comunidad, la provisión de los servicios y para su vida.

La posibilidad de convivir en comunidad, sin renunciar a las libertades o sin admitir su abolición, y lograr que lo que nos brinda

la naturaleza sirva para todos, es una cuestión que requiere una visión menos religiosa. A diferencia de muchos devotos y creyentes, que ven en la pandemia un llamado de Dios a la conciencia humana y aspiran cambios que podrían, desde lo más profundo del alma solidaria, lograr que el mundo se enrumbe por caminos de amor, ayuda y alejamiento de las perversidades, el sistema ya ha descargado —y se apresta a habilitar para adelante, con más desfachatez y radicalidad— el peso de la crisis sobre los hombros de los explotados.

La salvación de las empresas no busca preservar los empleos y los derechos de las personas trabajadoras, sino todo lo contrario, porque la lógica del mercado, a pesar de la vuelta del Estado, seguirá presente. Los fondos «humanitarios» (acumulados sobre los recortes de los salarios de los menos pobres y de los presupuestos, que sostienen los servicios públicos y la contracción del ejercicio de derechos fundamentales como la salud y la educación), sin embargo de su apariencia, no están para preservar derechos, tales como el del trabajo o la vida; ni las empresas salvadas están allí para retribuir al pueblo su esfuerzo, ni las contribuciones, que ponga éste para sostener la economía nacional, sino para hacer y sostener negocios. Por lo mismo, el aseguramiento de las condiciones de reactivación económica, que consolidan la lógica de los procesos de acumulación capitalista, requieren de una legislación, que las materialice, y será probable que se pretenda reconstruir la legislación, que mercantilizó los derechos para, de ese modo, atentar contra los derechos fundamentales de los más débiles. Los pobres, por lo mismo, recibirán las migajas acostumbradas (bonos o ridículos «kits de alimentos») para atenuar los efectos del desempleo, pero el Estado atenderá el interés empresarial, aunque se afecten los derechos de la mayoría. Eso es lo que se aprecia en la vida diaria.

La posición frente a la especulación de medicamentos o de bienes indispensables, como mascarillas o de bienes de primera ne-

cesidad, que debieran motivar la intervención de la autoridad pública para garantizar el acceso y disponibilidad de ellos para todos los ciudadanos y, de manera especial, para los más pauperizados, goza de la indiferencia y, por el contrario, la represión se orienta contra los vendedores de la calle. Los ancianos son objeto de discriminación aflictiva y, contra toda determinación jurídica, que obliga a las acciones afirmativas, los funcionarios (como ha sido difundido), no han tenido el menor recato en disponer que, en plena pandemia, ante la falta de recursos (por ejemplo: medicamentos, respiradores mecánicos, camas en hospitales o cupos en las unidades de cuidados intensivos —UCI—), sean relegados porque ¡son personas sin importancia productiva! Y, en general, ante la necesidad de atención médica emergente, los centros de salud pública han asumido la total responsabilidad, sin que los hospitales privados pierdan su normal desempeño de negocios accesibles para quienes pueden pagarlos. Igualmente, se ha observado la misma disposición, con relación a los centros, donde deben observarse obligaciones de cuidado (asilos o ancianatos, guarderías, centros infantiles, centros de discapacitados, centros de salud mental, etc.).

En el caso de Ecuador, los problemas han trascendido hasta violaciones a la dignidad más elemental de las personas fallecidas y sus familias. Se ha violado los derechos *post mortem* básicos, como el derecho a un sepelio digno, o los de sus parientes, como el derecho a la información, a acceder a los cuerpos de los fallecidos y a conocer su actual o futura ubicación, porque se ha tomado la decisión abusiva de realizar entierros en fosas comunes.

Lo dicho muestra que los derechos fundamentales están ante una seria amenaza y eso no es una elucubración. No en vano la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2020) ha emitido una Declaración, advirtiendo sobre las violaciones y en virtud de lo que ya se constataba en la marcha de los acontecimientos. Tales violaciones se dieron no solo

del abuso de los sectores privados, que tienen ventaja en la sociedad, sino del mismísimo Estado. Por tanto, se requiere que cualquier medida que pudiera afectar o restringir su goce y ejercicio, deba ser temporal y rigurosamente delimitada por las exigencias científicas y jurídicas, con limitación del uso de la fuerza para su implementación, siguiendo los principios de necesidad, proporcionalidad y precaución, conforme a la jurisprudencia de la misma CIDH; asimismo, pone acento en las posibilidades de discriminación, especialmente contra quienes están en estado de vulnerabilidad.

Tales previsiones se demandan, puesto que en varios países se han adoptado medidas como estados de excepción, toques de queda, restricciones programadas a la movilización en el espacio público y más. Y a pesar de la «cortesía» con la que, en la mayoría de casos, se ha dicho, han actuado los efectivos de las fuerzas del orden, no han dejado de existir casos graves de violaciones a los derechos humanos.

6. Otros tópicos jurídicos derivados de la pandemia

6.1. Sobre los efectos del transcurso del tiempo

Aunque el tiempo transcurrido no ha sido extremadamente largo, la cuarentena ha determinado que algunas posibilidades irreversibles ocurran, como efectos de las relaciones jurídicas por el mero hecho del paso del tiempo. Sobre este tema, los juristas de cada Estado han advertido al poder público y se han adoptado decisiones (como en el caso de España, con el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, sobre Medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del covid-19, que adopta una medida de carácter urgente, dirigida a asegurar la protección de los deudores hipotecarios en situación de vulnerabilidad, que, a pesar de todo, no dejarán de causar más de una disputa.

Lo más fácil se refiere al cumplimiento de obligaciones propias de los contratos o de

aquéllas que nacen de la ley como obligaciones intransitivas. En Ecuador, ese es el caso de las obligaciones de contratos de arrendamiento o de crédito, en los cuales se ha producido una «cesación de pagos» o diferimiento dispuesto por regla secundaria (Decreto Ejecutivo n.º 1017, de 16 de marzo de 2020). La duda que nace es si todas las posibilidades de cesación o diferimiento, son susceptibles de ser determinadas por norma secundaria y no necesitan de una ley o deberán ser resueltas, entre las partes, al momento de acordar tal posibilidad. En los casos en los que la autoridad pública tiene cierta facultad de regulación de los servicios o la relación jurídica (como es el caso de algunos ministerios o de la Contraloría General del Estado, las superintendencias —para el cumplimiento de obligaciones de sus controlados— o del Servicio Nacional de Aduanas o el de Contratación Pública, por ejemplo) (CEP, 2020), esas posibilidades caben; pero en las que no hay regulación, resulta imposible suspender los efectos, sin la aceptación de las partes, puesto que son negocios jurídicos, es decir, relaciones autorreguladas.

Lo más complejo alude a las posibilidades de prescripción o de caducidad. El Código Civil, en su artículo 2392, se refiere a la prescripción como modo de adquirir las cosas o de extinguir las acciones y derechos ajenos.

Un importante caso está en el ámbito de los trámites procesales. La suspensión de términos y plazos, determinada por la Resolución 04-2020 de la Corte Nacional de Justicia, de 16 de marzo de 2020, o la de igual número de la Corte Constitucional (CEP, 2020), parecería solucionar el problema, pero, en estricto sentido, hay muchas dudas sobre la validez de esa resolución con efecto general e indeterminado. Y si aquello resulta de dudosa validez, con mayor razón para los casos de prescripción y caducidad de acciones y derechos. La cuestión puede provocar disputas jurídicas de cierta complicación, porque, por esa vía, habrá interesados en

que se les adjudique bienes o se les libere de obligaciones, especialmente.

6. 2. Tópicos penales

En el campo penal, los especialistas podrán dilucidar mejor que yo los temas que se advierten a continuación, dado que, además, requieren una larga consideración, a fin de tratar los aspectos relacionados con la tipicidad, la responsabilidad y, aún más, sobre la cuestión probatoria.

Entre los temas de preocupación inmediata, que pueden advertirse, está el relacionado con la gama de conductas que, visibles o no, motivan apuntes sobre el catálogo de tipos penales, puesto que, al parecer, deja por fuera varios, aparte de que se omite la probable estimación de la circunstancia de la cuarentena y la pandemia como posibles agravantes en la ejecución del delito. Y, si bien volvemos a las situaciones, en las cuales determinados sujetos incurren en acciones u omisiones dolosas, ante los afectados por la pandemia que requieren atención de salud, o ante decisiones, que pueden considerarse ilícitas en la administración pública y que inciden gravemente sobre la población expuesta, también hay sucesos que escandalizan a los países y resaltan que, más que meras conductas o actos de individuos, hay la configuración sistémica de estructuras dirigidas a aprovecharse de las circunstancias, de modo ilícito. En este ámbito, no dejan de preocupar las cuestiones relacionadas con la corrupción (en Ecuador, la compra de mascarillas en el IESS o el tráfico de medicamentos falsificados o a precios exorbitantes, por ejemplo).

Lo más grave alude a la impunidad y a la evidente penetración del poder público por las redes de sujetos organizados para cometer delitos, aprovechándose de los recursos públicos, incluso de los recursos, que se recaudan como contribuciones o ayudas humanitarias voluntarias y para lo cual se utiliza, de igual manera, los medios informáticos. El problema muestra otra arista, que cuestiona seriamente

la «condición humana»: exhibe que vivimos en una sociedad, en la cual ni las situaciones de mayor aflicción, que debieran motivar la solidaridad humana, el respeto u observancia de mínimos éticos y la posibilidad de estimular emociones y sensibilidades, que se considerarían inevitables en cualquier individuo, provocan la contención de la codicia en algunos. La sociedad capitalista, a estas alturas, ha aniquilado en la conciencia de un importante sector de la humanidad hasta los más básicos fundamentos de la ética social.

Se advierte sobre la penalización de conductas, relacionadas con la difusión de noticias falsas (*fake news*), que han sido instrumento, sobre todo, de la realización de delitos de odio y hasta de conspiración política; además, nos llama la atención sobre las responsabilidades públicas, ejercidas como abuso de poder, que también pudieran ser objeto de la pretensión penal.

Otra arista alude a la indefensión, que se causa en estas condiciones, ya que hay delitos que se han realizado sin que exista posibilidad de denunciarlos y juzgarlos, porque, a pesar de la actividad judicial abierta para los casos de flagrancia, la evidente inaccesibilidad a la defensa técnica y las condiciones de supervivencia de las personas, por lo menos, impiden de hecho la posibilidad de una tutela efectiva.

También está el caso de quienes podrían propiciar el contagio del virus. En algunos pronunciamientos, autoridades públicas han condenado la conducta y han motivado posiciones que abogan para que a esas personas se las considere responsables de un delito; en contraposición, hay personas, quienes las estimamos como víctimas de circunstancias, las cuales determinan conductas resultantes de fuerza física irresistible, carentes de dolo o culpa o ajenas a la antijuridicidad, por existir, incluso, estado de necesidad. Un mínimo acercamiento a la «desobediencia» permite apreciar que, en su mayoría, corresponde a personas de los sectores más pauperizados de la sociedad, como resultado de la necesidad

de trabajar (puesto que han existido labores necesarias y obligatorias que atender, o por la circunstancia de la condición laboral informal, que obliga al trabajo diario), o de la necesidad de proveerse de bienes (por falta de previsión o no haber tenido recursos a tiempo) (Rodríguez, 2020). Sin embargo, existen casos de sujetos, quienes evidencian total alejamiento de mínimos éticos, la visión autoritaria del Estado, que dejamos expuesta, opta por la visión represiva de la desobediencia, siguiendo las posiciones más radicales e impropias del derecho penal del enemigo (Nieto, 2020) y, en oposición a la comprensión humanista del derecho penal, es muy probable que empujen la alteración de los avances, en la intención de crear un escenario de disciplina social. De todos modos, nuestro actual COIP no tiene en el catálogo de delitos esas conductas, que anteriormente sancionaban actos de contaminación o contagio, como delitos contra la salud pública.

Finalmente, conviene resaltar, con motivo de estos sucesos, que la desobediencia ha dejado en evidencia precisamente las debilidades y carencias del poder público y su capacidad de control. En varios estados latinoamericanos, ha sido notorio que ni el Ejército y la Policía han sido suficientes para ejercer una cobertura total del Estado, territorialmente hablando; y, los municipios y otras instituciones carecen de las posibilidades de sustituir esas falencias y debilidades del Estado central. Ha vuelto a ser visible, inclusive por encima de las decisiones del Estado, que funcionan —como decía Foucault— otros poderes; por ello, también ha sido posible ver cómo ciertos sectores desobedecen las determinaciones del poder (Carpio, 2020), evidenciando que la norma jurídica, aun siendo obligatoria y teniendo la amenaza de sanción, si las capacidades del Estado no son suficientes, termina siendo una declaración ineficaz, que provoca contrasentidos (Revista Vistazo, abril 2020; Simon, 2020).

6.3. Tópicos laborales

Abordando otro ámbito, el laboral, cabe señalar que ha generado significativas disquisiciones, porque el escenario de mayor afectación del aislamiento es el de la economía social.

6.3.1. Varios son los temas relevantes que se han puesto a la orden del día, empezando por la revalorización de actividades, que, habiendo sido denigradas, hoy adquieren relevancia económica y social. Los trabajadores de la salud, de los servicios públicos (recolección de basura, agua potable, electricidad, especialmente), los de la producción de bienes primarios —sobre todo del sector agropecuario— dejan evidencia que constituyen, sin duda, pilares de la vida humana (CIDH, febrero 2020, p. 5; Revista Vistazo, enero 2020, p. 6; Revista Vistazo, febrero 2020, pp. 18-19) y, a diferencia de varias actividades superfluas, innecesarias, banales, suntuarias, que son remuneradas astronómicamente (como las de futbolistas, modelos, motivadores, administradores, etc.), esos son trabajos maltratados, precarizados, los cuales se ubican en las escalas más bajas o deterioradas de la economía. Y, claro, en esa revaloración también se deben considerar las labores relacionadas con las comunicaciones y la seguridad. El reposicionamiento de la trascendencia de las responsabilidades colectivas, indispensables para afrontar situaciones complejas, como la que atravesamos, es la causa de esa revaloración y, a pesar de que hay quienes plantean la alternativa, entre salvar vidas o la economía (Revista Vistazo, febrero 2020, p. 6; Romero, 2020), la inmensa mayoría de la sociedad ha optado, al parecer, por defender la vida. Habrá que cambiar las reglas laborales para dar más dignidad y apreciación a esos trabajos.

6.3.2. Refiriéndonos a otros aspectos, la pandemia ha obligado a que buena parte de las actividades, se vean ante la necesidad de adoptar la modalidad del teletrabajo, que, en primera instancia, constituye un incremento

ventajoso del negocio de las empresas de telecomunicaciones, en manos de las transnacionales. Aumento de la venta de equipos e implementos propios de la tecnología informática e incremento exorbitante de las tasas de consumo es el efecto inmediato sobre la rentabilidad de esas empresas. Lo que no se deja siempre ver es el costo, que se descarga sobre los hombros de los *teletrabajadores*, además de otros efectos dañosos, referidos a los salarios y las jornadas laborales (Aharonian, 2020), cuanto sobre sus condiciones de salud y las aflicciones a la vida familiar (De Vita, 2020).

A la par, expertos señalan que: «De hecho, la crisis del COVID-19 está acelerando la automatización y la implementación de robots e inteligencia artificial en trabajos, que hasta ahora eran desempeñados por humanos. Existe presión en muchas industrias para reemplazar a los trabajadores humanos. Si un trabajo puede ser hecho por un robot, aunque el robot no sea tan bueno como el trabajador de carne y hueso, en este momento es mucho más conveniente, porque los robots no se pueden contagiar. Cuando acabe la crisis, difícilmente volveremos a donde estábamos antes» (Barrio, 2020); de modo que, en lo inmediato, el ámbito laboral desarrollará las regulaciones sobre esta modalidad de trabajo y la robótica en los centros laborales.

6.3.3. Junto a esas modificaciones, y siempre de manera unilateral —aunque se presenta, bajo aparentes acuerdos contractuales o transaccionales—, se han impuesto modificaciones arbitrarias y abusivas sobre las condiciones del contrato laboral. La mismísima autoridad laboral ecuatoriana, llamada a proteger los derechos de los trabajadores (artículo 5 del CT), ha aupado la posibilidad de reducción y modificación del régimen de las jornadas laborales, con la consiguiente reducción de salarios y pago de recargos (AMDT, 2020-077, 15-03-2020) y sin perjuicio de las cargas tributarias sobre los ingresos que pre-

tende, violando garantías constitucionales, (como la irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos) y tutelas determinadas por los convenios internacionales de la OIT (Castro, 2020); a pesar de que las empresas reducen costos, que empiezan por los ahorros en la infraestructura empresarial. La reducción de salarios en la relación laboral o vía contribuciones tiene graves impactos en el presupuesto y la cobertura de las obligaciones y necesidades familiares y puede afectar gravemente la sustentación de pensiones escolares, necesidades alimenticias, obligaciones crediticias, mantenimiento de equipos y vehículos, etc.

A diferencia, los empleadores pretenden que los cambios no solo modifiquen las condiciones del contrato, sino su naturaleza y, por lo mismo, las obligaciones, que se derivan de él. Entre los abogados empresariales, se «aprovecha» las circunstancias para considerar que la inasistencia a un centro laboral y la realización del trabajo desde el domicilio, cambia la relación jurídica y la dependencia laboral, puesto que la disposición del tiempo de trabajo estaría bajo la administración de la persona trabajadora, sin la posibilidad de control empresarial, «convirtiendo» al contrato en uno de índole civil o mercantil. Contra toda evidencia que muestra que la esclavitud capitalista no se modifica por el lugar donde el aparentemente libre ejecuta las labores que benefician a la empresa, pretenden, además, que la utilización de los medios informáticos, que agilitan los procesos, contribuyan a la sobrecarga de las tareas o actividades. El estrés laboral, que comentan los expertos, sobre todo deviene del abuso empresarial sobre la carga laboral, que se asigna, y los controles, que se realizan y que asumen perfiles de verdadero acoso a distancia, como lo estamos experimentando en estos tiempos muchos de los servidores públicos (incluso en las universidades públicas ecuatorianas se ha incrementado la carga laboral a los docentes, mediante resolución del Consejo de Educación Superior (CES) RPC-SO-012-N.º 238-2020, de 7 de

mayo de 2020). La exigibilidad de obligaciones contractuales, en los casos del teletrabajo, no tienen horario, ni pertinencia; dependen de cuánto está dispuesto el empleador a abusar de la necesidad del trabajo, que tenga la persona trabajadora.

6.3.4. Otro aspecto de enorme trascendencia corresponde a la estabilidad laboral y la terminación del contrato. La paralización o congelamiento de la economía implica no solo la imposibilidad de la realización de las labores productivas o, en general, la imposibilidad de la ejecución de una serie de trabajos (remunerados o no), sino, como ha ocurrido en buena parte de países, la grave violación al contrato y a la estabilidad de los trabajadores, herramienta por la que han optado algunos empleadores, sea por una equívoca interpretación de sus posibilidades jurídicas, sea por la situación antes citada.

En el Ecuador, el artículo 169 del CT establece las causas de terminación del contrato de trabajo, pero ninguna corresponde a la posibilidad de decisión unilateral de las partes, por las siguientes consideraciones jurídicas obvias.

Todo contrato es y nace por acuerdo de, al menos, dos voluntades.

En el mundo jurídico, rige un axioma, que si vale para el ámbito común, con mayor razón se ha de observar en el ámbito del derecho social, que se funda en el principio tutelar; tal axioma es que en derecho las cosas se deshacen del mismo modo que se hacen. Si el contrato de trabajo nace del acuerdo de empleador y trabajador, necesita de la concurrencia de las mismas voluntades para su terminación y, por ello, excluye toda posibilidad de terminación unilateral.

Si no cabe terminación unilateral y no hay acuerdo de los contratantes para terminar el contrato, se concluye que, fuera de esa opción, se exige una causa legal. Las causas determinadas en la ley no son ejecutables por la voluntad unilateral, porque se estaría ante lo que ya se ha indicado que no cabe, y para

que sirvan de fundamento a la conclusión contractual, deben demostrarse, ante autoridad competente, como ocurre con cualquier aspecto jurídico, que pone en tensión derechos de varios sujetos.

Las circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, por lo mismo, deben demostrarse y requieren, obviamente, que el empleador o el trabajador estén definitivamente impedidos de continuar cumpliendo sus obligaciones; si tales condiciones no ocurren, se incurre en despido intempestivo, que obliga al pago de indemnizaciones, porque se está ante acto ilegal y violatorio de derechos de otra persona (como se verá más adelante).

Por la circunstancia anteriormente expuesta, las normas especiales dictadas para esta emergencia permiten modificar o restringir las jornadas laborales y acordar otras posibilidades de cumplimiento de las obligaciones. Ninguno de los acuerdos ministeriales «autoriza» la terminación del contrato y, al contrario, refuerzan la idea de su inviolabilidad; esto ha ocurrido en buena parte de los países latinoamericanos.

Para aclarar aún más, voy a referirme a esa confusión, que se ha creado, con relación a la supuesta causa de terminación sobre el caso fortuito y la fuerza mayor.

El artículo 169, en el numeral 6, establece textualmente que el contrato individual de trabajo termina: «Por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, como incendio, terremoto, tempestad, explosión, plagas del campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que previsto, no lo pudieron evitar».

Las circunstancias se refieren, en general, a la imprevisibilidad e irresistibilidad, como condiciones liberatorias, que tienen relevancia, tanto en la responsabilidad contractual, cuanto en la responsabilidad penal. Respecto de la primera, corresponde analizarlas debido a la enorme cantidad de casos de incumplimiento, que han ocurrido y seguirán produciéndose.

se; con especial énfasis en el ámbito laboral, porque se ha despedido trabajadores. En el ámbito penal, cabe, porque habrá también cualquier cantidad de omisiones y acciones, que pudieran incurrir en la realización de conductas típicas y sobre las cuales se alegará tales eximentes (médicos, prestadores de servicios, venta de alimentos, o de sustancias, etc.). La cuestión es ¿si la crisis sanitaria, declarada por la pandemia, la cual ha exigido adoptar como mecanismo de prevención del contagio al aislamiento social o cuarentena, cumple con las exigencias para que sea considerada o tenida como caso fortuito o fuerza mayor?

De entrada, la sola formulación de la cuestión ya pone en aviso, que las circunstancias liberatorias de responsabilidad no son, como puede asumir el lego, hechos, sino cualidades jurídicas, que deben ser calificadas. El caso fortuito o la fuerza mayor no aluden tanto al hecho, cuanto al requisito o cualidad jurídica. Y la primera negación, que se aprecia sobre la inexistencia de ella, corresponde al caso por el cual lo que puede pretenderse como caso fortuito o fuerza mayor, sea previsible o admita posibilidades de prevención. Si se trata de que el caso fortuito es un imprevisible o aquello a lo que no puedo anticiparme, para que no ocurran sus efectos, por defecto, lo previsible no lo es. La pandemia fue previsible, a pesar de la negligencia, y las medidas adoptadas para evitarla son —sin lugar a dudas— medidas de previsión o de prevención. No debe llevarnos al error la creencia de que la gravedad o la naturaleza del virus, convierte a sus efectos o a la pandemia en imprevisible. Por otra parte, cualquier centro laboral puede adoptar medidas para prevenir el contagio y en los casos en los cuales se adoptan medidas de aislamiento, con mayor razón es evidente la previsibilidad de los posibles problemas, que, por lo demás, no afectan a la actividad laboral o a sus procesos, sino a la capacidad individual para el desempeño de la labor que, como en todos los casos de enfermedad o accidente (profesional o no), solo producen o

justificación de inactividad laboral o suspensión del contrato de trabajo.

En cuanto a lo segundo, algo imposible de resistir (lo irresistible), debe ser aquello contra lo que no se puede oponer una fuerza o una acción, no se puede rechazar, tolerar o aguantar (DRAE); irresistible es aquello que, a pesar de lo que estoy en posibilidad de hacer y con los medios que dispongo, no lo puedo evitar o superar. Que no exista una vacuna, o que no se disponga de los medios necesarios para el tratamiento de la enfermedad, no califica al caso como irresistible para la continuidad de la empresa, del trabajo y del contrato. Una cuestión es lo que, en términos estrictos de la salud individual de una persona, puede ocurrir, y otra, muy lejos de la fuerza mayor, es que esa circunstancia o la pandemia, acrediten como causa suficiente de terminación de la empresa (El Comercio, 2, 2020), es decir, de imposibilidad de continuidad de ella, en las mismas circunstancias, que se prevé para el caso de la terminación por la muerte o incapacidad del empleador o extinción de la persona jurídica contratante, con la circunstancia de que, en este caso, la fuerza mayor alude al caso específico de la desaparición de la parte empleadora. No obstante, de existir quien pueda continuar con la empresa y negocio, la continuidad del contrato queda incólume. En el caso menos drástico, como lo explica Aramburo (2020): «Parece claro que la pandemia, por sí sola, no constituye ni hecho justificativo, ni causa extraña, pues son sus efectos en cada contrato en particular, dependiendo de cómo se afecte con las medidas adoptadas para combatirla, lo que determina, si en efecto se ha hecho imposible el cumplimiento del contrato con efectos liberatorios para el deudor [...]».

De todos modos, adicionalmente debo señalar que la legislación ecuatoriana, prevé posibilidades de suspensión y terminación del contrato, como ocurre en casos de liquidación de negocios del artículo 193 —que no requiere causal, sino la mera determinación unila-

teral y que, por lo mismo, obliga al pago de indemnizaciones por despido intempestivo, como ha ocurrido en todos los casos de los últimos 70 años, y condiciona la obligación de la recontractación, en caso de reinicio del negocio—, o del paro patronal o empresarial (*lock out*), cuyas causales constan en el artículo 531 —si por una crisis económica general o por causas especiales, que afecten directamente a una empresa o grupo de empresas, se imponga la suspensión del trabajo, como única opción para evitar la liquidación forzosa y por falta de materia prima imprevisible—. Estas posibilidades dejan claro que no se puede optar por cualquier criterio o posibilidad jurídica, nacida de una interpretación no sistémica de la norma jurídica. Dicho de otro modo, si el orden jurídico laboral prevé, que en casos de fuerza mayor o caso fortuito la empresa puede optar por soluciones regladas por el sistema normativo, es un absurdo asumir que caben otras opciones, amparado en un criterio y no en la norma.

Lo dicho deja en evidencia que resulta una ligereza asumir la posibilidad de la terminación unilateral del contrato de trabajo, pretendiendo justificar esa posición abusiva del empleador, como caso fortuito o fuerza mayor, peor si por tal opción, se pretende que corresponde a determinación de la parte interesada. Quienes han incurrido en esa decisión están inmersos en despido intempestivo, con todas las consecuencias legales que cupieren.

6.3.5. Finalmente, está el caso de la posibilidad de contagio de la persona trabajadora y la calificación del suceso, como enfermedad profesional o accidente de trabajo. No siendo necesario recorrer toda la conceptualización, que sobre esto se realiza en la *infortunística*, baste citar que nuestro Código del Trabajo se refiere a los riesgos de trabajo mencionados en los artículos 347 y siguientes y su trascendencia refiere a las responsabilidades, sobre todo indemnizatorias, que se debe a la persona trabajadora afectada, sea

que las cubra el IESS o el empleador, quien no afilió, o cuando la cobertura del primero no es posible. Sobre el asunto, conviene invocar el Convenio 121 sobre Prestaciones en Caso de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, cuyas prescripciones se encuentran incorporadas a la legislación nacional, tanto por vía del mismo ct, cuanto por la Ley del Régimen de Seguridad Social, a partir del artículo 155, especialmente.

Ha sido sorpresiva e injustificada la Resolución MDT 2020-022, de 28 de abril de 2020, que establece que la enfermedad del coronavirus covid-19 no constituye un accidente de trabajo, ni enfermedad profesional, en vista de que la OMS la declaró pandemia. En cuestión de horas, en una nueva resolución se habría hecho una rectificación, para excluir de la declaratoria a quienes laboran en el sistema de salud o tengan vínculo directo, entre la exposición a agentes biológicos, la actividad de la persona trabajadora y de la que resulte, que contrae la enfermedad. Sobre esta «perla» jurídica, además de lo que determina el citado convenio (que resulta violado por falta de una apropiada lectura de su contenido), he de mencionar que el IESS, con la debida antelación, emitió una guía para la calificación médica y técnica de los accidentes de trabajo por covid-19, en clara alusión a la calificación del suceso como un riesgo laboral. Adicionalmente, en varios países, esa condición es la que se ha admitido, sin ningún reparo. El caso más cercano a nuestro conocimiento es el del régimen español, como lo recogen varias notas periodísticas de estos días.

La cuestión es muy sencilla. Si una persona adquiere la enfermedad en el trayecto de la casa al trabajo o viceversa, se aplica la doctrina del accidente *in itinere* y se asimila al caso en el que ocurre un accidente de tránsito (o cualquier acontecimiento), que causa daño al trabajador o trabajadora y lo inhabilita para el trabajo parcial, total y temporal o permanentemente. Si la adopción ocurre, con motivo del trabajo que la persona afectada realiza,

podrá considerarse enfermedad profesional. No hay nada extraordinario, no requiere de ninguna otra posibilidad de razonamiento o regla especial que conocer y aplicar. La cuestión es que el alejamiento del régimen jurídico, que se exhibe entre muchos «laboralistas», produce estas penosas ocurrencias.

Conclusiones

La situación a la que nos ha llevado la crisis sanitaria por el covid-19 tiene una enorme cantidad de implicaciones en un solo momento histórico. Su complejidad ha puesto en tensión, sobre todo a las ciencias y a los científicos, para entender lo que puede suceder. Eso exige dimensionar las relaciones que se ponen en evidencia, a partir de hoy, denotando que las relaciones sociales, a las que estábamos acostumbrados como meros nexos interhumanos, están entrecruzadas por factores, que devienen de la condición natural que tenemos. Tales cuestiones obligan a vernos no solo desde la economía, la política, lo jurídico, etc., sino desde las correlaciones, que vienen desde la biología y de aquéllas propias de nuestra condición de «expresión o forma de la naturaleza», que redimensiona y eleva a otro nivel la necesidad de la comprensión de la condición humana y su necesidad de sociabilidad.

En las circunstancias que atravesamos, cabe valorar dos aspectos que, en condiciones normales, no se aprecian, porque la subjetividad se ocupa de dimensiones y relaciones prácticas, que provocan valoraciones diferentes. El primero, alude a la comprensión de lo que es la sociedad. Lo que normalmente percibimos como un mero conglomerado de sujetos, en el cual convivimos unos junto a otros, de manera yuxtapuesta, ahora vuelve a mostrarse, como una relación de interdependencia, de necesidad y auxilio mutuo; resaltando que la sociedad se creó o se desarrolló en función del auxilio al más débil, en el interés de facilitar los procesos de supervivencia de todos y, por lo tanto, como un requerimiento para lograr que todos subsistan. De

ello se desprende que el entramado social, no puede desentenderse de nadie de sus miembros, si respeta y valora la existencia de cada uno, más allá de la retórica moralista. Por razonamiento contrario, la situación de hoy evidencia, que la perversidad humana, la cual construyó el clasismo social, es contraria a la sana dinámica de la convivencia para auxiliarnos mutuamente, apoyarnos y lograr que todos sobrevivan. El interés social siempre debe estar por encima del individual y es perverso, ilegítimo e inmoral sobreponer el afán egoísta a cualquier propósito colectivo y el fin de la acumulación de fortunas, a sabiendas de la pobreza de enormes cantidades de seres humanos, es un aprovechamiento inmoral de la vida en sociedad.

Lo anterior implica asumir con toda entereza y honestidad la crítica a todas las vertientes del pensamiento, que enarbolan el individualismo y las libertades, como condición egoísta de existencia. A pesar de toda la retórica sobre la libertad y la elección, en la práctica, el liberalismo se constituyó en una apología de la disolución de todas las fuentes de cohesión y solidaridad social, afectando hasta la legitimidad política, sustituyendo la perspectiva de los individuos a la obtención de bienes materiales, como ética de éxito personal y contra el interés colectivo.

El otro aspecto se refiere al valor del trabajo. Sobre todo, a la valoración que damos a las actividades, que normalmente las hemos degradado o condenado a ser las más despreciadas y más bajas de la escala de los trabajos sociales: recoger la basura, por ejemplo. A esos trabajadores, se les niega un sinnúmero de derechos y esa negación o restricción proviene de quienes debieran, al contrario, protegerlos. En casos de negociación de contratos colectivos, los administradores de empresas municipales son despectivos, con las aspiraciones que tienen los trabajadores de este sector, habiéndose difundido una postura de satanización y deslegitimación a la pretensión de mejora de las condiciones laborales; ahora la estimación de esas

labores las ubica entre las más importantes de la convivencia humana. Sin embargo, quienes laboran en ellas son, precisamente, los más pobres y desprotegidos de nuestra sociedad. Esto no constituye desprecio, ni devaluación de los trabajos de las profesiones o de una enorme cantidad de actividades, que ha creado la división del trabajo. Se trata, primero, de valorar el trabajo de muchos seres humanos, a los que hemos ubicado en escalas sociales, que no se merecen; y, segundo, poner en evidencia que, gracias a la pauperización de unos, cuyos trabajos trascendentales han sido degradados o devaluados, por lo que se les condena a vivir en la pobreza, otros, en cambio, tenemos condiciones de vida más adecuadas. Y esa misma lógica aporta para que del trabajo de todos, unos pocos logren acumular riquezas exorbitantes, que no lograrán consumir, sino utilizar para ejercer poder e imponerse, a lo largo del tiempo —generación tras generación— al interés colectivo, impidiendo la existencia digna de la casi totalidad de seres humanos. La necesidad de responder con legislación justa a esas labores, tanto para proveerles de condiciones adecuadas para la ejecución de las actividades, cuanto para que sus remuneraciones también correspondan a ese esfuerzo y sacrificio, de modo que se dignifique su existencia y la de su familia, es un imperativo. En general, garantizar la estabilidad laboral, sobre todo en condiciones de crisis, es también imperativo.

La prelación de los problemas, como se puede apreciar, no corresponde a la que se pretende inducir desde los medios de comunicación o de las vocerías de sectores interesados. Lo primero es la vida humana y en función de ella, debe existir y funcionar todo proceso económico. Especialmente en sectores de alta sensibilidad para la existencia social, debe procurarse atender el interés de la existencia de las colectividades humanas y no el egoísta, que mira apenas a la estabilidad del negocio. Por lo mismo, reducir ganancias, compartir sacrificios, aportar a la solución de los problemas sociales son las mínimas reglas que debería observar todo empresario, en las condiciones

de amenaza tan graves a la existencia y convivencia humana. La posibilidad de que los procesos del ciclo económico-social se mantengan y funcionen, observando esas reglas, lejos de constituir una amenaza a los intereses de la estabilidad y sanidad económica constituyen la posibilidad cierta de mantenerlos; lo único que se altera son los volúmenes de acumulación de los que más concentran y centralizan la riqueza social. Las reglas jurídicas deben, por lo mismo, atender a esos propósitos, si pretenden ser reglas sociales, las cuales velen por el interés social. En ese sentido, cualquier acto de afectación al derecho de los más débiles o expuestos a las amenazas, como las que produce una pandemia, es éticamente una perversidad y, jurídicamente, una violación a derechos fundamentales, como el de la vida.

Por lo mismo, los daños de la pandemia deben ser compartidos y, especialmente, asumidos por los que más tienen. Es aberrante pretender que los que menos tienen, aporten a fondos eufemísticamente llamados «humanitarios», para, supuestamente, impedir la afectación al empleo, cuando lo que se busca es seguir sosteniendo las empresas y socializando las pérdidas, sin que los que concentran y centralizan la riqueza social sean afectados en lo más mínimo en los volúmenes de su riqueza.

Los recursos públicos deben servir para atender las necesidades de los más pobres o de los sectores con menores posibilidades de satisfacer necesidades básicas. La política de seguir alimentando, vía contrataciones y demás mecanismos de drenaje de los recursos públicos, a las grandes empresas, condena a la continuidad de las debilidades sociales y al incremento de sectores empobrecidos o impedidos de desarrollar sus capacidades económicas en beneficio de la sociedad. Esto devela que las políticas neoliberales no tienen sentido, a pesar de su retórica, y es indispensable dar un viraje histórico en las políticas públicas, para concentrar el grueso de los recursos públicos o del patrimonio social, a fin de incentivar a los sectores de menor desarrollo económico y

tecnológico y, con esas dinámicas, sustentar el desarrollo de servicios públicos fortalecidos y óptimos para atender la demanda social. El abandono irresponsable de estos servicios o áreas de la vida social es lo que ha sido puesto en cuestionamiento radical en esta crisis.

En perspectiva, hay una enorme cantidad de temas, que *lege ferenda* deberán ser resueltos. La posibilidad de que las soluciones jurídicas sean las que beneficien al conjunto de la sociedad depende de cómo se resuelvan las disputas, que se han advertido, como consecuencia de la «vuelta del Estado» y los intereses autoritarios, que exhiben los sectores de la burguesía imperialista transnacional y sus aliados al interior de los Estados nacionales. Las organizaciones sociales y los intelectuales, quienes luchamos por la vida y los derechos, tenemos desafíos enormes en este escenario, los cuales empiezan por la necesidad de desnudar el discurso ideológico del sistema y la necesidad de propiciar la revalorización del trabajo.

REFERENCIAS

- Adrián, Tobías y Natalucci, Fabio. (2020). La crisis de la COVID-19 es una amenaza para la estabilidad financiera. *FMI*. <https://blog-dialogoafondo.imf.org/?p=13195>.
- Agamben, Giorgio *et al.* (2020). *Sopa de Wuhan. Pensamiento contemporáneo en tiempo de pandemias*. Editorial ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio).
- Aharonian, Aram. (2020). *Pandemia y capitalismo de vigilancia*. <https://www.alainet.org/es/articulo/206165>
- Aramburu, Maximiliano. (2020). *Pandemia y fuerza mayor*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/administrativo-y-contratacion/pandemia-y-fuerza-mayor>
- Arce, Luis Manuel. (2020). *El coronavirus: extremaunción del capitalismo neoliberal*. <https://www.alainet.org/es/articulo/205556>
- Banco Mundial. (abril, 2020). *La economía en los tiempos del COVID-19*. Informe semestral de la región América Latina y el Caribe.
- Barrio Andrés, Moisés. (2020). Entrevista en relación a su libro *Legal Tech. La transformación digital de la abogacía*. Wolters Kluwer. https://tienda.wolterskluwer.es/c/coleccion-legal-tech?utm_medium=email&utm_source=WKES_BOO_BOO_ColecLegalLT-0420-EM1A_LFM_%2f18364&utm_campaign=WKES_BOO_BOO_coleclegalt-0420-LFM_%2f18364&utm_source=eloqua&utm_econtactid=-cwolt000021068715
- Bassets, Marc y Touraine, Alain. (28 3 2020). Esta crisis va a empujar hacia arriba a los cuidadores. *El País*. <https://elpais.com/ideas/2020-03-28/alain-touraine-esta-crisis-va-a-empujar-hacia-arriba-a-los-cuidadores.html>
- Boff, Leonardo. (2020) *La fuerza de los pequeños*. https://www.religiondigital.org/leonardo_boff_la_fuerza_de_los_pequenos/Leonardo-Boff-coronavirus-desastre-capitalismo-emergencia-sanitaria-cambio-paradigma_7_2216848298.html
- Boff, Leonardo. (2020). *El coronavirus es el perfecto desastre para el capitalismo del desastre*.
- Carpio, Patricio. (2020). Pandemias del mal desarrollo: Ecuador al desnudo. *PLAN V*. <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/pandemias-del-mal-desarrollo-ecuador-al-desnudo>
- Castro, Rubén Darío. (2020). Breves comentarios sobre el proyecto de ley orgánica de apoyo humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19 (la cuestión laboral). Academia.edu.
- CIDH. (2020). *Pandemia y derechos humanos en las Américas*. Resolución I/2020.
- CIDH. Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). *COVID-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con*

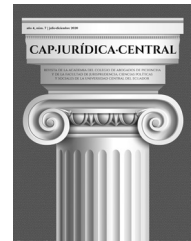
- perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales*. http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_esp.pdf
- consalud. (2020). El Gobierno rectifica y considera el contagio por coronavirus accidente laboral a todos los efectos.
- Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP). (2020). *Normativa aplicada en el estado de excepción*.
- Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP). (2020). Por el COVID-19. *Ebook*. Quito. http://www.cepweb.com.ec/ebook-cep/index.php?id_product=466&controller=product
- Cuvi, Juan. (2020). Biopolítica. *plan v*. <https://www.planv.com.ec/ideas/ideas/biopolitica>. Quito.
- De la Torre, Augusto. (2020). (publicación de Martín Pallares). <https://soundcloud.com/martin-pallares-448214839/augusto-de-la-torre-12-abr-1>
- De León, Mario Enrique. (2020). *Anotaciones en cuarentena: el coronavirus, el estado de excepción y la biopolítica*. <https://www.alainet.org/es/articulo/205576>
- De Vita, Verónica. (2020). *El teletrabajo ha generado más estrés y también ha obligado a ampliar el horario laboral*. <https://www.lo-sandes.com.ar/article/view?slug=el-teletrabajo-ha-generado-mas-estres-y-tambien-ha-obligado-a-ampliar-el-horario-laboral>
- Dierckxsens, Wim y Formento, W. (2020). *Coronavirus y crisis sistémica del capitalismo*. <https://www.alainet.org/es/articulo/205577>
- Ecuador en vivo. (2020). Augusto de la Torre desde la comodidad de Washington recomienda bajar el salario mínimo. Ecuador en vivo.
- Egan, Matt. (2020). El peor día: el petróleo de EE. UU. termina a US\$ -37 (sí, eso es un número negativo). *CNN*.
- El Comercio 1. (2020). Mario Vargas Llosa ve peligro en las libertades públicas por la pandemia de coronavirus. <https://elcomercio.pe/luces/libros/coronavirus-mario-vargas-llosa-ve-peligro-en-las-libertades-publicas-por-la-pandemia-del-covid-19-nndc-noticia/?ref=ecr>
- El Comercio 2. (2020). Evelyn Tapia. Terminación de contrato laboral por fuerza mayor aplica solo si la empresa dejó de operar. <https://www.elcomercio.com/actualidad/despidos-fuerza-mayor-coronavirus-covid19.html>
- El Comercio 2. (2020). ONU denuncia represión de la información y la prensa en la pandemia. <https://www.elcomercio.com/actualidad/onu-represion-informacion-prensa-bachelet.html>
- Fariza, Ignacio. (2020). Anatomía de una (difícil) recuperación. *El País*.
- Gambina, Julio. (2020). *Pandemia, salud y economía*. <https://www.alainet.org/es/articulo/205558>
- Gangotena, Santiago. (2020). Te doy, no te quito. Carta de Santiago Gangotena al presidente Moreno. *Revista Aula Magna*, Universidad San Francisco de Quito. <https://aulamagna.usfq.edu.ec/?p=11305>
- Georgieva, Kristalina. (2020). Una crisis mundial como ninguna otra necesita una respuesta mundial como ninguna otra. *Diálogo a fondo*. FMI. <https://blog-dialogoafondo.imf.org/?p=13272>
- González, Jesús. (2020). El mundo se adentra en la recesión. Los flujos del comercio mundial descienden más que en la crisis financiera de 2008. *El País*. <https://el-pais.com/economia/2020-04-08/los-indicadores-apuntan-que-el-mundo-ha-entrado-en-recesion.html>
- Gray, John. (2019). *Siete tipos de ateísmo*. Editorial Sexto Piso.
- Gray, John. (2020). Adiós globalización, empieza un mundo nuevo. O por qué esta crisis es un punto de inflexión en la historia. *El País*. https://elpais.com/ideas/2020-04-11/adios-globalizacion-empieza-un-mundo-nuevo.html?event_log=oklogin&o=cerrado&prod=regcrart

- <http://www.ecuadorenvivo.com/politica/83-videos/120280-augusto-de-la-torre-desde-la-comodidad-de-washington-recomienda-bajar-el-salario-minimo.html>
- <https://cnnespanol.cnn.com/2020/04/20/el-peor-dia-el-petroleo-de-ee-uu-termina-a-us-37-si-eso-es-un-numero-negativo/>
- <https://elpais.com/economia/2020-04-18/la-recuperacion-se-aleja-de-la-v-y-se-acerca-al-logo-de-nike.html>
- https://www.consalud.es/pacientes/especial-coronavirus/gobierno-rectifica-contagio-coronavirus-accidente-laboral-efectos_77416_102.html
- Katz, Claudio. (2020). *La pandemia que estremece al capitalismo (II)*. <https://www.alainet.org/es/articulo/206086>
- Lichfield, Gideon. (2020). Aceptémoslo, el estilo de vida que conocíamos no va a volver nunca. Ana, Milutinovic (Trad.). *mit Technology Review. Sección Tecnología y Sociedad*.
- Nieto Martín, Adán. (2020). *El Derecho Penal ante el coronavirus: entre el estado de emergencia y la gobernanza global*. <https://almacenederecho.org/el-derecho-penal-ante-el-coronavirus-entre-el-estado-de-emergencia-y-la-gobernanza-global/>
- Noticias jurídicas. (2020). Coronavirus: moratoria de deuda hipotecaria para la adquisición de vivienda habitual. Madrid. <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/14968-coronavirus-moratoria-de-deuda-hipotecaria-para-la-adquisicion-de-vivienda-habitual/>
- Okamoto, Geoffrey. (2020). La línea de liquidez a corto plazo: una nueva herramienta del FMI para proporcionar ayuda en la crisis. *Diálogo a fondo. FMI*. <https://blog-dialogoafondo.imf.org/?p=13281>
- Pérez Bustamante y Ponce. (2020). IESS emite guía para la calificación del COVID-19 como accidente de trabajo. <https://www.pbplaw.com/es/iess-emite-guia-para-la-calificacion-del-covid-19-como-accidente-de-trabajo/>
- Preciado, Paúl. (2020). Encerrar y vigilar: Paúl Preciado y la gestión de las epidemias como un reflejo de la soberanía política. <https://www.lavaca.org/portada/encerrar-y-vigilar-paul-preciado-y-la-gestion-de-las-epidemias-como-un-reflejo-de-la-soberania-politica/>
- Revista Vistazo 1. (9-04-2020). Editores Nacionales S. A.
- Revista Vistazo 2. (23-04-2020). Editores Nacionales S. A.
- Rodríguez, Adriana. (2020). Guayaquil, el coronavirus y la barbarie de la desigualdad. *La línea de fuego*. <https://rebellion.org/guayaquil-el-coronavirus-y-la-barbarie-de-la-desigualdad/>
- Romero, Geovanny. (2020). Comunicación política en tiempos de crisis: covid-19 como un caso urgente de estudio. *Infobae*. <https://www.infobae.com/america/opinion/2020/04/05/comunicacion-politica-en-tiempos-de-crisis-covid-19-como-un-caso-urgente-de-estudio/>
- Sierra, Gustavo. (2020). El mundo después del coronavirus. *Infobae*. <https://www.infobae.com/america/mundo/2020/03/28/el-mundo-despues-del-coronavirus/>
- Verzi Rangel, Álvaro. (2020). *El desmantelamiento de la salud pública y las personas más vulnerables*. <https://www.alainet.org/es/articulo/205557>
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2020). *Derecho penal humano*. Conferencia. cesjul. <https://www.youtube.com/watch?v=0cJd-wXQjz4Q&t=3903s>
- Zeballos-Roig, Joseph. (2020). El FMI insta a los gobiernos a considerar imponer nuevos impuestos sobre la riqueza para conseguir liquidez mientras el coronavirus destroza la economía mundial. <https://www.businessinsider.es/coronavirus-fmi-instar-imponer-nuevos-impuestos-riqueza-626287>

El virus de la corrupción y su combate en los casos de la transnacional Odebrecht

The corruption virus and anti-corruption cases of the transnational Odebrecht

DAVID PADILLA MORENO
Investigador independiente
ORCID: 0000-0002-0071-2054



Recibido:
17/07/2020

Aceptado:
30/07/2020

Resumen

La corrupción es una de las mayores deudas que tienen las democracias modernas de los países en desarrollo. Desde los albores de la humanidad ha existido este mal, que ahora marca la diferencia entre países serios, desarrollados y con instituciones sólidas y confiables, frente a países pobres, donde el poder está por sobre la ley. Es importante conocer el marco jurídico para combatir este flagelo: normativa internacional, nacional, y saber que el cometimiento de actos de corrupción lesiona gravemente incluso los derechos humanos. Se analizan también diversas razones que dificultan desterrar este virus, desde lo económico, lo político-administrativo y lo social y cultural. Finalmente, se verifica cómo en la vida real una reconocida y millonaria empresa privada transnacional (Odebrecht) corrompió a casi todos los países del continente, haciendo un especial análisis de lo ocurrido en las jurisdicciones de Brasil, Perú, Ecuador y Colombia.

Palabras clave

Corrupción, historia, derecho internacional, derechos humanos, aspectos económicos, político-administrativos, sociales y culturales, casos Lava Jato-Odebrecht.

Abstract

Corruption is one of the biggest debts of modern democracies in developing countries. Since the dawn of humanity, this evil has existed, which now marks the difference between serious, developed countries with solid and reliable institutions compared to poor countries, where power is above the Law. It is important to know the legal framework to combat this scourge: international and national regulations, and to know that the commission of acts of corruption seriously damage even Human Rights. The various reasons which make difficult to banish this virus are also

analyzed from the economic, political-administrative, social, and cultural aspects. Finally, it is verified how in real life a recognized and wealthy private transnational company (Odebrecht) corrupted almost all the countries of the continent, making a special analysis of what happened in the jurisdictions of Brazil, Peru, Ecuador, and Colombia.

Keywords

Corruption, history, International Law, Human rights, economic, political-administrative, social, and cultural aspects, Lava Jato-Odebrecht Cases.

Introducción

Desde hace décadas, ha sido costumbre ver en la cultura latinoamericana infinidad de actos que, para otras sociedades, podrían ser considerados reñidos con la ética. Desde educar a los niños para que sean astutos, que no se dejen ver la cara de ingenuos, pasando por entender los contactos o buenas amistades, como una ventaja para luego pedir u otorgar cualquier tipo de favores, hasta aceptar exigencias de autoridades para facilitar un trámite (por ejemplo, los sonados recientes casos de entrega irregular de carnés de discapacidad), o para evitar que se apliquen sanciones, que deberían o no corresponder (clásicas coimas de la fuerza pública, en temas de tránsito vehicular, por poner un mínimo ejemplo); reflejan los grados de percepción de la corrupción, que se analiza en las distintas sociedades. Eso ha llevado actualmente a que se diferencie, entre aquellas culturas más desarrolladas, en las cuales los índices de corrupción son bajos, por cuanto, aunque existe, se halla en pequeñas esferas económicas o sociales; mientras que en otras, los índices son muy elevados, puesto que en todo nivel hay riesgos de que exista este virus, que es la corrupción.

Uno de los principales problemas que aqueja hoy en día al progreso de las naciones

en esta región del mundo, que lesiona la institucionalidad, como la falta de legitimidad en los poderes constituidos, y que mantiene baja la credibilidad en las acciones de los gobiernos, para mejorar los niveles de crecimiento y reducción de la pobreza, son los elevados índices de corrupción, que parecen no tener límites.¹ El flagelo, que este mal representa, puede ser una de las principales causas por las que Sudamérica, potencialmente rica en recursos naturales y capital humano, siga perteneciendo a la categoría de países en desarrollo (antes llamados del tercer mundo).

Pareciera que combatir la corrupción podría ser fácil, si el derecho, como norma que regula las conductas de las personas en sociedad, estableciera de modo claro su definición y la forma de combatirla, sancionarla, atado a la existencia de verdaderas instituciones, que busquen y consigan aplicar eficientemente tales normas. Para ello, sería adecuado estudiar de qué manera los Estados han tipificado en sus ordenamientos jurídicos lo que significa «corrupción», si se han dispuesto procedimientos efectivos para combatirla y eliminarla, y si existen o no verdaderos precedentes jurisprudenciales, en los cuales se haya condenado a los partícipes de tales actos no solo a cumplir penas de privación de libertad, contra los autores, cómplices y encubridores,

1 Al respecto, Javier Zavala Egas indica: «[...] ciertamente, la corrupción al trastocar los valores de la ciudadanía y la juventud confunde lo que es correcto con lo incorrecto. Se crea la cultura de la tolerancia con el pícaro triunfador y éste, en vez de ser un marginado, pasa a ser pieza clave de gremios y grupos de tipo social, cultural, profesional y también políticos. La sociedad tolera la inmoralidad e, inclusive, políticamente se dice que no importa que robe, con tal que el funcionario público trabaje». Zavala Egas, J. (1998). Corrupción política, el caso del Ecuador. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). <http://old.clad.org/documentos/otros-documentos/corrupecion-politica-el-caso-del-ecuador>

sino, y sobre todo, consiguiendo la recuperación o devolución de los dineros públicos, producto de tales actos de corrupción.

Igualmente, sería adecuado analizar los mecanismos creados para combatir este mal endémico, desde los aspectos jurídicos, económicos, político-administrativos y sociales, que permitan reflejar si se están o no consiguiendo resultados adecuados contra este virus, que carcome los escasos recursos de ciertas débiles economías; no sin antes hacer una referencia histórica breve de la corrupción, que data desde los principios de la humanidad.

Breve historia de la corrupción

En el reinado de Ramsés IX, en el año 1100 a. C., ya se detectaba corrupción en el poderoso Imperio egipcio, cuando un antiguo funcionario del faraón denunció los negocios sucios de otro funcionario al asociarse con una banda de profanadores de tumbas. En el Imperio griego, en el año 324 a. C., Demóstenes fue acusado de haberse apoderado de sumas depositadas en la Acrópolis, por el tesorero de Alejandro, siendo condenado y obligado a huir, y Pericles fue acusado de haber especulado sobre los trabajos de construcción del Partenón.² «En la antigüedad, engrasar las ruedas era una costumbre tan difundida como hoy y considerada, en algún caso, incluso lícita».³

En el Imperio romano existieron dos penas severas para combatir la corrupción: el exilio o el suicidio (ésta permitía mantener el honor). Sin embargo, los textos relatan varios casos de corrupción: el del gobernador de Sicilia; casos de Catón; el del general Escipión; de los gobernadores de Julio César; caso del

Teatro de Nicea (cuyo costo de construcción fue excesivo, pero estaba lleno de grietas y fue más conveniente destruirlo, similar a las obras faraónicas mal hechas de nuestros tiempos).

En la Edad Media, con la difusión de la religión católica, el robar pasó a ser un pecado, que con la confesión se podía limpiar (recordemos que ya Judas Iscariote vendió a Jesús por treinta monedas de plata).

En el siglo XIII, se imponían feroces impuestos a los súbditos y se les obligaba a fuertes donaciones, que iban a las arcas privadas del rey de Francia. En Italia, Dante criticaba a los corruptos, pero fue declarado culpable de haber recibido dinero a cambio de la elección de autoridades, siendo condenado al exilio. El papado de los Borja merecería un capítulo aparte. Y en España, se ha dicho que: «La aceptación de la corrupción es una construcción cultural y, desgraciadamente, en España queda hasta simpática».⁴

Ya en la Francia republicana, se han mencionado casos de personajes como Mazarino y Richelieu, siendo algo aparte el régimen de Bonaparte (con Talleyrand). En Inglaterra, Adam Smith admitía que: «El vulgarmente llamado estadista o político es un sujeto, cuyas decisiones están condicionadas por intereses personales». Alexis de Tocqueville señalaba que: «En los gobiernos aristocráticos, los hombres que acceden a los asuntos públicos son ricos y sólo anhelan el poder; mientras que en las democracias los hombres de Estado son pobres y tienen que hacer su fortuna», a costa del Estado.⁵

Con la llegada del fascismo y el comunismo en el siglo XX, la corrupción entra a formar parte directa del funcionamiento del

2 Sandri, P. M. (2012). Historia de la corrupción. En La Vanguardia. <https://www.lavanguardia.com/estilos-de-vida/20120803/54331562523/historia-de-la-corrupcion.html>

3 Brioschi, C. A. (2010). Breve historia de la corrupción. Madrid: Taurus, p. 198.

4 En la literatura, tenemos que Sancho Panza, en El Quijote, exclama: «Yéndome desnudo, como me estoy yendo, está claro que he gobernado como un ángel». Alvar, A. (2010). El duque de Lerma, corrupción y desmoralización en la España del siglo XVII. Madrid: La esfera de los libros, p. 324.

5 Sandri, P. M. Historia de la corrupción. *op. cit.*, p. 220.

Estado. Incluso, Churchill decía que: «Un mínimo de corrupción sirve como un lubricante benéfico para el funcionamiento de la máquina de la democracia». Cecil Rhodes, quien ayudaba a saquear las riquezas de África para los británicos, tenía una máxima: «Cada uno tiene su precio».⁶

En Latinoamérica, en las épocas colonial, independentista y republicana, los abusos, atropellos, enriquecimientos injustificados eran pan de cada día. Y antes de ello, entre los antepasados indígenas, existía el *ama shua* (no robar), conocida como una disciplina férrea y jerárquica, que sancionaba drásticamente lo que iba en contra de los preceptos considerados como los adecuados.⁷ Sin embargo, es sabido que el Imperio inca, por ejemplo, ya estaba internamente debilitado, por codicias de poder y guerras civiles internas, antes de la llegada de los españoles.⁸

En el último cuarto del siglo pasado, Latinoamérica vivió plagada de dictaduras, muchas de ellas promovidas desde fuera, a fin de evitar la implantación de sistemas comunistas; desde el retorno a los sistemas democráticos, los países de la región han tenido que irse refundando poco a poco, estableciendo normas más o menos adaptadas a sus nuevas realidades y necesidades de crecimiento económico. Las normas de derecho penal no tipificaron en una buena parte de casos los delitos contra la cosa pública, pues los antes dictadores —

mayoritariamente pertenecientes a las fuerzas militares— no iban a permitir, que las renacientes democracias investiguen o controlen el manejo que hicieron del dinero público. Y, asimismo, muchos de los flamantes regímenes electos por el pueblo siguieron ejecutando actos reñidos con la ética, siendo evidente la falta de promulgación de normas —o su debida aplicación—, que combatan la mala administración de esos recursos públicos.⁹

Aspectos jurídicos del combate a la corrupción

Normativa internacional

La difusión de escándalos de corrupción en los últimos años del siglo pasado hizo que se vuelva indispensable la creación de normas para combatirla, lo que llevó a que, en el ámbito de las Américas, se emita en Caracas, en marzo de 1996, la *Convención Interamericana contra la Corrupción*, cuyos propósitos son promover y fortalecer el desarrollo, por parte de cada uno de los países, y buscar los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas.¹⁰

Como hito multilateral más importante en esta lucha, se tiene que la Asamblea General de Naciones Unidas, el 31 de octubre de 2003, adoptó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), la

6 Sandri, P. M. Historia de la corrupción. *op. cit.*, p. 220.

7 «Estudios señalan la moral rígida y efectiva ejercida por el Inca en el Tahuantinsuyo, que sancionaba hasta con pena de muerte las faltas administrativas, relacionadas con la riqueza del imperio. Incluso, los funcionarios que no cumplían con sus deberes, eran considerados ladrones y eran castigados». Contraloría General de la República del Perú. (2013). *La Contraloría cuenta su historia*. Lima.

8 «El final del Imperio de los incas estaba decretado no por el mandato vacío de los oráculos, sino por el abandono de las normas esenciales de humanidad y severidad moral, y de las fuerzas tradicionales, que habían hecho la grandeza de la cultura incaica». Porrás Barrenechea, R. (1935). La caída del imperio incaico. En revista de la PUCP, Lima: pp. 142-148. http://sisbib.unmsm.edu.pe/bivirtual/libros/linguistica/legado_quechua/la_caida.htm

9 El politólogo Cayetano Llovera nos explica y dice: «Ahora cuando ganamos espacios democráticos es cuando aparecen más corruptos. No es que las dictaduras no hayan sido corruptas lo que pasa es que ahora se ve con toda claridad a los pillos». Zavala Egas, J. (1998). *Corrupción política, el caso del Ecuador. op. cit.*

10 El ex Secretario General de la OEA, César Gaviria, expresó que: «La corrupción es una de las más graves amenazas para la democracia, distorsiona los sistemas económicos y constituye un factor de desintegración social». Zavala Egas, J. (1998). *Corrupción política, el caso del Ecuador. op. cit.*

cual contempla una definición de funcionario público (artículo 2), desarrolla el tipo del soborno en sus artículos 15, 16 y 21, la malversación o peculado, en los artículos 17 y 22, el tráfico de influencias, en el artículo 18, el abuso de funciones, en el artículo 19, el enriquecimiento ilícito, en el artículo 20, el blanqueo de dinero en el artículo 23; también desarrolla aspectos adjetivos para perseguir estos ilícitos (artículos 29 a 32, 42, 46, 49, 55, 56), tales como prescripción, sanciones, incautaciones, testigos, jurisdicción, asistencia judicial, investigaciones conjuntas; establece ciertas consecuencias por los actos de corrupción (artículo 33), prevé los modos de cooperación —nacional e internacional— para perseguir estos delitos (artículos 37 a 39, 43, 44 —extradición—, 48); desarrolla la figura de la recuperación de activos (artículos 51 a 58) y da pautas respecto a la asistencia técnica e intercambio de información (artículos 60 a 62). La CNUCC exige que los Estados adopten normativa nacional que proteja a los denunciantes (*whistleblowers* o *soplones*), que ayuden a los fiscales a conocer más y mejores detalles de los actos de corrupción, dándoles protección e incluso incentivándolos, con tratos preferenciales, en caso de ser partícipes de tales actos. Los derechos amenazados de los defensores anticorrupción, los cuales deben ser tutelados, se resumen en la vulneración a su libertad de opinión y de expresión, el derecho a la libertad, a la seguridad personal y a la privacidad.

Otras normas importantes para los países sudamericanos son la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la cual da un tratamiento internacional al tipo penal del soborno (artículos 8 a 11, «Penalización de la corrupción», «Medidas contra la corrupción», «Responsabilidad de las personas jurídicas», «Proceso, fallo y sanciones»); y, la *Declaración de Seúl*, adoptada en la XI Conferencia Internacional Anticorrupción.

Alguna normativa de derecho internacional comparado relevante puede ser la

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789; la Convención de la Justicia Criminal sobre la Corrupción del Consejo de Europa; el Convenio Civil sobre Corrupción del Consejo de Europa; la Convención de 1997 de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Corrupción de Funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros; la Decisión Marco para Combatir la Corrupción en el Sector Privado del Consejo de la Unión Europea; la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE); la Declaración de Nairobi, adoptada por la Conferencia Regional sobre las Dimensiones de la Corrupción en los Derechos Humanos, convocada por la Comisión de Derechos Humanos de Kenia (KNCHR); y, los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial; aunque algunas son *soft law*, pueden ayudar a interpretar las normas de manera más eficiente.

Normativa nacional

Comenzado el presente siglo, el Ecuador ha mostrado reflejar en su normativa interna los compromisos anticorrupción asumidos internacionalmente; pues es claro que, desde un punto de vista jurídico, aquellas normas propias del derecho internacional clásico no pueden ser invocadas y aplicadas directamente en procesos investigativos concretos a nivel nacional.

El estado actual del marco jurídico anticorrupción en el Ecuador permite diferenciar, entre las instituciones creadas por diversa normativa para combatir la corrupción, y las normas que tipifican las diversas conductas relacionadas a este tipo de ilícitos. A las primeras, nos referiremos en los aspectos político-administrativos del presente texto (remisión al acápite 5 siguiente), y en cuanto a las diversas normativas, cabe referir lo que prevé la Constitución de la República, en el artículo

3 señala que, entre los deberes primordiales del Estado, está el «garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción». El artículo 83 señala como deber y responsabilidad de los ecuatorianos «administrar honradamente y con apego irrestricto a la ley el patrimonio público, y denunciar y combatir los actos de corrupción». Los artículos 204 al 210 incluyen la lucha contra la corrupción, entre los deberes y atribuciones de la Función de Transparencia y Control Social y del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. El artículo 233 señala que:

Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.

El Código Orgánico Integral Penal (COIP), emitido en agosto de 2014, prevé en la Sección tercera, Capítulo quinto, los delitos contra la eficiencia de la administración pública y tipifica el peculado (artículo 278), el enriquecimiento ilícito (artículo 279), el cohecho (artículo 280), la concusión (artículo 281), el tráfico de influencias (artículo 285), el testaferrismo (artículo 289), la delincuencia organizada (artículo 369), la asociación ilícita (artículo 370). El artículo 317 hace referencia al lavado de activos. El referido Código prevé también el mecanismo de cooperación eficaz, por el cual un investigado puede otorgar útil información a la Fiscalía, sobre los hechos y responsables de los pre-

suntos ilícitos a cambio de una reducción de la condena (artículo 491).

Con el referéndum del año 2018, se estableció la inhabilitación para contratar con el Estado para aquellos que tengan sentencias condenatorias por delitos de corrupción (artículo 60, numeral 14); en cuyos casos el juez obligatoriamente les suprimirá a los culpables los derechos de participación política por un lapso entre diez y veinticinco años (artículo 68).

Otras leyes, que ayudan a transparentar el manejo de los asuntos del Estado, a regular las compras públicas, la contratación de los funcionarios públicos y el financiamiento de los partidos políticos y las campañas electorales son: Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP), Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNC), Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP) y Código de la Democracia.¹¹ Muchas de estas leyes han sufrido reformas. Asimismo, cabe agregar en esta enmarañada normativa el proyecto de Ley Anticorrupción, remitido por el Ejecutivo hace más de ocho meses al Legislativo, como segundo intento, que hasta ahora sigue en espera de ser atendido. Por tanto, la realidad muestra —una vez más— que las normas pueden existir, estar más o menos bien redactadas, pero su nula, incorrecta o inadecuada aplicación es lo que lamentablemente hace que la corrupción en el Ecuador siga siendo, hasta el día de hoy, uno de sus principales males.

De modo general, vemos que los Estados, y el Ecuador en particular, no tipifican en sus ordenamientos lo que significa «corrupción», sino las diversas conductas, que se engloban en ese concepto genérico;¹² tampoco existen vastos y verdaderos precedentes jurisprudenciales, en los cuales se haya condenado a los partícipes de tales actos, incluyendo la

11 Grupo Faro. (2019). *Informe de avance a la política pública de lucha contra la corrupción*. Quito.

12 Novoa Curich, Y. L. (2016). ¿Son las convenciones de lucha contra la corrupción tratados de Derechos Humanos? En *Revista de Derecho*, Edit. Themis, pp. 301-314.

recuperación y/o devolución de los dineros públicos, objeto de los mismos (al punto que permita generar escarmiento), o menos aún, precedentes exitosos de aplicación del derecho de repetición,¹³ en los cuales se condene a los causantes de la malversación de fondos públicos al resarcimiento económico del daño causado al Estado.

En definitiva, aunque existen normas internacionales, regionales y nacionales que regulan el combate contra varios delitos, que englobarían la corrupción (peculado, enriquecimiento ilícito, malversación de fondos, etc.), sería adecuado contar con un verdadero nivel de efectividad (aceptación y aplicación) de tales normas, y de este modo la sociedad pueda percibir que, en la práctica, esas normas son útiles para casos concretos; pues los esfuerzos logrados hasta ahora, no han sido suficientes frente a los permanentes escándalos en la materia, que constantemente se presentan y que demuestran el elevado índice de percepción de corrupción que tienen los países.¹⁴

Vulneración de los derechos humanos a través de actos de corrupción

La corrupción afecta simultáneamente varios derechos, directa o indirectamente, como la igualdad, la no discriminación, la justicia eficaz y eficiente, el acceso a servicios públicos de calidad, al desarrollo y crecimiento, la protección del medio ambiente, en definitiva, derechos humanos, cuya protección debería primar en democracias modernas.

Desde esa perspectiva, las organizaciones de la sociedad civil, incluyendo las organizaciones no gubernamentales, las asociaciones

o gremios empresariales de industriales y de trabajadores, los institutos de investigación, la academia y los medios de comunicación, que realmente quieran luchar eficientemente contra la corrupción, tendrían un papel crucial en los esfuerzos, tanto para combatirla, como para promover y proteger los derechos humanos. Sin embargo, aunque gran parte del trabajo que realizan algunas de esas entidades es complementario, las organizaciones de derechos humanos y anticorrupción no colaboran regularmente entre sí y tampoco comparten sus conocimientos y sus experiencias, salvo algunas excepciones importantes. Debería entonces planificarse mecanismos, a fin de que las instituciones (nacionales, regionales e internacionales) de protección de los derechos humanos puedan ayudar a fortalecer el impacto de las organizaciones anticorrupción.

Por ejemplo, se tiene que en el acceso a una justicia transparente y sin dilaciones, si no se respetan los estándares mínimos del debido proceso, no se pueden alcanzar tales fines. Sin embargo, es preciso buscar mecanismos que permitan combatir esa realidad, la cual resta credibilidad en la institucionalización de los Estados. Actualmente, se ha previsto atacar las decisiones judiciales emanadas de sistemas corruptos, acudiendo a mecanismos regionales o internacionales de violación de los derechos humanos. Cuando la corrupción es generalizada, las personas no tienen acceso a la justicia, se sienten inseguras y no pueden proteger sus medios de subsistencia.

Otro ejemplo, tenemos en el acceso a la salud, a la educación, a la vivienda, a la alimentación y al agua potable, respecto de los

13 Acción de repetición prevista en el artículo 11, numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador, desarrollada en el artículo 344 del Código Orgánico Administrativo.

14 Para el año 2019, tal índice para el Ecuador reflejó 38/100, siendo lo cercano a 0 lo altamente corrupto y al 100 lo muy limpio. Otros países de la región reflejan índices inmediatamente cercanos: Brasil 35/100, Perú 36/100 y Colombia 37/100. Según ese *ranking* de Transparencia Internacional, se ha dicho que los países con muy poca corrupción son los escandinavos, que podría presumirse se debe a la influencia de la ética luterana (no prevé la confesión de los pecados para lograr la absolución), pero, sobre todo, es el corte socialdemócrata el cual los hace más homogéneos, donde sus ciudadanos se sienten iguales y no toleran que alguien saque ventajas de forma ilegal, sumado al elevado nivel de contratación colectiva laboral, que hace que los trabajadores se sientan protegidos y no duden en denunciar prácticas ilegales.

cuales se han creado ciertos estándares para medir la calidad de dichos servicios públicos, tales como la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la adaptabilidad. Si estos estándares no se cumplen o lo hacen, pero en forma parcial, una causa seguramente puede ser la corrupción en la provisión de tales servicios, ya que ésta genera la carencia, disminución de la calidad, incremento de los costos, pérdida de materiales, generación de gastos o, sencillamente, la destrucción del servicio o el volverlo inalcanzable.¹⁵

Concretamente, podemos ver que en el área de la salud, la corrupción ocurre en tres ámbitos principalmente: en la administración de los recursos financieros (asignación y ejecución de presupuesto); en la distribución de suministros médicos (compra, mercadeo) y en las relaciones de los trabajadores de la salud con los pacientes.

En otras áreas relacionadas también se puede analizar la malversación de fondos, especialmente de los destinados a los programas sociales, cuya práctica corrupta puede afectar a un amplio espectro de derechos humanos. Cuando se malgasta el dinero público, no se maximiza el uso de tales recursos para lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Algunos especialistas han indicado que los actos de corrupción, pueden violar directamente un derecho humano (un soborno a un juez vulnera su independencia e imparcialidad, afectando el derecho a un juicio justo; un soborno a un médico para tener atención preferente de la salud, o a un funcionario para obtener un cupo en una escuela, violan directamente el derecho a la salud o a la educación de los demás) y pueden conducir a la violación

de un derecho humano (aunque no lo violen directamente, como condición necesaria).¹⁶

Por tanto, las anteriores reflexiones muestran la necesidad de un trabajo conjunto, entre las organizaciones que promueven la protección de los derechos humanos y aquellas que buscan combatir la corrupción, puesto que ambas tienen un interés común en analizar las erogaciones de los presupuestos públicos, pudiendo combinar sus esfuerzos para que los gobiernos reflejen información precisa y no compleja sobre sus gastos, haciendo que estén disponibles al público.

Aspectos económicos del combate a la corrupción

Es común escuchar que una razón importante de la corrupción es el bajo nivel de salarios, tanto en el sector público como en el privado, lo que no debería justificarla en lo absoluto, sin embargo, los delincuentes de cuello blanco reflejan la falta de certeza de tal hipótesis. En efecto, los grandes escándalos de corrupción son perpetrados por altos funcionarios o personajes, con muy elevado nivel económico, quienes incluso ostentan múltiples estudios, posgrados y pomposas hojas de vida, mas incurren en actos corruptos por cifras estrepitosamente altas.¹⁷

Tales manejos ilícitos de recursos tienen mucha concatenación con la salida de elevadas sumas de dinero para colocarlas en paraísos fiscales o financieros, recursos comúnmente utilizados por miembros de élites corruptas, quienes con frecuencia viajan al extranjero (a veces incluso con el beneplácito de las autoridades gubernamentales), llevando su dinero mal habido. La creación de nuevas tipificaciones, que sancionen tales actos, y un verdadero y eficiente control de dichos

15 International Council on Human Rights Policy. (2009). *La corrupción y los derechos humanos. Estableciendo el vínculo*. México: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, p. 55.

16 International Council on Human Rights Policy. (2009). *La corrupción y los derechos humanos. Estableciendo el vínculo*, op. cit., p. 32.

17 Ante lo cual, cabe el aforismo: *quien más tiene, más quiere*.

recursos, parecería ser una evidente y hasta lógica solución para dar con los perpetradores de tales manejos.

Asimismo, un combate verdadero para rastrear y ubicar los dineros de la corrupción ha sido el acordar la colaboración de los diversos paraísos fiscales, muchos de los cuales, en los últimos años, han querido salir de las listas, las cuales les dan mala fama al considerarlos como nidos de empresas fantasma, recolectores del dinero mal habido; llevándolos a buscar limpiar su *imagen país*, modificando sus normas, con el objeto de permitir un mayor y mejor acceso a las investigaciones de corrupción. Antes de tales sonados escándalos, era impensable que esos paraísos fiscales colaboraran, pues parecía intocable la información ultra secreta de los autores de todo tipo de negociado turbio, pero ahora existe mucha más presión sobre esas jurisdicciones, lo cual está llevando a que sus normativas permitan revelar información importante y así dejen de ser percibidos como encubridores de corruptos.

Además de conocer quiénes, por qué y cómo se perpetran comúnmente los actos de corrupción, que malogran gravemente la economía nacional, también es esencial señalar la falta de un efectivo y adecuado control del gasto público, pues las diversas y constantemente modificadas normas de la planificación y el manejo de las finanzas públicas prevén las formas de financiar el presupuesto del Estado, pero no resguardan de modo claro, seguro y transparente el control de la ejecución y manejo de esos recursos.¹⁸ Es decir, un primer supuesto es la forma como puede nutrir su presupuesto un Estado y, otro, el efectivo control del gasto de tales recursos, siendo que en ambos supuestos se pueden detectar actos de corrupción.

Por ejemplo, en Ecuador, el contrabando de bienes en la frontera —o en altamar, que

a *vox populi* es conocido como el más importante—, afecta ingresos aduaneros, o erogaciones millonarias de subsidios refleja que los contrabandistas son más inteligentes y están mucho mejor equipados que las autoridades de control, o que todos son cómplices y encubridores de tales actos al beneficiarse directa o indirectamente de aquéllos. El efecto de todo ello es mortal para un Estado, el cual deja de percibir significativas cantidades de dinero, o que gasta otras tantas, que deberían estar siendo empleadas en quienes verdaderamente lo requieren.

Asimismo, se sabe que la recaudación tributaria ha mejorado notablemente en las últimas décadas, representando un aporte sustancial para las finanzas públicas. Igualmente, el país pelea por mejorar la percepción internacional de su elevadísimo endeudamiento externo, honrando sus deudas, para luego seguir endeudándose, lo cual también ha permitido nutrir más las arcas fiscales e, inclusive, los elevados ingresos que representa la exportación para el país de los *commodities* para mejorar el nivel de las finanzas públicas. Sin embargo, restan certeros y eficientes controles, tanto de la forma y condiciones sobre cómo se nutre el presupuesto del Estado, como del destino, que se hace de tales recursos recaudados.

Así, tenemos la corrupción que se da desde hace muchos años, y que todavía sigue atacando a la contratación pública inmoral y deficiente, por más uso de tecnologías, supuestamente transparentes, que se hayan implantado y las constantes reformas normativas y cambios de funcionarios a cargo de la materia; pues el soborno forma parte de los presupuestos de muchas empresas proveedoras de bienes y servicios, como medio de lograr la concesión de un contrato.

Por tanto, es claro que en esta amalgama de oportunidades de financiar y luego erogar

18 Podría ser apropiado, por ejemplo, que se establezca un sistema informático transparente que demuestre, sin reservas, de manera pública y de fácil acceso, la asignación, entrega, pagos, gastos, usos de las finanzas públicas; pues —se reitera— podría estar claro cómo se financia el Estado, pero lo oscuro sigue siendo cómo se gasta o dispone de esos dineros de todos.

el presupuesto de la cosa pública, no solo participan los funcionarios gubernamentales (independientemente de la función del Estado, o entidad pública a la que pertenecen), sino también, con un rol de gran importancia, las personas o empresas privadas, ya que un gran sector de éstas, es el principal beneficiario de la corrupción y, por ende, la alienta y estimula.¹⁹

Aspectos político-administrativos del combate a la corrupción

Es esencial depurar de modo certero el régimen de contratación pública, los organismos encargados de la auditoría, el control y la rendición de cuentas; el sistema de justicia que es débil, debido a diversos fiscales y jueces corruptos, quienes lo conforman; debe haber una mejora sustancial del Legislativo (evitando leyes que, a propósito, se redactan en forma mediocre o escueta; facilitando la recuperación de pruebas, las cuales reflejen la corrupción); estableciendo litigios estratégicos, que consigan la recuperación de bienes (no solo contentándose con que los pocos corruptos que caen, vayan a la cárcel) y ejerciendo verdaderas acciones de repetición por el resarcimiento de los daños causados contra los culpables de tales actos.

También sería importante que las reformadas instituciones de control gocen de coercibilidad, ya que el trabajo de las existentes (algunas desde hace años y otras con funciones poco claras o repetitivas) no ha reflejado, que haya un cada vez mejor y más transparente manejo de las cuentas, más bien todo lo contrario. Aunque pueden ser

instituciones, que gocen de autonomía, tanto en su financiamiento, como en la selección de su personal, no tienen autoridad para imponer sanciones legalmente vinculantes.

Como resultado de lo anterior, el impacto de sus informes, de sus decisiones o resoluciones depende, en gran medida, de la respuesta de las autoridades judiciales.

En el Ecuador, tenemos como institucionalidad creada para combatir la corrupción las siguientes entidades: la Contraloría General del Estado (existente desde 1927); la Fiscalía General del Estado, como parte de la Función Judicial, de la que también forma parte el Consejo de la Judicatura (como órgano administrativo de control y selección de jueces); el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; la Unidad de Análisis Financiero y Económico; la Secretaría Anticorrupción (recientemente anunciada su desaparición, sin haber reflejado logro alguno durante su existencia); la Comisión de Expertos Internacionales de Lucha contra la Corrupción en Ecuador (CEICCE).²⁰

Los estudiosos de esta temática también han indicado que, en lo que se refiere a las entidades de control, como la Contraloría General del Estado, las Superintendencias, las cuales deben vigilar a entidades y funcionarios en sus diarias actividades, son muchas veces parte del botín político y, por ende, sujetas a los dictados corruptos del coyuntural poder político. Cabe señalar que estas entidades han servido, inclusive, para combatir y perseguir enemigos políticos, así como para absolver a sus controladores.²¹

19 Zavala Egas, J. (1998). *Corrupción política, el caso del Ecuador*, op. cit.

20 La CEICCE fue delineada por Decreto Ejecutivo n.º 731, de 13 de mayo de 2019. Hasta la fecha, no tiene un estatuto o normativa de funcionamiento, ni se ha establecido, lo que es más grave, la manera de su financiamiento (a fin de guardar la debida independencia e imparcialidad). Por ello se ha indicado que: «Lo que una comisión de este tipo no puede hacer es sustituir los esfuerzos nacionales de lucha contra la corrupción; fortalecer sí, pero no reemplazar a su sistema investigativo, ni judicial, pues la comisión no puede permanecer siempre en el país, ni reemplazar al Estado». Plan V. (agosto de 2019). *Ecuador, el lento y polémico camino de la lucha anticorrupción*. <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/ecuador-el-lento-y-polemico-camino-de-la-lucha-anticorrupcion>

21 Zavala Egas, J. (1998). *Corrupción política, el caso del Ecuador*, op. cit.

Muchos de estos círculos viciosos de corrupción inician con el financiamiento millonario de campañas políticas, con el principal objetivo de que, una vez alcanzado el poder y el control, se parcelen y repartan importantes cuotas en las funciones del Estado, incluyendo los organismos de control y en toda entidad o empresa pública, donde no ha primado la prevalencia del bien común o bienestar de las mayorías. Por ello, las entidades a cargo del control electoral deberían tener clara la prioridad de reformar de modo transparente, si realmente son imparciales e independientes, las normas sobre el financiamiento de las campañas políticas.

Aspectos sociales y culturales del combate a la corrupción

Pareciera que en varios países de la región, la corrupción es un mal que forma parte de la sociedad, como un aspecto propio de la cultura local, con la que cabe acostumbrarse a vivir,²² al punto que muchos políticos involucrados en grandes escándalos, siguen gozando de amplia aceptación por parte de sus electores.²³ Sin embargo, también se han generado multitudinarias marchas en las calles de distintas ciudades, o han estallado las redes sociales, reflejando un rechazo a este flagelo por parte de personas, quienes carecen de vínculos con los asuntos políticos y sus negociados.

El mal endémico de la corrupción parecería estar presente en todo nivel socioeconómico (tanto entre quienes tienen pocos incentivos y oportunidades laborales, como entre quienes manejan el poder político y económico), el cual se relaciona con las actitudes subjetivas y sociológicas, tales como la codicia o la búsqueda del bienestar individual por sobre el colectivo.

Posibles alternativas para combatir la corrupción en diversos niveles se difunden constantemente. Por ejemplo, a través de la educación, desde edades tempranas, y, sobre todo, el replanteamiento de valores éticos, a través de la sociedad civil organizada, sin que se lleguen a concretar cambios verdaderos en el modo de actuar de los ciudadanos.

Lo medular de la concientización en la sociedad es el promover valores cívicos y éticos, con más énfasis desde la niñez y juventud, para que se cambie la percepción sobre todo tipo de acto que pueda ser catalogado como corrupto, en diversos niveles, y así, las nuevas generaciones crezcan, entendiendo que tales actos son nocivos y deben ser rechazados. Ello permitiría generar una presión en quienes puedan detectarlos, perseguirlos y sancionarlos eficientemente, a fin de evitar, en un mediano plazo, que se sigan cometiendo actos de corrupción como *modus operandi* normal de países pobres.

Otro mecanismo de apoyo puede ser el establecer verdaderos centros de consultoría y defensa legal, entre las organizaciones que luchan por la defensa de los derechos humanos y aquellas que combaten la corrupción, con apoyo de organizaciones no gubernamentales, la academia, los pocos políticos honestos o que velan por el bien común por sobre el individual, los medios de comunicación desinteresados (quienes tienen una gran capacidad para influir y desarrollar conciencia anticorrupción entre los jóvenes), las asociaciones de empresarios y trabajadores, quienes quieran combatir estos flagelos, y los movimientos rurales y populares, que verdaderamente quieran combatir la corrupción; ofreciendo, por ejemplo, consejo legal gratuito, en casos relacionados con la corrupción, encargándose también de encontrar pruebas duras en

22 De ahí la frase popular de que *no importa que roben, con tal que hagan obra*.

23 Teniendo muy claros ejemplos de ello en las realidades que se viven en Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Perú, y el caso aparte de Venezuela.

tales casos y llevarlos ante la justicia para mediatizarlos, exigiendo sanciones y correctivos ejemplificadores.

Casos emblemáticos recientes de corrupción transfronteriza

A raíz de las reveladoras develaciones informáticas de años pasados, que atañen a la geopolítica mundial, han salido a la luz pública ciertas acciones de personajes de diversa índole (local o global), las cuales presumen actuaciones reñidas con la ética.²⁴ Además, se han sumado las múltiples y multitudinarias marchas en las calles de diversas ciudades, en las cuales personas ajenas a intereses políticos han reflejado estar cansadas de tanta corrupción, forzando a que se investiguen sonados casos (que en otras épocas hubiese sido impensable que se lo haga, peor que se sancionen),²⁵ algunos casos de corrupción han marcado una diferencia entre países que buscan, poco a poco, pelear contra ese flagelo y otros que poco o nada hacen al respecto.

Lo cierto es que, hoy en día, una gran parte de la corrupción tiene jurisdicción internacional, pues la ejecución de los actos ilícitos abarcan dos o más Estados, además, por lo general, suele estar asociada al crimen organizado transnacional: lavado de dinero, narcotráfico, evasión de tributos, etc. Por lo que la suscripción, al menos de convenios bilaterales o regionales, que faciliten la investigación y persecución de estos ilícitos, se vuelve cada vez más necesario para alcanzar verdaderos avances en el combate contra la corrupción.

En el caso de las empresas transnacionales, por ejemplo, cabría identificar cuál Estado tiene mejor condición (de hecho y de derecho) para asegurar que con su actuación

se pueda perseguir de manera más eficiente y completa estos delitos, los cuales involucran y afectan a varios países. En materia de derechos humanos, a nivel multilateral, existen los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, aprobados en junio de 2011 que, si bien no son vinculantes, han despertado diversas iniciativas, con el objeto de que ciertos países (sobre todo, desarrollados) emitan legislaciones nacionales, que establezcan la facultad del Estado de sancionar a las empresas domiciliadas en su territorio, las cuales efectúen actos en cualquier lugar del mundo, que violen normativas de derechos humanos y de protección del medio ambiente. Estos ejemplos reales deberían relacionarse con el combate contra la corrupción, más aún cuando en varios países, existe el sonado caso de la gran transnacional Odebrecht, empresa que ha perpetrado este tipo de actos.

Cuenta la historia de esa multimillonaria empresa, que el ingeniero constructor brasileño, de ascendencia alemana, Norberto Odebrecht, la fundó en el año de 1944 en el Brasil. Sus actividades exitosas le llevaron a formar un conglomerado de empresas, dedicadas a la construcción inmobiliaria, la obra pública, el sector hídrico, la agroindustria, el transporte, la defensa, las finanzas, los seguros, los servicios medioambientales e, inclusive, la petroquímica.

Su hijo Emilio fue nombrado presidente y máximo responsable de la empresa en 1991. En sus declaraciones ante la justicia, se autoconsideró como un diplomático corporativo, pues atendía directamente las necesidades de los jefes de Estado. También señaló que el repartir dinero en efectivo, era

24 Nos referimos a los *Wikileaks* y a los *Papeles de Panamá*, estos últimos reflejaron que la firma de abogados Mossack-Fonseca (multinacional, con casi mil empleados, cuarenta oficinas en varios países) habría ayudado, al menos a treinta y cinco mil millonarios alrededor del mundo, a una gigantesca evasión de impuestos, sacando sus fortunas de sus países de origen, a través de inversiones y pagos a empresas de papel, creadas en paraísos fiscales.

25 Ha sido común en muchos países de la región el adagio de que *la ley solo es para el pobre*, o que *solo se aplica la verdadera justicia, a quien no tiene padrinos*.

una parte crítica de hacer negocios, pues dar un poco de «ayuda» a los políticos era lo que se tenía que hacer para conseguir contratos,²⁶ Y si se querían los mejores proyectos, había que financiar en secreto las campañas políticas. «Todo esto que sucedía era normal, institucionalizado», dijo.²⁷

Con el tiempo, el negocio de la corrupción recayó en su hijo Marcelo, quien trabajaba duro para ascender en la jerarquía de la empresa. Éste confesó a los fiscales, que entre 0,5% y el 2% de los ingresos de la empresa se destinaban a pagos ilícitos, principalmente a políticos y ejecutivos brasileños de empresas estatales, en especial a la petrolera nacional Petrobras. El negocio se convirtió en una mina de oro, con un torrente de contratos en obras públicas, la industria naval y la petrolera, convirtiéndose en la mayor constructora de América Latina. Eso la llevó, incluso, a liderar un cártel de empresas de ingeniería, las cuales pagaban sobornos y gratificaciones, a cambio de que se les permitiera amañar la licitación rotativa de contratos. Al enfrentar las acusaciones de corrupción en un tribunal federal de Estados Unidos, la empresa admitió que de 2001 a 2016 realizó pagos ilícitos a funcionarios de once países fuera del Brasil, lo que le permitió que los gobiernos de esos países le otorguen contratos, los cuales le generaron millonarias ganancias.²⁸

El caso Lava Jato, capítulo Brasil

En Brasil el caso se destacó con el nombre *Lava Jato* (lavadora de automóviles) cuando un juez de instancia, Sergio Moro, de la ciudad de Curitiba, se enfrentó a toda una estructura corrupta, la cual estaba enquistada en todo nivel político desde hace décadas. El reconocido juez demostró una actuación, la cual debería ser la normal para todo funcionario de ese rango, pero se destacó, llegando a ser excepcional, entre tanto miedo a actuar correctamente: el juez cumplió su función con imparcialidad e independencia. Cuando se vio en encrucijadas propias de los abogados y los poderes políticos y económicos investigados, fue muy hábil al contar con buenos aliados de la justicia: la opinión pública y el respaldo social.²⁹

Una de las claves para lograr desarmar esa estructura, tan bien montada de corrupción, la cual usó el juez Sergio Moro, ha sido lo que él ha llamado como el negociar en beneficio de la verdad y el actuar con pragmatismo o «justicia pragmática», la cual se resume en la aplicación eficiente de la «justicia premiada».³⁰ Desde la visión de que todo tiene un precio, se puede entender que la imposición de una pena pequeña a un criminal, que se vería como un precio muy alto, termina siendo un beneficio superior para la justicia, si es producto de un acuerdo de

26 Incluso han confesado los implicados de la empresa transnacional, quienes sobornaban a los legisladores para que pasen leyes favorables al conglomerado, por ejemplo, leyes de privatización, con las cuales las empresas obtuvieron contratos para la gestión del agua y el alcantarillado.

27 Smith, Michael *et al.* (2017). Nunca nadie ideó una máquina de corrupción como ésta. En *Bloomberg Business Week*. <https://www.bloomberg.com/news/features/2017-06-08/nunca-nadie-ide-una-m-quinade-corrupci-n-como-sta>

28 Smith, Michael *et al.* (2017). Nunca nadie ideó una máquina de corrupción como ésta. *op. cit.*

29 La defensa de muchos de los inculcados en estos escándalos, en los diversos países, ha alegado la figura inglesa del *lawfare*, como el abuso de mecanismos judiciales para perseguir a políticos contrarios a los nuevos regímenes de gobierno, haciendo una campaña de desprestigio de los procesos judiciales en su contra, con miras a reivindicar sus actuaciones y mantener su cuota de poder político.

30 Otro elemento que los investigadores de Curitiba consideraron importante, para el buen avance y éxito de las pesquisas, es la teoría de los juegos, la cual en estos casos delictivos se aplica ofreciendo incentivos a los delincuentes, como reducciones de penas o posibilidades de cumplirlas en sus domicilios, provocando que unos sucumban y, así, la desconfianza se propague por toda la organización criminal, terminando por desmoronarse desde su base. El fiscal, cabeza de la investigación, aseveró que: «Los falsos dilemas morales [...] nos nublan el entendimiento y no nos permiten hallar la mejor manera de minimizar riesgos y maximizar beneficios».

colaboración, el cual conlleva al castigo de otras cabezas mayores. Ello resulta ser un mal menor, si se compara con el tamaño de los resultados y los beneficios.³¹

El criminal, quien recibió una pequeña pena frente a los delitos cometidos, fue un cambista dedicado al lavado de activos, que tenía como rol en la organización de corrupción del gigante sudamericano el pagar las coimas a los distintos funcionarios de entidades públicas, con dinero de las empresas privadas, que luego se traducían en las autorizaciones de dichas entidades públicas para celebrar millonarios contratos con esas empresas privadas.³² Con los testimonios cruciales de los colaboradores eficaces de la justicia, se supo que los dineros para esos millonarios sobornos provenían, en definitiva, de los presupuestos de la empresa pública petrolera brasileña, Petrobras, que beneficiaba con multimillonarios contratos a las empresas constructoras Odebrecht, OAS, Andrade-Gutiérrez, y otras, generando lo que hoy en día se conoce como el mayor caso de corrupción del Brasil.

Los raseros alcanzados por esa colaboración eficaz eran muy altos, sobre todo, en vista de los *peces gordos* implicados en el esquema de corrupción, el cual llegaba a las más altas esferas del poder. Es así que esa colaboración, inclusive, reveló la entrega de un departamento triplex, como regalo de la constructora OAS, a favor del expresidente y líder político, Luis Inácio «Lula» da Silva, en

Guarujá, estado de São Paulo, a cambio de los buenos oficios del mandatario para la adjudicación de contratos con Petrobras.

En el caso *Lava Jato*, las sentencias fueron condenatorias, inclusive con aumento de la pena, por parte de los jueces superiores al resolver los recursos interpuestos por los abogados de la defensa, en abril de 2018, la Corte Federal condenó a doce años de prisión al citado ex jefe de Estado, quien mantiene otras causas adicionales, las cuales presumen que lo beneficiaron con más de veinticinco millones de dólares por intermediar en la adjudicación de contratos.³³ En noviembre de 2019, el Tribunal Supremo Federal puso en libertad al expresidente, detenido por más de 580 días, aplicando una disposición constitucional, la cual prohíbe a una persona estar detenida, si existe un recurso pendiente (en este caso la tercera instancia).

Sin duda que el precio de negociación debía ser alto, para conceder beneficios al individuo, quien articuló redes empresariales y administró millones de dólares de las cuentas de Petrobras para financiar el pago de sobornos. Eso hizo que el principal delator y otros pocos funcionarios arrepentidos, entreguen a más de cincuenta *peces gordos*, a cambio de garantizarles una libertad controlada.³⁴

Las delaciones premiadas, en definitiva, las cuales llegaron a representar más de ciento cincuenta acuerdos de colaboración eficaz, incluyendo los de altos directivos de Odebre-

31 González, J. (2018). *Odebrecht. La historia completa. Los secretos de un escándalo de corrupción que desestabilizó a América Latina*. Bogotá: Penguin-Random House, p. 20.

32 El criminal condenado fue Alberto Youssef, el «Doleiro» (propietario de una lavadora de autos, donde también lavaba el dinero para los millonarios sobornos), cuyas conversaciones telefónicas interceptadas y documentos de respaldo reflejaron, que regaló un vehículo nuevo *Land Rover*, de alta gama, a un directivo de Petrobras, Paulo Roberto Costa, quien, a su vez, viéndose acorralado y sin manera de contar con el respaldo de los altos mandos del gobierno, también firmó un acuerdo de cooperación con la justicia, el cual reveló pagos de sobornos por más de dos mil millones de dólares, siendo ello relativo, ya que las auditorías a Petrobras han reflejado afectaciones patrimoniales por más de diez mil millones de dólares.

33 Otros casos por tráfico de influencias, lavado de dinero, etc., se refieren a las remodelaciones de su finca en Atibaia (cuya sentencia lo condenó a otros 12 años de prisión, en primera instancia), supuestos sobornos de Odebrecht para la compra de un terreno para el Instituto Lula, entre otros.

34 Únicamente el llamado «Doleiro» estaba en capacidad de entregar a la justicia brasileña, en un solo interrogatorio, a diecisiete miembros de un partido político, quienes acrecentaron exponencialmente sus patrimonios. González, J. (2018). *Odebrecht. La historia completa. Los secretos de un escándalo de corrupción que desestabilizó a América Latina*. op. cit., p. 18.

cht en la región andina, lograron consolidar sólidas evidencias y pruebas para condenar a ciento treinta personas, detener con prisiones preventivas a ciento cuarenta y nueve personas e impulsar más de mil cuatrocientos treinta procesos, relacionados con el caso madre *Lava Jato*.

Por otro lado, entidades bancarias o empresas de papel, ubicadas en jurisdicciones pequeñas, con estrictas normas de sobreprotección de información bancaria y nula imposición tributaria convertían en secreto o casi inexistente cualquier rastreo de dineros; se obtenía el silencio absoluto de tales operadores financieros, el cual se traducía en comisiones o altas tasas por las millonarias transacciones.

Sin embargo, las decididas acciones para romper con la impunidad de los poderosos hicieron que países, tales como Suiza, Panamá, Andorra, Islas Vírgenes, etc., debiliten su cultura de guardar secretos financieros y colaboren con la justicia en casos transnacionales, a fin de levantar el velo de las empresas de papel que permita ubicar el origen y destino de los dineros públicos, producto de escándalos de corrupción. Entre tanta telaraña bien montada de este complejo y enorme sistema de corrupción, bancos, con sede en Nueva York, tuvieron relación con el manejo de esas altas cantidades de dinero.

Esa voluntad recia de perseguir a todo implicado, sea cual fuere su poder, hizo que las investigaciones en Brasil detecten que parte del dinero mal habido habría llegado efectivamente a cuentas en los Estados Unidos, país celoso de vigilar el origen de tales recursos, circunstancia que le llevó a aliarse con Suiza, forzando a los directivos de Odebrecht a que suscriban acuerdos de delación, con-

sistentes en rebajas de sus castigos a cambio de revelaciones sin reservas.³⁵ Esos países, los cuales se vieron afectados por delinquentes, quienes han querido legalizar esos dineros sucios en sus territorios, tienen todo el derecho de exigir comparecencias para sancionar a los culpables. Es así que, en diciembre de 2016, un acuerdo judicial ante la Corte Federal del Distrito de Nueva York fue suscrito, entre los Estados Unidos, Suiza y Brasil; en este acuerdo, el conglomerado Odebrecht acordó pagar la suma de tres mil quinientos millones de dólares en multas a dichos países, siendo la mayor multa, relacionada con corrupción, que jamás haya sido impuesta a una compañía.³⁶

En ese acuerdo, altos directivos de Odebrecht aceptaron la responsabilidad de la empresa de ser la promotora de un esquema para pagar cientos de millones de dólares en sobornos a un gran número de importantes funcionarios de gobiernos durante quince años, acuerdo de culpabilidad que reflejó que existían correos y más pruebas, los cuales evidenciaban los negociados; la empresa tenía la División de Operaciones Estructuradas como un completo departamento de sobornos, área que nunca reflejaba tales manejos de dineros en la contabilidad, los encubría con cruces de las diversas subsidiarias, sobre todo, a través de una serie de entidades *offshore*, con pagos de tarifas o *fees* a los subcontratistas, o por la compra de activos a favor de testaferros, encubriendo a los beneficiarios finales, haciendo desembolsos vía transferencias o, inclusive, en efectivo en distintas jurisdicciones del mundo.³⁷

Las autoridades del Brasil acordaron en su jurisdicción que los exdirectivos de Odebrecht en Perú, Ecuador y Colombia entreguen información valiosa sobre los sobornos

35 Existe una ley estadounidense (*Foreign Corrupt Practice Act*), la cual permite que el Departamento de Justicia investigue y sancione en los Estados Unidos los actos de corrupción llevados a cabo por empresas extranjeras, a pesar de no haber ocurrido en territorio estadounidense.

36 Vigna, A. (1 de septiembre de 2017). Des pots-de-vin qui ont arrosé tous les partis politiques. Au Brésil, les ramifications du scandale Odebrecht. En *Le Monde Diplomatique*. <https://www.monde-diplomatique.fr/2017/09/VIGNA/57836>

37 Dicha División de la empresa al menos manejó dos sistemas informáticos, los cuales encubrían sus actividades: *My Web Day*,

adjudicados a altos funcionarios públicos de dichos países, lo cual facilitó reconstruir la ruta de los dineros, que sirvieron para esas coimas, y conocer el destino de los pagos por los nuevos contratos con las entidades públicas, los cuales seguían alimentando la máquina de corrupción e inclusive, actualmente, podría facilitar la recuperación de tales dineros.

Para el juez Moro, países como Perú y Ecuador, deberían concentrarse en investigar y condenar a varios altos funcionarios públicos de sus países, dejando que los exdirectivos de Odebrecht paguen sus delitos en el Brasil, pues solo así esos directivos confesarían eficazmente todo lo que hicieron. Es entendible que si esos implicados no ven traducido la compensación del precio de la valiosa información, que estarían revelando, por parte de fiscales y jueces de otros países, donde también han cometido delitos, poco revelarían, y la propia colaboración de autoridades judiciales brasileñas sería esquiva al buscar que se respeten tales acuerdos, a fin de no poner en riesgo lo alcanzado en su jurisdicción.

Asimismo, Moro opina que en los países de América Latina existe un exceso de fueros, debido a las castas sociales, las cuales es necesario acabarlas, pues genera ventajas de unos pocos frente a la mayoría de ciudadanos.³⁸ En el Brasil, se ha luchado por acabar con esos privilegios, lo cual ha tenido enorme respaldo de la ciudadanía, en multitudinarias marchas en las calles; por ejemplo, cuando la expresidenta, Dilma Rousseff, quiso ayudar a su amigo, Lula da Silva, otorgándole rango de ministro, con el objeto de que tenga fuero especial, y así, el juez federal de Curitiba se abstenga de seguir investigándolo, esta situa-

ción llevó a que los investigadores brasileños, hicieran públicas, vía redes sociales, las conversaciones telefónicas, entre la presidenta y el expresidente, reflejando, con esa jugada, la clara obstrucción a la justicia. Con ello, los efectos en la población fueron inmediatos.

Es necesario para Moro que la justicia muestre logros institucionales, no individuales, y así se quebrante la tradición de impunidad. Por ejemplo, indica, si no hubiera ese apoyo institucional, hubiese sido impensado que el jefe de la organización criminal (el multimillonario Marcelo Odebrecht), haya sido capturado y condenado a más de 19 años de prisión, por corrupción pasiva, lavado de dinero y asociación para delinquir.³⁹ Pues más allá de que tal pez gordo solo haya pasado dos años y medio en la cárcel de Curitiba y ahora siga cumpliendo su condena en su mansión, el juez se pregunta cuándo en otra época, en el Brasil, alguien, con tanto poder, ha estado preso, cuándo alguien como él y su empresa tuvieron que pagar millonarias indemnizaciones por los daños causados por los delitos cometidos, los cuales afectaron a múltiples países del mundo entero. Asimismo, sería impensable si no hubiera habido todo ese apoyo institucional (fiscalía, jueces de diversa instancia, que han conocido la causa, políticos, medios de comunicación, sociedad civil, academia, empresas afectadas, etc.), que un expresidente, con tan alta aceptación ciudadana, haya sido condenado a prisión, limitándosele inclusive sus derechos políticos como parte de sus condenas.

El director de Transparencia Internacional, acertadamente ha dicho sobre el Brasil, que seguirá siendo uno de los países

el cual servía para realizar y procesar pagos, generar recibos y rastrear cuentas de ese manejo oculto y *Off Book Drousy*, medio de comunicación de sus miembros, con los operadores financieros y cómplices de los sobornos, el cual facilitaba el ocultamiento de correos y mensajes con contraseñas y nombres secretos.

38 González, J. (2018). *Odebrecht. La historia completa. Los secretos de un escándalo de corrupción que desestabilizó a América Latina. op. cit.*, p. 16.

39 Ídem. (2018). *Odebrecht. La historia completa. Los secretos de un escándalo de corrupción que desestabilizó a América Latina. op. cit.*, p. 17.

más desiguales del mundo, a causa de esta promiscuidad, entre las élites económicas y políticas,⁴⁰ por estos intercambios de favores constantes, que han descrito las confesiones del caso Odebrecht.

El caso Lava Jato, capítulo Perú

Más allá de las razones de enfrentamiento acérrimo, entre enemigos políticos, que caracteriza al Perú, es importante destacar como emblemática la caída de la dupla Montesinos-Fujimori, entre los años 1999-2000, cuando se creían intocables tales sujetos de relevancia; lo que reflejaría que desde recién iniciado el nuevo siglo, el Perú buscaba transparentar su accionar político.

De este modo, se creó la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Lavado de Activos, a cargo de las investigaciones, contra los expresidentes Alejandro Toledo, Pedro Pablo Kuczynski, y la dirigente política Keiko Fujimori —hija del expresidente— por la supuesta financiación de sus campañas políticas por parte de Odebrecht.

En lo que respecta al caso *Lava Jato*, el exdirectivo de Odebrecht, Jorge Simões Barata, entregó a los investigadores brasileños información sustancial, a fin de que se pueda pedir a los Estados Unidos la extradición del expresidente Alejandro Toledo, al haber, aparentemente, recibido veinte millones de dólares por regalos de parte de la empresa.

Contra Toledo se ha investigado, fundamentalmente, la construcción del colosal Corredor Vial Interoceánico Perú-Brasil, por un monto contratado superior a los cuatro

mil doscientos treinta millones de dólares. La delaciones y pruebas han reflejado que el mandatario peruano no tuvo reparo alguno en manifestar a los directivos de la empresa que la adjudicación les sería favorable,⁴¹ a cambio de una comisión de treinta y cinco millones de dólares. Para ello, le entregó a Marcelo Odebrecht una copia de la Ley 28214, la cual declaraba de necesidad pública, de interés nacional y ejecución preferente la construcción y el asfaltado de la referida obra vial.⁴²

Entre la información recabada en las investigaciones, se detectó que la suegra del expresidente, Eva Fernerbug, compró en efectivo una mansión en Lima por tres millones setecientos mil dólares, destinándola para que habiten su yerno e hija. En las escrituras de compraventa, no constaba un detalle esencial como la forma de pago.⁴³ Asimismo, tenían como bienes los Toledo una casa en la playa, una lujosa oficina en Lima; también se reflejó, entre otras tantas evidencias, que Odebrecht hacía aportes a la fundación de Toledo, ocultando las coimas con aparentes obras de solidaridad y otros pagos por supuestas asesorías jurídicas internacionales de empresas *offshore*, como camuflaje de los sobornos.

Del mismo modo, las investigaciones reflejaban que, en el Perú, al igual que en el Brasil, las empresas constructoras conformaron un cártel, llamado «el club de la construcción», entre empresas como Odebrecht, Graña y Montero, Ingenieros Civiles y Contratistas Generales, JJC Contratistas Generales, Camargo Correa, que se repartían los contratos de obras públicas del Ministerio de Transporte y Comunicaciones.

40 <https://www.transparency.org/en/press/brazils-carwash-task-force-wins-transparency-international-anti-corruption>

41 Un amigo cercano al expresidente Toledo, quien fuera su asesor, Josef Arie Maimnan Rapaport (empresario peruano-israelí, de los más millonarios de Israel), al conocer el acuerdo entre Estados Unidos, Suiza y Brasil, el cual detonó el escándalo, pidió en febrero de 2017 convertirse en «colaborador eficaz» de la justicia peruana y fue quien suministró valiosa información para las investigaciones.

42 González, J. (2018) *Odebrecht. La historia completa. Los secretos de un escándalo de corrupción que desestabilizó a América Latina. op. cit.*, p. 28.

43 Lo que demuestra que, al tratarse de negocios turbios, es evidente que los papeles reflejan actuaciones ocultas, al puro estilo delincencial, para evitar dejar huellas.

La Fiscalía peruana y el juez sustanciador de la Corte Suprema, Richard Augusto Concepción Carhuancho, reconstruyeron las pruebas, las cuales permitieron al Estado requerir a los Estados Unidos la extradición del expresidente —todavía sin éxito—, con base en la amplia asistencia recíproca prevista en la Convención Interamericana contra la Corrupción. La Corte ha imputado al expresidente los delitos de tráfico de influencias, colusión y lavado de activos.

En cuanto al expresidente Alan García, la presunción del financiamiento de su campaña era lo más directo que se tenía en su contra, pero no la única investigación, pues su nombre también aparecía en las coimas delatadas por los propios directivos de Odebrecht para la construcción del Metro de Lima.

Respecto del expresidente Ollanta Humala, el exdirectivo de Odebrecht, Simões Barata, indicó la existencia de giros por tres millones de dólares para la campaña política. El fiscal de la causa viajó al Brasil para tomar las declaraciones de la persona de Odebrecht, quien había hecho esos aportes desde el Departamento de Operaciones Estructuradas. Como pruebas claras también se verificó que, en los tres primeros años del gobierno de Humala, Odebrecht recibió contratos que superaban los ciento sesenta y dos millones de dólares.⁴⁴

Sobre el expresidente Kuczynski, la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú compartió importante información con la Comisión del Congreso, la cual lo estaba fiscalizando, con motivo de estar cuestionado por ser socio de empresas asesoras de Odebrecht, antes de haber llegado a ocupar cargos ministeriales en la presidencia de Toledo; asesorías que habrían representado varios millones de dólares para esas empre-

sas, recursos que luego aparecían transferidos hasta por diez millones de dólares en las cuentas de Kuczynski.⁴⁵ Además, según confesión de Simões Barata, se realizaron aportes por trescientos mil dólares a su campaña para presidente; a lo cual se sumó el indulto que le dio, cuando fungía como presidente, a Alberto Fujimori, como parte del acuerdo por haber sido salvado de ser destituido por el Legislativo, provocando que en la segunda arrinconada política en el Congreso contra el presidente en funciones, no tenga más alternativa que presentar su renuncia al cargo, convirtiéndose en el primer presidente en funciones, no brasileño, ensuciado por los escándalos de la multinacional Odebrecht.

Todo esto ha convertido al Perú en el país que más alto ha apuntado, al buscar a los responsables de la corrupción generada por Odebrecht en América Latina, siendo el único país que, hasta la fecha, investiga para enviar a la cárcel a cuatro personajes, quienes dirigieron sus destinos, aparte de muchos otros mandos medios, tanto del sector público, como del privado.

La ida y vuelta de Odebrecht, capítulo Ecuador

Con tanto rompimiento al orden democrático, en donde ciertas élites retomaban a su antojo el poder, el Ecuador no se caracterizó por iniciar el siglo con verdaderos y efectivos combates a la corrupción, pues cada grupo quería resguardar sus dudosas actuaciones, sin lastimar a los adversarios.⁴⁶

Con la llegada al gobierno de Rafael Correa, el país dio un giro completo, con una forzada estabilidad —que duró 10 años—, apoyada por la fórmula de llamar constantemente a

44 Entre otros, se ha detectado los contratos para la carretera Lima-Canta; el Proyecto de mejoramiento del hospital del Cusco; la construcción de una carretera en Camaná; y, la edificación del Centro de Convenciones de Lima.

45 González, J. (2018). *Odebrecht. La historia completa. Los secretos de un escándalo de corrupción que desestabilizó a América Latina. op. cit.*, p. 69.

46 Javier Zavala Egas ya indicaba varios años atrás que: «El problema, al menos en el Ecuador, va más allá de freír un pez gordo para terminar con la corrupción. En el Ecuador, los peces gordos, políticos y económicos, desfilan y han desfilado por los corrillos judiciales, sin que exista ningún cambio. Es que la corrupción en nuestro país, dejó de ser coyuntural para

elecciones durante nueve ocasiones: elección general para presidente, consulta popular para llamar una constituyente, elección de asambleístas constituyentes, aprobación vía referéndum de la nueva Constitución, elección de nuevas autoridades generales, con la nueva norma suprema (para presidente y legisladores, la cual permitió que recién se cuente como primer período de gobierno), consulta para reformas a su Constitución, otra elección general, dos elecciones seccionales.

Ese largo tiempo en el poder, acaparando más poder, en vez de permitir cortar de raíz la corrupción, creando verdadera institucionalidad y orden, más bien generó todo lo contrario: funciones del Estado completamente sometidas al Ejecutivo, poco o nulo control de las finanzas públicas, represión contra todo delator del régimen, entre tantos otros casos, pero a cambio hubo obras civiles. Y las apariencias políticas eran evidentes de querer demostrar transparencia, al punto que, sobre el asunto que nos ocupa, en el 2008, el entonces ministro de Energía, Jorge Glas (luego superministro de Sectores Estratégicos, luego vicepresidente), apareció enojado en los medios de comunicación, indicando que expulsaría a la empresa brasileña Odebrecht, por sus incumplimientos sistemáticos y conductas en contra del patrimonio público y, refiriéndose al directivo de la multinacional en Quito, José Concição Santos Filho, como un «delincuente». ⁴⁷ La falsa fachada de enemistarse con Odebrecht fue desenmascarada menos de dos años después, cuando el propio gobierno recibió, con los brazos abiertos a la empresa y con multimillonarios contratos y exigencias. ⁴⁸

Cuando las acciones corruptas de la empresa fueron de conocimiento público mundial, las delaciones del exdirectivo de Odebrecht en Quito fueron determinantes en las condenas de la justicia ecuatoriana contra el exvicepresidente, un exministro y el ex contralor general del Estado; además de haberse evidenciado que en la comisión de los delitos, quedó espacio para diversos niveles de funcionarios públicos e intermediarios privados, por sobornos, los cuales aproximadamente ascendieron a los treinta y tres millones quinientos mil dólares, en la adjudicación de proyectos de infraestructura clave como la hidroeléctrica San Francisco, el poliducto Pascuales-Cuenca, el trasvase Daule-Vinces, la hidroeléctrica Manduriacu, el movimiento de tierras de la Refinería del Pacífico, el acueducto La Esperanza, por montos que superaban los tres mil quinientos millones de dólares.

Esas delaciones estuvieron acompañadas de grabaciones, imágenes y mensajes, en los cuales se evidenciaba que, como parte de la estructura ilegal, al igual que en otros países, se crearon empresas subsidiarias, compañías de fachada y empresas *offshore* en paraísos fiscales. En su confesión, Santos Filho dijo que el tío de Glas, Ricardo Rivera, era uno de los hombres que más presionaba, por el pago de las comisiones, debido a la adjudicación de contratos, siendo incluso el encargado de retirar los sobornos en efectivo. ⁴⁹

En octubre de 2019, la Corte Nacional de Justicia negó el recurso de casación del vicepresidente Glas, ratificándose la condena contra él, su tío y otros implicados, a seis años

ser estructural, su existencia no depende de un gobierno, de un partido político o de una familia, afecta nuestro sistema político y económico, se ha convertido, diciendo con esto todo, en un problema cultural y funcional».

47 González, J. (2018). *Odebrecht. La historia completa. Los secretos de un escándalo de corrupción que desestabilizó a América Latina. op. cit.*, p. 87.

48 Según el delator, el tío de Glas propuso a Odebrecht, sin ambages, que si quería volver al Ecuador, tenía que pagar como «derecho de admisión» la cantidad de dos millones de dólares, y luego tendría que pagar comisiones, por cada contrato adjudicado, con tasas de entre el 1% y 1,3% del monto de lo contratado.

49 Las informaciones han revelado también que los pagos se hacían en una habitación del *Swissôtel*, donde acudía Rivera, con una maleta grande de color negro, siendo éste y su sobrino grandes aliados.

de prisión por el delito de asociación ilícita, y disponiendo, como reparación integral por el daño material causado, el pago de una multa de trece millones cuatrocientos mil dólares. En abril de 2018, el ex ministro de Electricidad, Alecksey Mosquera, sus compañeros y testaferros fueron condenados a cinco años de prisión, por haberse beneficiado en la adjudicación de la hidroeléctrica Toachi-Pilatón en el cometimiento del delito de lavado de activos. Al exministro también se le impuso una multa de dos millones de dólares por el doble del soborno recibido.

Si bien en el Ecuador existen condenas contra muy altos funcionarios y otros de nivel medio, no todos los casos han avanzado con la misma agilidad, debido a la falta de colaboración y coordinación armónica, entre entidades del Estado, pues, por ejemplo, hasta hace poco, para el delito de peculado era jurídicamente imprescindible que la Contraloría General del Estado emita su informe, con indicios de responsabilidad penal, los cuales brillaban por su ausencia, o generaban más dilaciones al ser impugnados en vía contenciosa administrativa por los presuntos delincuentes; además existía un serio descontento ciudadano por las cortas condenas, propias de los delitos más blandos, por los que se ha juzgado, aparte de desconocerse si alguno de los condenados, haya efectivamente devuelto un dólar del dinero mal habido.⁵⁰

Justamente, la otra entidad tan cuestionada en esta maraña de corrupción ha sido la Contraloría General del Estado, ya que, si bien el único implicado ha sido el excontralor, resulta irónico pensar que solo la cabeza del organismo de control estaba podrida, sin que nadie a su alrededor haya sabido o participa-

do de tanta irregularidad. Al respecto, Santos Filho confesó que el excontralor, Carlos Pólit, le sugirió que busque la manera para deshacerse de las glosas técnicas en los proyectos auditados, y en caso de requerir que se desvanezcan las glosas administrativas, el precio acordado fue de seis millones de dólares, en pagos caso por caso, muchos de los cuales se hicieron en efectivo, en el departamento de Pólit en el Swisshôtel, y otros, a través del testaferro John Pólit, su hijo, titular de una empresa de blanqueo de capitales, quienes, según Santos Filho, habrían recibido un total de once millones ochocientos mil dólares. La Corte condenó a seis años de prisión al excontralor y a tres años a su hijo, actualmente prófugos en el estado de la Florida, e impuso el pago de cuarenta millones cuatrocientos mil dólares por el delito de concusión (el cuádruple de las coimas recibidas).

Respecto de Santos Filho, de quien en el Ecuador mucho se insiste, que también debería ser condenado por la justicia ecuatoriana, el Ministerio Público brasileño ha certificado que la justicia del Brasil, lo ha condenado a una pena no inferior a ocho años de prisión y al pago de una multa de alrededor de dos millones de dólares.

Finalmente, en el Ecuador se ha buscado saber si el primer mandatario de la época, conocía y participaba de estos negociados. Según Santos Filho, las coimas llegaban a la Presidencia, mediante pagos, los cuales beneficiaban al secretario jurídico de la Presidencia, doctor Alexis Mera (quien habría recibido un millón trescientos mil dólares).⁵¹ En el caso conocido primero como Arroz Verde, luego Sobornos, se destapó un avispero, el cual reflejó que Correa sabía e, inclusive,

50 Esta realidad provoca incluso que muchos piensen que, si las condenas por robos millonarios al erario nacional son tan bajas y sin ninguna afectación al patrimonio mal habido de los culpables, los funcionarios públicos deshonestos seguirán manteniendo estas conductas por tratarse de actividades económicamente rentables, pues el riesgo de pasar pocos años en prisión es bajo frente al beneficio de poder «arreglar» la vida económica del delincuente y sus futuras generaciones.

51 González, J. (2018). *Odebrecht. La historia completa. Los secretos de un escándalo de corrupción que desestabilizó a América Latina. op. cit.*, p. 115.

orque estaba las andanzas de su vicepresidente, de su personal más allegado y de algunos de sus ministros; además de haber conocido y participado de los aportes de Odebrecht para las diversas campañas electorales de su régimen. El pasado mes de abril de 2020 Correa, Glas y otros tantos funcionarios de su gobierno fueron condenados, en primera instancia, a ocho años de prisión por cohecho; además del resarcimiento por más de catorce millones de dólares, el doble de los sobornos recibidos de la empresa Odebrecht.⁵²

El caso Odebrecht, capítulo Colombia

En Colombia, el cambio institucional, generado a la fuerza por la lucha contra el terrorismo, ha permitido poco a poco enfrentarse contra esos males criminales internos que la siguen azotando.

Respecto a las corruptas actuaciones de Odebrecht, la Fiscalía, primero, detectó irregularidades del exsenador Bernardo Elías Vidal, quien recibía dinero, en efectivo, de manos de su amigo y cómplice, Gabriel Alejandro Dumar Lora, quien también creaba empresas de papel, maquilladoras de operaciones contractuales y financieras, mu-

chas de esas *offshore*, para darles apariencia de legalidad. En sus declaraciones, Dumar Lora indicó que también se repartían coimas a otro exsenador, Otto Bula, quien utilizaba una empresa registrada a nombre de su chofer para recibir los pagos. Fue Bula el primer capturado por el escándalo de Odebrecht, quien se había iniciado en la política con el apoyo del exsenador Mario Uribe, primo del expresidente Álvaro Uribe, prestándole su nombre en la compra de tierras, luego investigado por despojos violentos con la utilización de escuadrones paramilitares.⁵³

El exdirectivo para Colombia de la transnacional Odebrecht, Yesid Augusto Arocha Alarcón, fue el delator de Bula, quien había sido vinculado a la empresa, en el 2013, con un contrato de asesoría y gestión, bajo la modalidad *success fee*, siendo concretamente el encargado de agilizar y gestionar los contratos con el Estado, ganándose el 1%, en caso que todo saliera bien. En su propia confesión, el lobista Bula reconoció haber ganado una suma cercana a los cuatro millones seiscientos mil dólares.⁵⁴

Las investigaciones también revelaron que Odebrecht se beneficiaba con aumentos

52 Si bien esa sentencia de primera instancia, de más de cuatrocientas páginas, ha sido impugnada por lo que no se encuentra en firme, indica que: «El procesado Rafael Correa Delgado ejerció sus funciones como Presidente Constitucional de la República del Ecuador (2007-2017), con un poder totalmente concentrado en sus manos, a manera de un ‘autócrata’, esto es, controlando las cinco funciones del Estado ecuatoriano (Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y Transparencia), lo que se exacerbó hasta el punto de defraudar su rol de Presidente de la República, dentro de la sociedad, conculcando la institucionalidad misma del Gobierno ecuatoriano como tal; y, de esta manera, adecuando su conducta al delito de cohecho pasivo propio agravado, toda vez que, en la Presidencia de la República, armó un entarimado de corrupción conformada por funcionarios públicos y privados [...] recibía el beneficio económico ilícito, vía ‘cruce de facturas’, dado por varios empresarios, ahora procesados, a cambio de sendas adjudicaciones de contratos a las empresas involucradas en la trama de sobornos. [...] Precisamente, la forma autocrática de ejercer el poder, explica que la conducta del procesado Rafael Correa Delgado, de ninguna manera fue ‘neutra’ [...] Bajo los razonamientos detallados *ut supra*, este Tribunal de primera instancia tiene el convencimiento de la culpabilidad penal del procesado Rafael Correa Delgado, quien actuó en calidad de instigador, que por principio de legalidad, se lo asimila dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como una forma de autoría mediata, esto es, aconsejando a otros funcionarios públicos, ahora procesados, para que cometan la infracción de cohecho pasivo propio agravado [...]».

53 González, J. (2018). *Odebrecht. La historia completa. Los secretos de un escándalo de corrupción que desestabilizó a América Latina. op. cit.*, p. 128.

54 En la sentencia de la Sala de Decisión de la Corte, al dictarse el encarcelamiento preventivo contra Bernardo Elías, se consideró que: «A pesar de la dignidad del cargo para el que fue elegido (senador), mostró afán desenfrenado por enriquecerse, intervino para que sumas multimillonarias, que debieron ser invertidas en más y mejores obras, fueran destinadas a la corrupción de servidores públicos, lo que no solo afecta gravemente el desarrollo del país, en cuanto a su infraestructura, sino además socava pilares éticos sobre los que está estructurada la sociedad misma».

de tarifas de los peajes, instalación de nuevas casetas de peaje, construcción de la ampliación de la Ruta del Sol II. El fiscal general de la Nación indicó que el teléfono celular de Otto Bula fue la pieza clave, que reveló estos actos de criminalidad, pues contenía información, que delataba mejor que los propios testimonios, a todo artífice y partícipe de los negociados.

En las delaciones, producto del Acuerdo, Estados Unidos, Suiza y Brasil, los exdirectivos de Odebrecht indicaron, respecto de Colombia, que el monto de sobornos, ascendería a los once millones de dólares, siendo la persona de mayor rango en el Ejecutivo, por haberse beneficiado de los sobornos, el ex viceministro de Transportes y director encargado del Instituto Nacional de Concesiones, Gabriel García Morales, quien aparecía en los documentos entregados al tribunal, como receptor de seis millones quinientos mil dólares, por los «servicios prestados» para la adjudicación del sector 2 de la Ruta del Sol, dinero que habría recibido, una parte en efectivo, y la otra en acciones de empresas, las cuales también aceptaban la máquina de corrupción en el Ecuador.⁵⁵ Este exviceministro fue condenado a cinco años y dos meses de prisión, habiendo solo devuelto dos millones quinientos mil dólares; no existen otros empresarios sancionados.

Para las elecciones presidenciales, Bula confesó haber entregado personalmente un maletín con quinientos mil dólares, a uno de los hombres cercanos al entonces candidato Juan Manuel Santos, llamado José Roberto Prieto, quien se había desempeñado como gerente de la campaña presidencial.⁵⁶ Entre

las personas, cuyas llamadas telefónicas fueron intervenidas por la Fiscalía, con el objeto de detectar los aportes de Odebrecht a la campaña, estuvo el propio expresidente; sin embargo, la Comisión Fiscalizadora del Legislativo decidió archivar cualquier investigación en su contra, por no haber méritos, lo que fue ratificado por el Consejo Electoral. En cambio, Prieto fue encarcelado, por existir evidencia suficiente en su contra; todo lo cual ha reflejado que, en Colombia, los asuntos de Odebrecht se hayan roto por el lado más débil, esto es, por los mandos medios, no existiendo ningún caso contra los más altos funcionarios.

Conclusiones

Si en países ricos en recursos naturales, pero muy inequitativos y pobres en institucionalidad y desarrollo, no se estructuran sólidas entidades democráticas, con verdaderos y eficientes mecanismos de rendición de cuentas, ante los ciudadanos, es muy probable que siga existiendo un terreno propicio para la corrupción.⁵⁷

En delitos perpetrados por una misma empresa, en diversos países de la región, como los antes referidos, está demostrado que si los corruptos no hubieren cometido acciones, como parte de esos ilícitos, en países mucho más serios e institucionalmente preparados para combatir estos males, hubiese sido muy poco probable que los delincuentes caigan de la manera ocurrida. Pues, efectivamente, solo cuando los Estados Unidos y Suiza intervinieron, la información salió a la luz, dejando expuesta la frágil institucionalidad y negligencia

55 González, J. (2018). *Odebrecht. La historia completa. Los secretos de un escándalo de corrupción que desestabilizó a América Latina. op. cit.*, p. 139.

56 Se ha documentado que cuando fue José Roberto Prieto, representante de Colombia ante el Banco Interamericano de Desarrollo, de 2010 a 2013, promovió el trámite de créditos por alrededor de doce millones de dólares, para destinarlos a proyectos del Ministerio de Transporte y la Financiera de Desarrollo Territorial, habiendo estas entidades públicas adjudicado a una empresa de un familiar de Prieto contratos de publicidad por más de dos millones de dólares.

57 International Council on Human Rights Policy. (2009). *La corrupción y los derechos humanos. Estableciendo el vínculo. op. cit.*, pp. 69-70.

cia de las autoridades de América Latina para poder actuar por sí mismas, a pesar de regirse por gobiernos democráticos.

Si las próximas generaciones crecen percibiendo la corrupción como algo normal, la batalla se habrá perdido;⁵⁸ es esencial que, desde edades tempranas, se dé un replanteamiento de valores cívicos y éticos. Las organizaciones de la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales, los grupos empresariales y de trabajadores, los institutos de investigación, la academia, los medios de comunicación, los industriales, incluso cada núcleo familiar juega un papel crucial en los esfuerzos, tanto para combatir la corrupción, como para promover y proteger los derechos humanos afectados por ella.

En el Ecuador, las normas de transparencia como actualmente se encuentran dictadas y aplicadas, no son completamente útiles para conocer sobre la información de los contratos y documentos públicos, la cual debería ser divulgada,⁵⁹ debido a que no existe un estándar común comparativo en el ámbito regional o internacional; por tanto, podrían ser desarrollados tales parámetros, a través de normativa internacional o regional, la cual establezca, por ejemplo, aspectos puntuales mínimos y esenciales de difusión de cada contratación pública (sobre todo de los proyectos más caros o emblemáticos), como información detallada de los contratistas con el Estado (incluyendo sus consorciados, accionistas, socios, empresas relacionadas, hasta detallar a las personas naturales, quienes están por detrás de tantas empresas), las cuentas bancarias de destino de los recursos públicos pagados, las declaraciones patrimoniales de las personas del sector privado, quienes son las mayores beneficiarias de tales recursos; las cantidades de ocasiones anteriores que hayan sido contratistas del Estado, con el detalle de las obras y montos contratados.

Paralelamente, es imprescindible que los fiscales y jueces apliquen la ley, sin miedos ni compromisos, venciendo temores reverenciales, sintiéndose resguardados de lo que la propia ley exige y garantiza: la independencia e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones; además de aplicar el deber moral de ingratitud al momento de ser elegidos en sus cargos. Solo así podrían actuar en beneficio de la verdad, con pragmatismo y protegidos de influencias perversas y de poderes, los cuales buscan impunidad. Si los fiscales actúan sobre una base selectiva, la independencia y la autoridad de la judicatura también estará comprometida. Estas son las dos áreas cruciales a las que deben prestar atención las organizaciones anticorrupción e, inclusive, los defensores de los derechos humanos.

La visión pragmática y de perspectiva al adelantar estas delicadas investigaciones, debe implicar el dejar de rasgarse las vestiduras por la territorialidad o soberanía de los países, para investigar y sancionar en sus jurisdicciones a los delincuentes que hayan cometido delitos transfronterizos, pues al existir sujetos y hechos —como el origen y envío de dineros— que rebasan un determinado país, es absurdo pensar que únicamente la justicia de un solo Estado debería tener competencia para juzgar a los implicados. Ello demuestra aún más que las normas de derecho internacional o al menos de derecho regional deberían fijar estándares comunes para la colaboración y acción coordinada de las entidades investigadoras (fiscalías, ministerios públicos), y así lograr actuaciones conjuntas entre los Estados afectados por esos crímenes transnacionales.

Un principio que esas normas internacionales o, por ejemplo, a través de un régimen común andino —como ocurre en

58 Ídem. (2009). *La corrupción y los derechos humanos. Estableciendo el vínculo. op. cit.*, p. 92.

59 Parece de poca importancia conocer el organigrama de cada entidad pública, los sueldos al centavo de cada funcionario, o incluso la cantidad de documentos que son requeridos o contestados anualmente por cada institución del Estado.

el derecho comunitario europeo— podrían establecer, es que el primer país que llegue a suscribir acuerdos de cooperación eficaz, con funcionarios de empresas transnacionales, comprometidas con pagos de sobornos, sería el país llamado a juzgarlos, dejando por fuera la posibilidad de que jurisdicciones de otros países los juzguen por hechos o delitos relacionados, siempre y cuando, evidentemente, la cooperación e información revelada sea de suma eficacia para los procesos judiciales de todos los países. Sin esa garantía, es comprensible que las personas implicadas piensen mucho antes de animarse a cooperar eficazmente, pues si van a ser sujetos de múltiples juicios, en diversos países, por los mismos escándalos de corrupción, simplemente esas colaboraciones no se darían o tendrían menor eficacia. O, al menos, se comprometerían con acuerdos de delación e, inclusive, de resarcimiento por los daños causados, ante jurisdicciones de países desarrollados, o con una institucionalidad de justicia seria y creíble, como ocurrió en el vigente y tan sonado caso de la famosa Odebrecht.

REFERENCIAS

- Alvar, Alfredo. (2010). *El duque de Lerma, corrupción y desmoralización en la España del siglo XVII*. Madrid: La Esfera de los Libros.
- Brioschi, Carlos Alberto. (2010). *Breve historia de la corrupción*. Madrid: Editorial Taurus.
- Contraloría General de la República del Perú. (2013). *La Contraloría cuenta su historia*. Lima.
- Etkin, Jorge Ricardo. (1993). *La doble moral de las organizaciones: los sistemas perversos y la corrupción institucionalizada*. Madrid: McGraw-Hill.
- González Pérez, Jesús y Menor, Cizur. (2014). *Corrupción, ética, y moral en las administraciones públicas*. Civitas.
- González, Jorge. (2018). *Odebrecht. La historia completa. Los secretos de un escándalo de corrupción que desestabilizó a América Latina*. Bogotá: Penguin Random House.
- Grupo Faro. (2019). *Informe de avance a la política pública de lucha contra la corrupción*. Quito.
- International Council on Human Rights Policy. (2009). *La corrupción y los derechos humanos. Estableciendo el vínculo*. México: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey.
- Novoa Curich, Yvana Lucía. (2016). ¿Son las convenciones de lucha contra la corrupción Tratados de derechos humanos? *Revista de Derecho*, Editorial Thēmis.
- ONU. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. (2003). OEA. *Convención Interamericana contra la Corrupción*. (1996). OCDE. Convención sobre el Combate a la corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE.
- Plan V. (2019). *Ecuador, el lento y polémico camino de la lucha anticorrupción*. <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/ecuador-el-lento-y-polemico-camino-la-lucha-anticorrupcion>.
- Porras Barrenechea, Raúl. (1935). La caída del imperio incaico. *Revista de la PUCP*, Lima. http://sisbib.unmsm.edu.pe/bib-virtual/libros/linguistica/legado_quechua/la_caida.htm
- Salinas Jiménez, Javier y Salinas Jiménez, María del Mar. (2006). *Efectos de la corrupción sobre la productividad: un estudio para los países de la OCDE*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Sandri, Piergiorgio M. (2012). Historia de la corrupción. *La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/estilos-de-vida/20120803/54331562523/historia-de-la-corrupcion.html>
- Smith, Michael *et al.* (2017). Nunca nadie ideó una máquina de corrupción como ésta. *Bloomberg Business Week*. <https://www.bloomberg.com/>

news/features/2017-06-08/nunca-nadie-ide-una-m-quina-de-corrupci-n-como-statask-force-wins-transparency-international-anti-corruption

Transparencia Internacional. <https://www.transparency.org/en/press/brazils-carwash>
Vigna, Anne. (1 de septiembre de 2017). Des pots-de-vin qui ont arrosé tous les partis politiques; Au Brésil, les ramifications du

scandale Odebrecht. *Le Monde Diplomatique*. <https://www.monde-diplomatique.fr/2017/09/VIGNA/57836>

Zavala Egas, Javier. (1998). *Corrupción política, el caso del Ecuador*. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). <http://old.clad.org/documentos/otros-documentos/corrupcion-politica-el-caso-del-ecuador>

Autoría y participación en delitos cometidos desde el seno de una sociedad anónima: ¿imputación por acción u omisión?

Authorship and participation in crimes committed within a corporation: ¿imputation by action or omission?

VICENTE VÁSCONEZ MERELO

Investigador independiente

vvasconez@hotmail.es

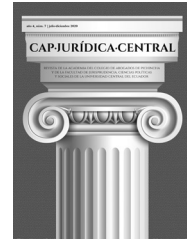
ORCID: 0000-0002-0071-2054

JOSÉ ANTONIO BURNEO

Investigador independiente

jaburneo_94@outlook.es

ORCID: 0000-0002-0071-2054



Recibido:
31/07/2020

Aceptado:
21/08/2020

Resumen

La estructura organizacional de una sociedad anónima complica en gran medida la imputación de responsabilidad penal para cada infractor en particular, sin embargo, es una tarea factible siempre que se haga buen uso de la dogmática de los delitos de actividad o de omisión, según sea el caso. En el derecho positivo ecuatoriano, en el marco del delito de cohecho, en el supuesto en que un gerente ordene a una gama de eslabones inferiores, que sobornen a un funcionario público, solo podrá imputarse autoría a dicho gerente siempre que se «eche mano» de la teoría del autor detrás del autor, ideada por el profesor Friedrich Christian Schroeder. Por otro lado, en el marco del delito de manipulación genética, en caso de que la actividad criminal sea ordenada o consentida por el gerente de una sociedad, con ese giro del negocio, lo más acertado será utilizar la estructura del delito omisivo impropio, para endilgar responsabilidad penal en calidad de autor al gerente, pues en tanto que la salud es uno de los bienes jurídicos contemplados por la norma del artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal, es completamente admisible una imputación en comisión por omisión.

Palabras clave

Autoría mediata, cohecho, manipulación genética, omisión impropia, sociedad anónima.

Abstract

The organizational structure of a corporation complicates the imputation of criminal liability for each offender. However, it is a feasible task, if the dogmatic of activity or omission offence is made to be used. In Ecuador's Positive Law, in the context of the crime of bribery, in the event that a manager orders a range of power links to bribe a public official, he can only be charged with that manager provided that he takes cover of the author's theory behind the author devised by Professor Friedrich Christian Schroeder. On the other hand, in the context of the crime of genetic manipulation, in case the criminal activity is ordered or consented to by the manager of a corporation with that turn of business, it will tend to use the structure of the wrong omissive crime to include criminal liability as an author to the manager, since health is one of the legal assets contemplated by Article 28th of the Organic Criminal Code; an objection in commission by omission of the author is fully admissible.

Keywords

Mediate authorship, bribery, genetic manipulation, improper omission, corporation.

Introducción

La autoría y participación en el derecho penal es un tema muy controvertido y profusamente criticado por todos quienes se han interesado en esta rama del derecho. Quizá lo menos problemático sea analizar la participación criminal, en los supuestos en los cuales el ejecutor del crimen lo hace por sí solo y de forma directa, pero allí donde concurra la participación de varios individuos lo más probable sea que la tarea del intérprete se dificulte.

Asimismo, la cuestión parece complicarse aún más, cuando la concurrencia de varios individuos en la ejecución de un crimen se la hace, desde el seno de una sociedad, pues en estos supuestos una compleja organización societaria le da un plus de dificultad al análisis de una posible responsabilidad penal individual. Sin embargo, a este inconveniente, todavía habría que sumarle otro de igual importancia, puesto que la imputación penal suele estar sujeta, en gran medida, a la naturaleza de la norma jurídica en concreto y al bien jurídico que en él se tutele, por lo que, en abstracto, sería imposible decantarse por un modelo de imputación unitario para todos los casos, en que se cometa crímenes desde una sociedad.

En este sentido, en la presente obra se va a procurar analizar y proponer, con el más alto rigor académico, la forma en que debería ejecutarse una correcta imputación de responsabilidad penal para el titular del órgano de administración de una sociedad anónima (gerente), cuando concurra una cadena de empleados y solo algunos de ellos sean los ejecutores directos. Además, para bajar todo esto a tierra, el análisis de autoría y participación se lo efectuará únicamente en dos escenarios fácticos: el primero de ellos, será en un contexto de cohecho, en donde el gerente de una sociedad ordene a un empleado intermedio para que éste, a su vez, ordene a otros empleados de menor jerarquía, que vayan a sobornar a un funcionario público y, el segundo, se da en el marco del delito de manipulación genética, en donde, a gusto y paciencia del gerente, sus empleados trabajen en proyectos eugenésicos prohibidos por la ley. Para todos estos casos se tendrá, como punto de partida, las normas del Código Orgánico Integral Penal (COIP).

Además, es oportuno anticipar, desde ya, que la decisión de realizar un análisis diferencial de la responsabilidad penal del gerente y del empleado ejecutor, para el de-

lito de cohecho y la manipulación genética no es para nada antojadiza, pues como se verá en el desarrollo de la obra, para el caso del delito de cohecho, corresponde efectuar una imputación, siguiendo la dogmática de los delitos de acción y para el supuesto de manipulación genética, es necesario utilizar la estructura del delito omisivo impropio, lo cual, como es natural, trae aparejado un ejercicio hermenéutico dispar.

Se debe notar que para lograr un desarrollo coherente y armonioso de esta propuesta, inicialmente es imperativo dedicar todo un capítulo al estudio de la estructura organizacional de una sociedad anónima y, principalmente, describir de forma suficiente los deberes y potestades, las cuales recaen en el órgano de administración. De allí en adelante, en los capítulos III y IV, corresponde entrar estrictamente en materia y, por ello, se analizará una a una las formas de participación criminal, previstas en los artículos 42 y 43 del COIP, teniendo como norte las conductas de los gerentes y ejecutores directos de las infracciones de cohecho y manipulación genética.

Estructura organizacional de una sociedad anónima: una mirada al órgano de administración

Empresa y sociedad comercial

En el campo del derecho, la empresa no es un símil, ni siquiera equivalente, a la figura de la sociedad comercial o compañía. Su diferenciación más básica radica en su propia naturaleza, porque la compañía es un contrato de sociedad, cuyo resultado es la creación de una persona jurídica; mientras que la empresa, es un concepto fáctico de la actividad organizativa. De modo que no es posible definir con precisión cuándo se inició una empresa, lo cual sí es factible hacer, en el caso de la compañía, a través de una verificación en su contrato de constitución. Para profundizar en sus diferencias, en lo venidero resaltamos sus principales características.

La empresa

Se trata de un concepto eminentemente económico, que fue acogido por el derecho, para difuminar ciertas confusiones y dar una mayor facilidad práctica, a quienes tienen la calidad de empresarios. El Código de Comercio ecuatoriano (CC), tomó a la figura de la empresa como una «novedad», en pleno año 2019 (fue publicado en el Registro Oficial, en mayo de ese año), definiéndola, acertadamente, como una unidad económica, con fines organizativos y administrativos. En ese sentido, el artículo 14 de dicho cuerpo legal caracteriza a la empresa como el resultado de la combinación de diversos elementos: elementos materiales, inmateriales y personales. Esa combinación no es aleatoria, pues está subordinada al ejercicio de actividades mercantiles, es decir, dedicarse a cualquiera de las ocupaciones del artículo 3 del CC, llamados actos de comercio. Vale la pena aclarar que el encargado de esta gestión administrativa es el empresario, quien en nuestra legislación, es un símil para comerciante, descrito en el artículo 10 del CC, clasificación que incluye a las sociedades mercantiles.

La compañía

Al hablar de compañía, ineludiblemente debemos iniciar con una referencia al contrato de sociedad que, en su representación más general, es la combinación de elementos en común por dos o más personas para dividir beneficios (en la actualidad, es posible constituir compañías unipersonales). El concepto general, civilista, de compañía está descrito en el artículo 1957 del Código Civil.

En particular, una compañía es un tipo de sociedad, específicamente, una comercial, la cual se encuentra regulada por la Ley de Compañías, como norma principal, y por el Código de Comercio y el Código Civil, en forma subsidiaria. El contrato de compañía, que es siempre una sociedad comercial, es aquél en el cual una o más personas, dependiendo de la modalidad societaria, unen sus capitales para emprender actividades mercan-

tiles, creando una persona jurídica distinta a la de sus fundadores.

La sociedad anónima y sus órganos

La sociedad anónima es una especie de compañía, con personalidad jurídica propia y naturaleza capitalista. Es decir, que su órgano de administración puede recaer en personas, quienes no sean accionistas, conforme lo aclara el artículo 144 de la Ley de Compañías; de modo que para sus fines, le interesa más la existencia de acciones, su transmisión y negociación, que la calidad de las personas, quienes tienen su titularidad; esencialmente, porque dichas acciones son libremente negociables y, según Balbín, esa es la diferencia sustancial, para separar a la compañía anónima de las demás especies de compañías personalistas.¹ Una compañía anónima no es una empresa, es el empresario quien la organiza.

Toda compañía, en mayor o menor medida, según su modalidad societaria, es manejada a través de órganos sociales. En primera línea, se encuentra el órgano de gobierno, el encargado de la toma de decisiones, por otro lado, está el órgano de administración, el cual se encarga de ejecutar las actividades tendientes a la buena conducción de la compañía. Finalmente, encontramos al órgano de fiscalización, el cual hace las veces de un contralor interno.² Para efectos de esta investigación, nos ocuparemos únicamente de los dos primeros órganos societarios mencionados, poniendo énfasis en el organismo de administración.

Órgano de gobierno

Es el órgano supremo de la compañía, representado a través de la Junta General de Accionistas (llamada comúnmente Asamblea,

para diferenciarla de la compañía de responsabilidad limitada), legalmente convocados y reunidos; todo esto en concordancia con el artículo 230 de la Ley de Compañías. Es llamado órgano de gobierno, porque tiene amplísimas potestades, para resolver todos los asuntos de la compañía y tomar decisiones significativas sobre ésta. Por ejemplo, este órgano decide sobre actos societarios sustanciales, tales como disminución de capital o cambio de domicilio.

Con respecto a la toma de decisiones, le es aplicado el sistema de la mayoría, legal o estatutaria, de los accionistas con derecho a voto. Los accionistas preferentes,³ quienes también forman parte de la junta solo tienen voz en ésta y, al no tener potestad de incidir en las decisiones de aquélla, los accionistas preferentes no son responsables de las decisiones estatutarias del órgano de gobierno, así como tampoco lo son de actuaciones e ilegalidades realizadas por la mencionada junta.⁴

Órgano de administración

En el contrato social de la compañía, dentro de los estatutos, es fijada la estructura del órgano de administración de la compañía anónima. Es prudente recordar que la ley no ofrece una estructura estricta de una construcción tipo para estos órganos societarios; de modo que faculta a cada compañía, para manejarlo según sus mejores intereses. Así, la administración de una compañía anónima puede entregarse a diferentes figuras, a saber: gerentes, administradores, mandatarios, factores, cuerpos colegiados, directores o consejos de administración. Sin olvidar que ostentar la administración, no necesariamente implica la representación legal de la persona jurídica; aunque pueden ser ejecutados, a la vez,

1 Balbín, S. (2015). *Manual de Derecho Societario*. Buenos Aires: Edit. Abeledo-Perrot, pp. 494-495.

2 Mascheroni, F. (1986). *Sociedades comerciales*. Buenos Aires: Edit. Universidad, pp. 385-387.

3 Conforme al artículo 170 de la Ley de Compañías, las acciones preferentes o preferidas son aquellas que no tienen derecho a voto. Así que los accionistas, quienes sean sus titulares, únicamente tienen derechos patrimoniales con respecto a la compañía.

4 Halperín, I. y Otegui, J. (1998). *Sociedades anónimas* (2.^a ed.). Buenos Aires: Edit. Depalma, p. 261.

por la misma figura societaria. En defecto de ello, la administración, la cual no ostente la representación legal, podrá ser solidariamente responsable por todo acto que implique a la compañía, derivado de su obligación legal de gestión y cuidado, descrita en el artículo 255 de la Ley de Compañías.

El órgano de administración, en la amplia generalidad, suele recaer en hombros del gerente general. Sin embargo, esto no es una regla, pues es posible designar un cuerpo colegiado para que realice las actividades administrativas. En dicho caso, la responsabilidad será solidaria, para todos quienes compongan el cuerpo colegiado. Todo esto depende del contrato social de la compañía, aunque en el caso de que nada se especifique sobre ello en el contrato, será la junta la encargada de estructurar la administración de la compañía y no simplemente designar un administrador, pues, en ese caso, la responsabilidad del administrador será amplia y general, en todo lo relativo a la sociedad anónima.

El administrador de una compañía anónima puede no ser un accionista, ni su representante legal. A pesar de ello, puede tener amplias facultades sobre el manejo de la persona jurídica que administra. Dependiendo del campo de actuación que tenga el administrador, sus facultades y poderes sobre los integrantes o dependientes de la compañía pueden ser superiores. Por ello, el grado de responsabilidad de los administradores es amplísimo, aun en actos cometidos por subordinados, sin aprobación o conocimiento de éste, en el caso de que éstos se comporten como representantes de la compañía y el gerente no muestre ningún tipo de negativa hacia ello, conforme el artículo 52 del Código de Comercio. Además de esta responsabilidad pasiva, también tendrán responsabilidad por actos cometidos de forma directa o acti-

va por él, o por medio de dependientes, por orden directa de la administración, debido a que incumple su deber de actuación diligente, o incurre en actividades ajenas al objeto social de la compañía.⁵

La Ley de Compañías, en el artículo 271, posibilita también que la administración de una sociedad anónima, sea entregada a un Consejo de Administración, el cual puede ser un cuerpo colegiado de leal saber, el cual tendrá responsabilidad solidaria, con respecto a sus miembros, en todas las actuaciones y decisiones tomadas por el referido consejo, debido a que a cada uno de los integrantes de éste, le son aplicables los derechos, obligaciones y responsabilidades de los administradores.⁶ Al ser un cuerpo de administración, colegiado o no, estará encargado de las labores de dirección de la compañía, a través de su presidente; sin que esto exima de responsabilidad a los demás miembros, conforme lo indica el artículo 271 de la Ley de Compañías. El Consejo de Administración no es lo mismo que un directorio, ya que este último asume facultades de la toma de decisiones, en calidad de representante del órgano de gobierno, sin perjuicio de que uno de los directores tenga la calidad de administrador.

Para efectos didácticos, en el presente escrito asumiremos que un gerente es el administrador de una sociedad anónima, y lo es de forma individual, además, asumiremos que dicho gerente es su representante legal. Considerando las demás variables expuestas, tanto su complejidad y amplitud, planteamos la siguiente estructura de órgano de administración de una sociedad anónima, para que, con base en ésta, se individualicen los niveles de participación criminal en los delitos de cohecho y manipulación genética. Veamos: una sociedad anónima con dos accionistas, uno de ellos ostenta la calidad de presidente, y el otro, es el gerente

5 Velasco Cuesta, R. (2006). *La responsabilidad de los administradores de las compañías* (tesis de grado). Quito: UDLA, pp. 36-38. <http://dspace.udla.edu.ec/BITSTREAM/33000/366/1/UDLA-EC-TAB-2006-04.pdf>

6 Cevallos, V. (1992). *Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano*. Quito: Edit. Jurídica del Ecuador, p. 178.

general; este último es el administrador por sí mismo y, a su vez, representante legal. Posee amplísimas facultades de dirección y puede actuar, conforme a su buen saber sobre gestión. Además, para poder identificar de mejor manera su responsabilidad como administrador, no es necesario la aprobación de la junta de accionistas para la toma de decisiones gerenciales o de gestión; exceptuando aquéllas, las cuales sean actos societarios determinantes, tales como disolución, liquidación, fusión, escisión o transformación de la compañía, disminución de capital, cambio de objeto social, prórroga del plazo del contrato social o cambio de domicilio.

Responsabilidad penal del órgano de administración en una sociedad anónima respecto del delito de cohecho

Habíamos establecido que la base fáctica para nuestro análisis, tiene como punto de partida un gerente, quien ostenta la representación legal de la sociedad anónima y que, además, cuenta con un amplio margen para tomar decisiones de gestión. En tal circunstancia, para los efectos de este capítulo, trabajaremos con el siguiente supuesto fáctico: Juan es gerente y representante legal de la sociedad anónima denominada «XYZ» y el giro de su negocio es la construcción de carreteras. Debido a su enorme ambición y tendencia a escoger el camino rápido para aumentar su patrimonio, Juan decide que es momento de sobornar a funcionarios públicos para que éstos le otorguen la mayor cantidad de contratos y así lo ha ejecutado durante varios años. No obstante, Juan no se encarga de cometer el acto de soborno por su cuenta, sino que siempre le da la orden a su inferior jerárquico (Pedro), a fin de que éste, a su vez, seleccione a un empleado indistinto, de la más baja esfera jerárquica (son 20 empleados, pero en este caso

concreto es escogido Marco) y de esa manera, se hace llegar el dinero del soborno al funcionario. Un dato muy importante es que, tanto Pedro, como Marco, aceptaron de muy buena manera la idea criminal de su gerente (Juan), pues la obtención de contratos les ayudaría a obtener más ingresos económicos y éste es el raciocinio de todos los trabajadores de la sociedad, quienes están dispuestos a hacer lo que sea por aumentar su patrimonio.

Dicho esto, en referencia al delito de cohecho activo, enseña Donna, que «[...] en este tipo penal basta el ofrecimiento o la promesa al funcionario público»,⁷ por lo que no es necesario que el funcionario acepte el ofrecimiento, para que se consume el delito. En tal circunstancia, en el supuesto fáctico planteado, bien puede sostenerse que estamos frente a un delito de cohecho activo consumado y, por tanto, resta dilucidar la forma en que se deberá imputar a Juan, Pedro y Marco.

Ahora bien, lo más conveniente, en términos sistemáticos, es dilucidar si el delito de cohecho activo, puede ser ejecutado únicamente, a través de una conducta de actividad, o si también es admisible una imputación por omisión. En este sentido, se desprende del inciso 3.º, del artículo 280 del COIP, que los verbos rectores consisten en ofrecer, dar o prometer un beneficio patrimonial a un funcionario público, para que éste haga o deje de hacer cuestiones inherentes a sus funciones. Consecuentemente, desde un punto de partida meramente literal parecería no haber lugar para una imputación omisiva, puesto que claramente el legislador ha sancionado una prohibición y no así un mandato. Además, si este argumento no es suficiente, el legislador ecuatoriano tomó la decisión político-criminal de sancionar únicamente las conductas omisivas impropias, las cuales lesionen la vida, la salud, la libertad y la integridad personal,⁸ por

7 Donna, E. (2000). *Derecho Penal. Parte especial* (t. 3). Buenos Aires: Edit. Rubinzal-Culzoni, p. 214.

8 Así pues, el artículo 28 del COIP prevé lo siguiente: «Art. 28.- Omisión dolosa.- La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posi-

tanto, al no estar contemplado el correcto y normal funcionamiento de la administración pública como bien jurídico, sería imposible pretender una imputación omisiva a cualquiera de los tres participantes de la infracción.

Debido a todo lo argumentado, queda claro que solo sería admisible una imputación siguiendo la dogmática de los delitos de actividad; por lo que en este punto corresponde examinar, si los criterios de autoría y participación, recogidos en el COIP, resultan idóneos para resolver el caso planteado, y para ello será necesario individualizar el análisis para cada sujeto en particular.

Veamos:

Respecto de Marco, el análisis no requiere mayor profundidad, pues a todas luces se advierte que es autor directo doloso de cohecho activo; sin embargo, para el resto de participantes, la individualización de responsabilidad no es tan sencilla. Entonces, sobre Juan y Pedro y la posibilidad de imputarles autoría directa, enseñan Muñoz Conde y García Arán, que el criterio dominante en la actualidad para determinar cuándo un sujeto puede ser catalogado como autor, es el del dominio del hecho, según el cual «es autor quien domina finalmente la realización del delito, es decir, quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización».⁹ Por tanto, de ninguna manera podría criminalizarse como autores directos a Juan y Pedro, debido a que

no fueron ellos quienes ejecutaron en primer plano o dominaron el sí y el cómo del acto de sobornar al funcionario, sino que emitieron la orden para que Marco ejecute el soborno de forma directa.

Sobre la posibilidad de imputarles coautoría a Juan, Pedro y Marco, es fácil advertir que únicamente Marco fue quien intervino en la fase ejecutiva del hecho, mientras que Juan y Pedro se limitaron a participar en un estadio previo, en el íter criminis, en tanto que la coautoría requiere necesariamente una participación en el estadio de la ejecución de la infracción,¹⁰ tampoco sería plausible una imputación por coautoría para Juan, Pedro y Marco.

Asimismo, puede pensarse que en tanto que Marco es quien gozaba del dominio del hecho en el delito de cohecho activo, sería factible imputar a Juan, por inducción de Pedro y éste, a su vez, como inductor de Marco, para que este último cometa la infracción; sin embargo, aquello no es posible, pues como bien ponen sobre la escena Zaffaroni, Slokar y Alagia, «para que haya instigación siempre debe haber un contacto psíquico entre el instigador y el autor»,¹¹ lo cual hace imposible una inducción en cadena, debido a que el dolo del inductor, debe estar dirigido a un determinado hecho y a un autor determinado.¹² Por tanto, siendo Pedro quien hizo surgir la idea criminal en Marco, a lo sumo la induc-

ción de garante. Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico».

9 Muñoz Conde, F. y M., García Arán. (2010). *Derecho Penal. Parte general* (8.^a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 434.

10 El profesor español advierte que: «Lo acertado es, pues, considerar coautores no sólo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva». Al respecto, véase, Mir Puig, S. (2011). *Derecho Penal. Parte general* (9.^a ed.). Barcelona: Edit. Reppertor, p. 403. En el mismo sentido, véase, Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte general*. (Trad.) Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Edit. Depalma, p. 113.

11 Zaffaroni, E. R., A., Slokar, y A., Alagia. (2002). *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: Edit. Ediar, p. 803. Véase también, Bacigalupo Zapater, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Edit. Temis, p. 207.

12 Así lo reconoce Mir Puig, quien manifiesta que la doctrina española se muestra renuente a aceptar una inducción en cadena, esto es, inducir a otro para que este a su vez induzca a otra persona a cometer el hecho. Mir Puig, S. *Derecho Penal. Parte general* (9.^a ed.). *op. cit.*, pp. 415- 416.

ción serviría para imputar a Pedro como inductor del delito de cohecho de Marco, pero esa solución nos dejaría fuera a Juan, quien fue el verdadero precursor del crimen.

En el mismo estadio de la inducción, Mir Puig sostiene que es absolutamente plausible una imputación por inducción mediata, en el sentido de que «en ella se atribuye como obra propia al hombre de atrás la inducción directa que efectúa el instrumento».¹³

Entonces, desde esta variante podría sostenerse que sí sería factible imputar a Juan como inductor mediato de Pedro, quien hizo surgir la mentalidad criminal en Marco; sin embargo, en este caso en particular, aquello es insostenible, porque Pedro no obró como ningún instrumento, pues tuvo un conocimiento entero de la actividad criminal y tampoco fue víctima de coacción por parte de Juan. En consecuencia, Pedro sería un sujeto plenamente responsable y con ello, la idea de la inducción mediata tampoco serviría para imputar a Juan.¹⁴

Respecto de la participación de Juan como un posible cómplice, aquí se puede advertir que una imputación de esta naturaleza, no es descabellada, en el marco del COIP, pues en el caso planteado fue quien otorgó los medios necesarios (dinero) para sobornar al funcionario y tampoco la norma le exige participar en la ejecución de la infracción,¹⁵ por lo que bien se lo podría encasillar como cómplice en el delito de cohecho activo. Hay que tomar en consideración que el COIP, no prevé la figura del cómplice necesario, sino

únicamente la complicidad ordinaria y en tal circunstancia, la pena, que le correspondería a Juan, sería de un tercio a la mitad de aquella prevista para el autor. Pese a todo lo dicho, desde la mera intuición podría afirmarse que la conducta de Juan, no fue un mero acto secundario, tendiente a favorecer la perpetración del crimen, sino que su participación fue esencial y hasta protagónica, en el supuesto fáctico planteado, a continuación, trataremos de ensayar un criterio de imputación, que lo sitúe como el autor quien realmente es.

Habíamos dicho que no era posible utilizar la forma tradicional de autoría mediata, debido a que Pedro y Marco no tuvieron un déficit cognitivo o, a su vez, fueron víctimas de coacción; en tal circunstancia, solo restaría la posibilidad de imputar a Juan, como autor mediato, por ejercer un dominio sobre la sociedad. Un sector de la doctrina ha denominado a esta forma de autoría mediata como «dominio de aparatos organizados de poder», mientras que otro sector la ha formulado como supuestos de «autor detrás del autor», pero con un cambio sustancial en su estructura, y, a su vez, el legislador ecuatoriano la ha prescrito como «poder de mando en la organización delictiva». Consecuentemente, la técnica legislativa usada por el asambleísta dejó abierta la puerta para que se adopte cualquiera de las dos teorías, las cuales fueron aludidas en líneas anteriores.

Sobre la autoría mediata por «dominio de aparatos organizados de poder», fue Claus Roxin, quien allá por el año de 1963, emitió su for-

13 Ídem. Derecho Penal. Parte general (9.^a ed.). *op. cit.*

14 Otro criterio para rechazar la inducción puede ser el siguiente: «Si se observa, la labor del inductor se centra en promocionar de modo ineludible la resolución delictiva en otro sujeto, dejando al margen la libertad ejecutiva de éste. Los dirigentes del aparato son los que suelen dar la orden de ejecutar el delito, acatada y realizada por el ejecutor, pero en modo alguno puede decirse que la resolución delictiva la toma éste sin que cuente para nada la orden recibida. Es más, la orden que recibe es el factor desencadenante de su resolución». Márquez Cárdenas, A. E. (2005). La autoría mediata: autor detrás del autor en organizaciones criminales: narcotráfico, paramilitares, guerrilleras y mafiosas. En *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales* (n.º 23). Bogotá: Universidad Libre, p. 29.

15 Así lo ha establecido expresamente el legislador ecuatoriano en el artículo 43 del COIP, al decir lo siguiente: «Responderán como cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se habría cometido».

mulación primigenia, al decir que: «[...] en una organización delictiva los hombres de atrás, que ordenan los delitos con mando autónomo, pueden, en ese caso, ser responsables como autores mediatos, aun cuando los ejecutores inmediatos sean, asimismo, castigados como autores plenamente responsables».¹⁶ Sin embargo, para que sea posible esta imputación al hombre de atrás, deben concurrir tres elementos en concreto: en primer lugar, el sujeto de atrás debería ocupar una posición de mando en la organización; en segundo lugar, esta organización debería funcionar al margen del ordenamiento jurídico; y, finalmente, deberían ser intercambiables los ejecutores del hecho delictivo.¹⁷

Hay que decir que esta tesis ha sido bien acogida por la doctrina hispano parlante e, inclusive, ha pasado a ser parte de la jurisprudencia de los altos tribunales de algunos países, por ejemplo, en Perú, en el caso Fujimori; en Argentina, en el juicio de las juntas militares y en Brasil, en el caso Mensalao; no obstante, la doctrina generalmente suele citar la tesis de Roxin en su primera formulación, sin tomar en consideración que en el año 2006, el mismo profesor alemán agregó un cuarto elemento, consistente en la «considerable elevada disponibilidad al hecho del ejecutor»,¹⁸ recogiendo así la crítica que el profesor Schroeder había hecho al requisito de fungibilidad en los ejecutores.¹⁹

En este sentido, para esclarecer algunos aspectos problemáticos de la teoría de Roxin, como primer punto, parecería que no existe inconveniente hermenéutico en el requisito de tener poder de mando en la organización, pues fácilmente se advierte que sin la facultad de dar órdenes y que éstas sean efectivamente cumplidas, sería impensable atribuirle algún tipo de dominio al hombre de atrás. Es por ello que el poder de mando, tiene que ser efectivo, es decir, real y no un mero dominio formal de la organización.²⁰

Como segundo punto, respecto del requerimiento de que la organización opere al margen del derecho, inicialmente existía gran confusión, en el sentido de que se creía que la organización debía operar completamente al margen del derecho, es decir, que únicamente podían encasillarse estructuras criminales estatales, cuasiestatales y organizaciones criminales en estricto sentido tales como mafias, grupos paramilitares, etc. Sin embargo, más recientemente Falcone sostuvo que no es necesario que la organización opere completamente al margen del derecho, «sino únicamente en razón de los tipos penales en cuestión, como es el caso del aparato estatal en relación al homicidio».²¹ Consecuentemente, el mismo Falcone, parafraseando una decisión del BGH, argumenta que es com-

16 Roxin, C. (2006). El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. En *Revista de Estudios de Justicia* (7). Santiago: U. de Chile, p. 11.

17 Ambos, K. y C., Grammer. (2005). Dominio del hecho por organización, la responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. En *Derecho Penal y Criminología* (vol. XXVI, n.º 77). Bogotá: UExC, p. 108.

18 Así, por ejemplo, Muñoz Conde, F. y M., García Arán, sostienen que solo deberán concurrir tres elementos, esto es, «el dominio de la organización por parte de los autores mediatos, la fungibilidad o sustituibilidad de los ejecutores y que se trate de aparatos de poder que actúen como un todo al margen del Derecho». Muñoz Conde, F. y M., García Arán. (2010). *Derecho Penal. Parte general* (8.ª ed.). *op. cit.*, p. 451.

19 Roxin, C. (2006). El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *op. cit.*, p. 19.

20 Véase, Huertas Díaz, O., C., Sandoval Amaya y G., Malte Ruano, Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito. En *Opinión Jurídica* (vol. XII, 23). Medellín: U. de Medellín, p. 94.

21 Falcone, A. (2015). El autor detrás del autor en el Derecho Penal Empresarial. En *Revista de Derecho Penal. Derecho Penal Económico. Delitos contra el orden económico y financiero* (1). Buenos Aires: Edit. Rubinzal-Culzoni, p. 15. Reyes Romero argumenta que: «A partir de la formulación original de la teoría (el autor se refiere a la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder) las empresas comerciales no podrían ser entendidas como un tipo de aparato que justificase el dominio de la organización, pues no cumpliría con la exigencia del alejamiento del derecho. Sin embargo, tanto partidarios

pletamente admisible que esta teoría pueda ser aplicada para organizaciones comerciales o empresariales, y «esto en función de la no recepción de los elementos «fungibilidad del ejecutor» y «apartamiento del derecho» de la teoría de Roxin».²²

Esto nos lleva al análisis del tercer punto de la teoría de Roxin: la fungibilidad del ejecutor. Aquí, bien hacen Muñoz Conde y García Arán al reconocer que «el requisito que plantea mayores problemas para ser aplicado en el ámbito empresarial es el de la fungibilidad de los meros ejecutores».²³ Y esto es así, debido a que en un contexto societario, generalmente no existe una disponibilidad amplia de ejecutores, como sí podría haberlo en organizaciones estatales, cuasistatales o meramente criminales, sino más bien existe una relación de confianza entre los sujetos quienes conforman la sociedad. En este sentido, en tanto que el criterio de fungibilidad no se vería satisfecho en el ámbito empresarial, es necesario revisar y poner sobre la escena el criterio de «disposición condicionada a actuar»,²⁴ o dicho en buen romance, «la elevada predisposición del ejecutor a cometer el hecho», el cual fue argüido primigeniamente por Friedrich Christian Schroeder en su tesis doctoral del año 1965.

Schroeder —dice Roxin— basa su crítica a la fungibilidad del ejecutor «en el sentido de que especialistas imprescindibles no son intercambiables como ejecutores»;²⁵ de igual forma, Muñoz Conde y García Arán destacan ese mismo inconveniente para el caso de las

sociedades, al decir que en estos ámbitos lo común es que «[...] el ejecutor de las acciones concretas que realizan el tipo de un delito no es un anónimo ejecutor intercambiable arbitrariamente, sino una persona que posee conocimientos especiales sin los que no sería posible la realización de esos hechos [...]».²⁶ En consecuencia, se puede advertir que, cuanto menos, resulta problemático exigir la corroboración de una fungibilidad en los ejecutores, y por ello, la propuesta del profesor Schroeder consistió en remplazar ese criterio con el de «elevada disposición al hecho por parte del ejecutor», es decir, para poder imputarle autoría mediata al autor de «escritorio», éste debe gozar de poder de mando en la organización, esta organización no necesariamente deberá operar totalmente al margen del derecho, sino únicamente en referencia al tipo penal en concreto y, además, deberá corroborarse que él o los ejecutores tenían una elevada predisposición a cometer ese hecho.

Se debe decir que la teoría de Schroeder, no pasó desapercibida por la jurisprudencia, puesto que fue utilizada en Alemania para uno de los casos más emblemáticos de la historia, esto es, para el juicio de los mandos superiores de la ex República Democrática Alemana por los homicidios del Muro de Berlín. Al respecto, Falcone pone de manifiesto que el criterio sostenido por los jueces del *Bundesgerichtshof* fueron que «los homicidios habían sido posibilitados por la «condiciones marco que ofrecería la estructura de la organización». De la misma manera se refiere a la «incondicional

como opositores a la teoría han planteado que este requisito es arbitrario, pues carece de conexión con la estructura organizacional que fundamenta la teoría, y que su verdadero objetivo es impedir una extensión indeseada de la misma. Asimismo, la jurisprudencia ha aceptado implícitamente el dominio de la organización en contextos empresariales, pues nunca ha exigido el requisito del alejamiento del derecho». Reyes Romero, I. (2018). Contra la autoría mediata por dominio de la organización: Una breve aproximación desde la doctrina alemana. En *Revista de Estudios de la Justicia* (28). Santiago: U. de Chile, p. 121.

22 Falcone, A. (2015). El autor detrás del autor en el Derecho penal Empresarial. *op. cit.*, p. 17.

23 Muñoz Conde, F. y M., García Arán. (2010). *Derecho Penal. Parte general* (8.ª ed.). *op. cit.*, p. 454.

24 Roxin, C. (2006). El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *op. cit.*, p. 19.

25 *Idem.* (2006). El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *op. cit.*, p. 17.

26 Muñoz Conde, F. y M. García Arán. (2010). *Derecho Penal. Parte general* (8.ª ed.). *op. cit.*, p. 454.

disposición al hecho del ejecutor» como fundamento para la imputación del hombre de atrás»,²⁷ y es por ello que el autor argentino, sostiene que el BGH se decantó por la teoría de Schroeder y no por la de Roxin.

Con todo este marco, para el supuesto fáctico que nos ocupa, y en tanto que Juan ostentaba el cargo de gerente de la sociedad y además tenía un amplio poder de decisión, lo cual aseguraba que todas las decisiones emanadas por él se cumplan, sería absolutamente admisible imputarle el delito de cohecho como autor mediato a Juan y a Pedro, por haberse valido de la organización societaria (instrumento) para que en este caso en particular, Marco (pudo haber sido cualquier otro empleado) quien gozaba de una elevada predisposición a cometer el delito por la ambición patrimonial que perseguía ejecute la infracción como efectivamente lo hizo. En suma, en relación a la pena, en tanto que Juan y Pedro son autores mediatos y Marco es autor directo, a los tres les correspondería la misma pena prevista en el artículo 280 del COIP.

Responsabilidad penal del órgano de administración en una sociedad anónima en el marco del delito de manipulación genética

Para este capítulo se utilizará, al igual que en el anterior, la estructura societaria en la que existe un gerente que ostenta la representación legal de la sociedad anónima y que además cuenta con un amplio margen para tomar decisiones de gestión. Sobre el aspecto fáctico vamos a proponer tres variantes, pues entendemos que el resultado de imputación deberá ser el mismo: Caso 1. Juan es gerente y representante legal de la sociedad anónima denominada «XYZ» y el giro de su negocio es la ingeniería genética, es decir, el proceso de la utilización de tecnología del ADN para alterar la composición genética de un organismo, y en tanto que no seleccionó un inspector que vigile las actividades de sus empleados, estos

han estado ejecutando sus tareas con meros fines eugenésicos de perfeccionamiento de la especie humana al puro estilo de la Alemania nazi. Caso 2. Este caso es semejante al primero, solo que aquí Juan sí selecciona un inspector para que vigile las actividades en el laboratorio, sin embargo, de todas formas, los empleados ejecutaron las actividades de manipulación genética que son prohibidas por la ley. Caso 3. En este caso el gerente ordena que se lleve a cabo un programa eugenésico ilegal y tanto el inspector como el resto de empleados ejecutores lo realizan con el mayor de los agrados, pues comparten las ideas neonazis del gerente.

Ahora bien, corresponde en primer lugar determinar si el tipo penal del artículo 214 del COIP referido a la manipulación genética puede ejecutarse por acción u omisión. Así, pues, se desprende de la norma que el verbo rector consiste en manipular genes humanos con una finalidad distinta a la de prevenir o combatir una enfermedad. Por tanto, queda claro que el legislador ecuatoriano ha tomado la decisión de prescribir una prohibición (manipular genes) y, en consecuencia, solo sería admisible una imputación siguiendo la dogmática de los delitos de actividad. No obstante, esta solución solo sería correcta para los ejecutores directos de la infracción, puesto que, ya en el marco de una organización societaria, las personas que estaban llamadas a ejercer un control de las actividades de la sociedad realmente estarían incurriendo en una omisión normativa, sea que hagan o dejen de hacer en el mundo ontológico.

Respecto de la dogmática de los delitos de omisión, enseñan Muñoz Conde y García Arán que: «La omisión en sí misma no existe. La omisión es la omisión de una acción que se puede hacer y, por eso mismo, está referida siempre a una acción determinada, cuya no realización constituye su esencia».²⁸ En consecuencia, la

27 Falcone, A. (2015). El autor detrás del autor en el Derecho penal Empresarial. *op. cit.*, p. 17.

28 Muñoz Conde, F. y M. García Arán. (2010). *Derecho Penal. Parte general* (8.^a ed.). *op. cit.*, p. 238.

omisión no es un mero no hacer, y tampoco significa que el agente deberá quedarse en un estado de pasividad absoluta, sino que la esencia de la omisión está dada por no haber ejecutado un mandato dispuesto por la norma.

En el caso del derecho ecuatoriano, el legislador ha previsto que ese deber de actuación surja cuando el ciudadano se encuentre en posición de garante respecto de algún bien jurídico, y los únicos bienes que se han contemplado fueron: la vida, la salud, la libertad y, por último, la integridad personal. Además, en el primer inciso del artículo 28 del COIP, el legislador también prescribe las fuentes de esa posición de garante que hallarán su fundamento en la ley, el contrato, y el actuar precedente.

Así, pues, desde una primera aproximación no habría impedimento normativo para estudiar la conducta del gerente (Juan) y la conducta del inspector en la variante de los casos n.º 2 y 3 desde la luz del delito omisivo impropio, pues el bien jurídico protegido en el delito de manipulación genética es la salud. Entonces, en lo que sigue se desarrollará los principales presupuestos teóricos de la dogmática de los delitos de omisión y luego de ello se tratará resolver los supuestos fácticos que fueron planteados.

Bien, en primer lugar, cabe mencionar que la norma del artículo 28 del COIP hace alusión a los delitos omisivos impropios y por ello únicamente nos referiremos a la dogmática de la comisión por omisión. Por tanto, a más de los tres elementos del tipo objetivo de los delitos omisivos propios, esto es, que exista en primer lugar una situación generadora del deber de actuar, que se compruebe la no realización de la conducta ordenada por

el derecho y, que, además se compruebe que el sujeto en el caso concreto tenía la posibilidad psicológica y física de llevar a cabo la conducta debida; deberá comprobarse que el sujeto obligado tenía posición de garante respecto del bien jurídico y, además, que el resultado disvalioso acaecido le es susceptible de ser imputado.

Sobre la posición de garante, el legislador ecuatoriano se ha decantado por una teoría tradicional y de carácter meramente formal. Al respecto, ya desde Mezger se sostenía que las fuentes del deber de actuar eran la ley, la especial aceptación y el hacer precedente.²⁹ En la actualidad, la doctrina ampliamente dominante entiende que la posición de garante debe tener un contenido material que explique verdaderamente los casos en los que existe ese especial deber de actuar,³⁰ y esto solo puede darse siempre que el deber especial de actuar se fundamente en el deber de protección de bienes jurídicos o a su vez, en el deber de vigilancia de fuentes de peligro.³¹

De cualquier manera, sea que se entienda acertada una clasificación formal o a su vez material de la posición de garante, para nuestro caso en concreto no varía en absoluto el resultado, puesto que el deber del gerente (Juan) bien puede fundamentarse en la ley, el contrato o en el deber de vigilar fuentes de peligro. Entonces, en el caso planteado, los deberes de Juan desde su posición como gerente de la sociedad consistían en velar por que sus empleados operen conforme a derecho, y por ello es irrelevante que Juan ontológicamente haya ordenado que se ejecuten actividades eugenésicas prohibidas, o haya inobservado sus deberes de vigilancia, puesto

29 Mezger, E. (1958). *Derecho Penal. Parte general*. (Trad). Ricardo Núñez. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, p. 122; véase también, Fontan Balestra, C. (1998). *Derecho Penal. Introducción y parte general*. Buenos Aires: Edit. Abeledo-Perrot, p. 225.

30 Gómez-Aller, J. D. (2006). *Omisión e injerencia en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 207; Así también, Núñez Paz, M. A. (2016). *Los delitos de omisión. Discusión histórica vigente en torno «al no hace» desvalorado*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 21 y ss.

31 Muñoz Conde, F. y M. García Arán. (2010). *Derecho Penal. Parte general* (8.ª ed.). *op cit.*, p. 246. Véase también, Silva Sánchez, J. M. (2003). *El delito de omisión, concepto y sistema* (2.ª ed.). Buenos Aires- Montevideo: Edit. BdeF, p. 243.

que lo único relevante es que normativamente incumplió su deber de vigilar y controlar el correcto funcionamiento de la sociedad.

Finalmente, solo resta evaluar si en los casos planteados es posible imputar objetivamente el resultado disvalioso al gerente (Juan). Para el efecto, los elementos constitutivos del juicio de imputación objetiva serán los mismos para las conductas de actividad y las omisivas,³² es decir, corresponde evaluar si existió «creación o aumento de un riesgo o peligro relevante; y además tiene que haber imputación objetiva de la producción del resultado como realización del peligro de esa omisión».³³ De esta manera, en el caso que nos ocupa, podría criticarse que el tipo penal del artículo 214 del COIP no es de resultado y, por ende, sería inadecuado entrar al análisis de la imputación objetiva;³⁴ sin embargo, pese a ser verdadero que no estamos frente a un tipo de resultado de lesión, sí estaríamos frente a uno de resultado de peligro³⁵ y, con ello, es absolutamente plausible analizar si ese peligro creado puede ser imputado al sujeto activo.

Entonces, el gerente (Juan), sea en el caso que desatendió sus deberes de vigilancia, sea en el caso que ordenó ejecutar la actividad de manipulación genética prohibida por la ley, en ambas situaciones su omisión de ejecutar la conducta ordenada (procurar que sus empleados obren conforme a derecho) creó un riesgo jurídicamente desaprobado por el ordenamiento jurídico, y sobre la imputación del resultado, en *stricto sensu*, habría que co-

rroborar que no existió una limitación en el segundo juicio de imputación objetiva, que podría suscitarse en supuestos de imputación de resultado a la propia víctima, en casos de prohibición de regreso, ámbito de protección de la norma, comportamiento alternativo, conforme a derecho, y supuestos en donde adquiera relevancia el principio de confianza.

Así, pues, sobre una posible imputación a la víctima, en este caso aquella consecuencia jurídica es impensable, pues no ha concurrido ninguna víctima en concreto para evaluar su participación; sobre la prohibición de regreso, de igual forma sería irrelevante, porque no existe un segundo hecho al que se le pueda atribuir el resultado de peligro, pues este último se corresponde absolutamente, con el riesgo creado por el comportamiento omisivo del gerente; respecto del ámbito de protección de la norma, es claro que el legislador prescribió el tipo penal de manipulación genética, con el objeto de contemplar supuestos, en los que se produzcan resultados, que pongan en peligro la salud de los individuos, y es precisamente ese resultado, el cual se produjo en este caso; sobre el comportamiento alternativo conforme a derecho, sería relevante para el caso en que el gerente desatendió sus deberes de control y vigilancia, siempre que se compruebe que si hubiese actuado conforme a su mandato, el resultado de peligro de todas formas se hubiese producido, sin embargo, para los efectos de esta obra, asumiremos que un comportamiento adecuado del gerente sí hubiese

32 Al respecto, V. Rodríguez Vásquez, quien tiene escrito lo siguiente: «Los delitos de comisión por omisión guardan paralelismo con los delitos comisivos de resultado, ya que al igual que en estos últimos, se exige la producción de un resultado y su imputación a la omisión realizada». Rodríguez Vásquez, V. (2018). Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica. En *Libro homenaje a Claus Roxin*, Lima: Talleres Gráficos Iustitia, p. 328.

33 Luzón Peña, D.-M. (2016). *Lecciones de Derecho Penal. Parte general* (3.^a ed., cap. 31, § 21). Valencia: Tirant lo Blanch.

34 Al respecto, C. Roxin, advierte que «la imputación al tipo objetivo solamente resulta ser un problema de la parte general si el tipo exigiera un resultado en el mundo exterior que estuviera separado en el tiempo y en el espacio de la acción del sujeto activo». Roxin, C. (2018). *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. (Trad.). Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, p. 39.

35 Sobre los delitos de resultado, F. Muñoz Conde y M. García Arán advierten que, en ciertos casos, «se exige, junto a la realización de la acción la producción de un resultado material de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (delitos de resultado, que, a su vez, se diferencian en delitos entre delitos de lesión y delitos de peligro [...]). Muñoz Conde, F. y M. García Arán. (2010). *Derecho Penal. Parte general* (8.^a ed.). *op cit.*, p. 260.

evitado que se cometa el delito y por ello esta categoría tampoco serviría para restringir la imputación del resultado; finalmente, el principio de confianza sería irrelevante, en el caso en que el gerente ordena la ejecución de la infracción, pero sí podría ser relevante para los supuestos, en los cuales únicamente desatiende sus deberes de control o para el caso, selecciona un inspector para que vigile, pero, de igual forma, para los propósitos de esta obra, asumiremos que no tenía el derecho a confiar en ninguno de los dos casos.

De esta manera, ha quedado por demás claro que, en un supuesto de esta naturaleza, es absolutamente idóneo utilizar la dogmática de los delitos omisivos, para endilgar responsabilidad penal a las altas esferas de una organización, cuando sus empleados hayan cometido infracciones propias del giro del negocio de la sociedad. Para este caso, en concreto, en las tres variantes propuestas es posible imputar al gerente como autor en comisión por omisión del delito de manipulación genética, y en la segunda variante, podría imputarse, tanto al gerente, como también al inspector, bajo el mismo título de imputación, siempre que además concurra el elemento subjetivo necesario para el efecto. Por último, en las tres variantes los empleados ejecutores serían autores directos del delito de manipulación genética y a todos los intervinientes les correspondería la misma pena.

Conclusiones

La imputación de responsabilidad individual en casos de criminalidad cometidos, desde el seno de organizaciones societarias, es altamente compleja, y esto se explica, debido a la participación de un número importante de personas y, además, por la compleja estructura organizacional, que tenga la sociedad en el caso en concreto.

Una verdad de Perogrullo es que no todas las organizaciones societarias tienen las mismas características, y es por ello que un análisis acertado de la responsabilidad penal individual de los miembros de una empresa,

está sujeta a un estudio preliminar de las características de la sociedad, pues las responsabilidades varían si ésta es anónima, limitada, o alguna otra forma de organización reconocida por la ley.

En supuestos de criminalidad organizada, cometidos desde el seno de una sociedad anónima, en donde no se lesione la vida, la salud, la libertad y la integridad personal, no será posible utilizar la estructura del delito omisivo para sancionar a las altas cúpulas, pues así lo prohíbe de forma expresa el artículo 28 del COIP. Por tanto, la única forma de imputarle autoría de un delito (en el caso del *paper*; el cohecho) al administrador culpable de una empresa será, a través de la teoría del «autor detrás del autor», ideada por Schroeder, y ésta va en plena armonía con el artículo 42, numeral 2, literal d. del COIP.

Cuando la infracción cometida desde el seno de una sociedad anónima lesione la vida, la salud, la libertad y la integridad personal, es completamente admisible utilizar la estructura del delito omisivo impropio para sancionar a los administradores, quienes hayan incumplido sus deberes ordenados por el derecho para cada caso en particular.

REFERENCIAS

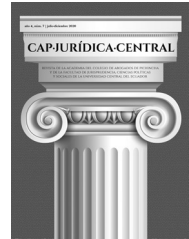
- Ambos, K. y Grammer, C. (2005). Dominio del hecho por organización, la responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. En *Derecho Penal y Criminología* (vol. XXVI, 77). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bacigalupo Zapater, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis.
- Balbín, S. (2015). *Manual de Derecho Societario*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- Cevallos Vásquez, V. (1992). *Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Donna, E. (2000). *Derecho Penal. Parte Especial* (t. 3). Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni.

- Falcone, A. (2015). El autor detrás del autor en el Derecho penal empresarial. *Revista de Derecho Penal. Derecho Penal Económico. Delitos contra el orden económico y financiero* (1), Buenos Aires: Editorial Rubinzal- Culzoni.
- Fontán Balestra, C. (1998). *Derecho Penal. Introducción y parte general*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- Gómez-Aller, J. D. (2006). *Omisión e injerencia en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Halperín, I. y J., Oteagui. (1998). *Sociedades anónimas*. (2.^a ed.). Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Huertas Díaz, O., Sandoval Amaya, C. y Malte Ruano, G. (2013). Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito. *Opinión Jurídica* (vol. XII, 23). Medellín: Universidad de Medellín.
- Luzón Peña, D.-M. (2016). *Lecciones de Derecho Penal. Parte general* (3.^a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Márquez Cárdenas, Á. E. (2005). La autoría mediata: autor detrás del autor en organizaciones criminales: narcotráfico, paramilitares, guerrilleras y mafiosas. *Diálogo de saberes: investigaciones y ciencias sociales* (23), Bogotá: Universidad Libre.
- Mascheroni, F. (1986). *Sociedades comerciales*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Mezger, E. (1958). *Derecho Penal. Parte general*. (Trad.). R. Núñez. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho Penal. Parte general* (9.^a ed.). Barcelona: Editorial Reppertor.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2010). *Derecho Penal. Parte general* (8.^a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Núñez Paz, M. Á. (2016). *Los delitos de omisión. Discusión histórica vigente en torno «al no hacer» desvalorado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Reyes Romero, Í. (2018). Contra la autoría mediata por dominio de la organización: Una breve aproximación desde la doctrina alemana. *Revista de Estudios de la Justicia* (28), Santiago: Universidad de Chile.
- Rodríguez Vásquez, V. (2018). Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica. *Libro homenaje a Claus Roxin*, Lima: Talleres Gráficos Iustitia.
- Roxin, C. (2006). El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *Revista de Estudios de Justicia* (7). Santiago: Universidad de Chile.
- Roxin, C. (2018). *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. (Trad.). M. Abanto Vásquez. Lima: Editorial Grijley.
- Silva Sánchez, J. M. (2003). *El delito de omisión, concepto y sistema* (2.^a ed.). Buenos Aires-Montevideo: Editorial BdeF.
- Velasco Cuesta, R. (2006). *La responsabilidad de los administradores de las compañías* (Tesis de grado). Quito: Universidad de las Américas.

Movimiento Zapatista y reforma constitucional en México. El artículo 2 de la Constitución mexicana

Zapatista movement and constitutional reform in Mexico. Article 2 of the Mexican Constitution

HAYDEE MARICELA MORA AMEZCUA
Universidad Autónoma de Querétaro (México)
haydee.mora@uaq.edu.mx
ORCID: 0000-0002-4326-751X



Recibido:
03/08/2020

Aceptado:
28/08/2020

Resumen

En este artículo, se hace un recuento del papel tardío que han tenido, dentro de la legislación mexicana, los derechos de los pueblos indígenas. Se pone énfasis en la importancia que para este fin, tuvo la aparición del Ejército Zapatista de Liberación Nacional y de los vacíos, los cuales presenta la ley vigente, resultado de las negociaciones entre el Gobierno federal y el movimiento Zapatista.

Palabras clave

Indígenas, Constitución, reforma, derechos, justicia.

Abstract

This paper recounts the late role that the rights of indigenous people have had in Mexican legislation. Also, the importance of the appearance of the Zapatista Army for National Liberation, and the gaps presented by the current law, which was the result of negotiations between the federal government and the Zapatista movement.

Keywords

Indigenous, constitution, reform, rights, justice

Introducción

Según la última encuesta intercensal del 2015 del Instituto Nacional de Estadística y Geografía de México (INEGI) (2015), en México, 25 millones de personas se reconocen como indígenas y, de ellos, 7 millones 382 mil son hablantes de una de las 68 lenguas indígenas, las cuales se hablan en México. Estos datos reflejan lo representativo en cifras estadísticas de la población indígena en nuestro país. A pesar de ello, la Constitución mexicana no ha reflejado esta realidad. Borrar lo indígena de la geografía y obligarlos a abandonar su cultura han sido constantes de las políticas implantadas por las clases dominantes en México desde la Constitución de 1824.

Con la independencia, la intención de deshacerse de la herencia colonial, resistir a las intervenciones extranjeras, combatir los esfuerzos eclesiásticos y militares y modernizarse condujo a tener una visión de la unidad nacional, la cual excluía las diferencias culturales.

Pese a la cerrazón de no mirar hacia el pueblo indígena, ellos han seguido en pie de lucha. Conservaron, a través del tiempo, su identidad y parte de sus instituciones y cultura, sin embargo, el ideal homogeneizador provocó su exclusión, discriminación, marginación, opresión y explotación por parte del resto de la sociedad (Hernández, 1998).

En este escrito, se busca mostrar una conexión histórica y jurídica de uno de los acontecimientos más importantes en la vida de las poblaciones indígenas de un país como México, donde a pesar de tener una gran población indígena, siempre permaneció fuera de la mirada y protección de las leyes y, no obstante, tratarse de un movimiento indígena de importantísima trascendencia nacional e internacional obtuvo solo un pequeño, pero gran logro: el ser incluidos en el artículo 2.º de la Constitución mexicana.

Años atrás, una de las primeras reformas que tuvo la Constitución mexicana —Diario oficial de la Federación. 28 de enero de 1992. Decreto por el que se adiciona un primer

párrafo al artículo 4.º Constitucional, México—, se presentó en el artículo 4.º, en 1992, donde se estableció, por primera vez, una referencia a la existencia de los pueblos indígenas, el cual decía así:

La nación mexicana tiene una gran configuración pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, ritos, costumbres, recuerdos y formas específicas de organización social y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquéllos sean parte, se tomará en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

Se reconocieron sus derechos culturales, pero sin señalar los principios, las relaciones y las instituciones, donde esos derechos debían materializarse, relegando a leyes secundarias su aplicación (Hernández, 1998).

Cabe señalar que el origen de este artículo lo podemos encontrar en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el cual se aprobó en Ginebra, el 27 de junio de 1989, relativo a los pueblos indígenas y tribales, instrumento en el cual se atribuyen un conjunto de derechos a favor de ellos. México, en agosto del mismo año, firmó dicho convenio, motivo por el cual se vio en la necesidad de llevar a cabo acciones hacia la población indígena mexicana (Izquierdo, 2005).

La reforma a este artículo de la Constitución mexicana se aprobó un año después de la ratificación del Convenio 169 y en el contexto del quinto centenario de la conquista de América. Para ese momento, México llegó a esta fecha, sin contar con un reconocimiento constitucional de sus pueblos indígenas, siendo de los países latinoamericanos con mayor población indígena del continente. Cabe resaltar que aunque se logró este avance, también ese mismo año se dio un retroceso en la Ley, pues el 26 de febrero de 1992 se reformó el artículo 27 de la Ley Agraria; se cuestiona de este hecho la aprobación de las condicio-

nes normativas necesarias para convertir a la propiedad ejidal en privada, lo cual desencadenó el aumento de los problemas de la tenencia de la tierra, en un país donde se han registrado abusos hacia la población rural, en su mayoría indígena (CDHDF, 2006).

Es importante señalar que los tratados internacionales —el artículo 133 de la Constitución establece que los tratados internacionales ratificados son Ley Suprema de la Nación, por lo que permite que la adopción de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, funcione como herramienta fundamental para fortalecer el andamiaje jurídico mexicano y construir un sistema de protección de los derechos humanos, fundamentado dentro de las normas, estándares y prácticas internacionales— que ha celebrado México, al aportar a la imagen que proyecta el país ante el mundo, han empujado y presionado al gobierno mexicano a darse cuenta de la urgencia de asegurar, que los alcances que se han dado en materia indígena, sean llevados a la práctica en nuestro país.

En razón de lo anterior, podemos mencionar algunos convenios internacionales, los cuales ha firmado México y tienen avances importantes en el respeto, fomento y promoción de los derechos humanos, entre los cuales tenemos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1975); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1981) y su Protocolo Facultativo (2002); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1981); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1986); la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fun-

dadas en la Religión o las Convicciones (1988); el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (1990); la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o Lingüísticas (1992); la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (1998); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias (1999); la Declaración para el Reconocimiento de la Competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU (2002), entre otros (CDHDF, 2006, pp. 23-25).

Se escucha la voz del pueblo indígena: ejército Zapatista de liberación nacional

Si bien el reconocimiento de derechos no va a resolver el problema de la pobreza de la mayoría de la población indígena, éste es indispensable para asegurar que los pueblos indios tengan voz e injerencia en la vida política del país ya que, en la medida que sus intereses y demandas sean incorporados en la agenda de la nación, esto tendrá efectos para mejorar sus condiciones de vida.

(Castañeda y Saldívar,)

El 1.º de enero de 1994 hizo su aparición el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), demandando principalmente el reconocimiento de una serie de derechos y la modificación de las políticas de atención para los pueblos y comunidades indígenas de las diversas entidades federativas, las cuales constituyen la nación mexicana (Espinoza, 2001). Éste fue un hecho inédito, donde, por primera vez, un país que había tenido a su población indígena prácticamente invisible, volteaba a verla y a escuchar parte de las demandas, que por siglos habían estado conteniendo.

La revuelta armada significó un movimiento social, el cual buscó el cumplimiento del Estado mexicano para quienes en México han sido por siglos los más desposeídos: los indígenas de las diferentes culturas étnicas, quienes habitan el territorio nacional (Sámano, 2001). Inició entonces una dura batalla, entre el pueblo indígena y las autoridades

mexicanas, en un principio se quiso dar la imagen de un movimiento peligroso; en contra del Gobierno, pero poco tiempo después y al escuchar sus demandas tuvo voz y aceptación internacional, además, algunos sectores del pueblo mexicano también lo veían con buenos ojos; cambió, entonces, la visión hacia ellos y se pudo concretar un diálogo de paz, el cual duró varios años.

En marzo de 1995, se dio la negociación entre el EZLN y el Ejecutivo federal, en el marco de la Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz Digna en Chiapas —Diario oficial de la Federación, 11 de marzo de 1995, México—. En octubre del mismo año, el Gobierno nacional y el EZLN llegaron a varios puntos de consenso, sobre derechos y cultura indígena, a través de las distintas mesas de diálogo de San Andrés. Junto con estas mesas de diálogo se convocó al Foro Nacional de Cultura y Derechos Indígenas, contando con la participación de alrededor de 500 representantes de 35 pueblos indígenas (Espinoza, 2001).

Paralelamente, el Congreso de la Unión, junto con la Secretaría de Gobernación, convocaron el 10 de octubre de 1995 a la Consulta Nacional sobre Derecho y Participación Indígena. De acuerdo con la información, la cual presentó el Gobierno nacional a la OIT, se trató de un amplio proceso de consulta nacional, con la concurrencia de casi 12.000 participantes, divididos en 30 foros; como resultado de esta consulta se produjeron cerca de 9000 propuestas, con el fin de promover reformas al marco constitucional y legal correspondiente (Espinoza, 2001).

Los resultados, en ambas consultas, sirvieron de base para la firma de los Acuerdos sobre Derechos y Cultura Indígena, mejor conocidos como Acuerdos de San Andrés Larraínzar, entre el EZLN y el Ejecutivo, el 16 de febrero de 1996. El contenido de estos acuerdos encuentra su fundamento jurídico en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. El Gobierno mexicano informó a la Organización Internacional del Trabajo

(OIT) que los Acuerdos de San Andrés, formaban parte del cumplimiento del Convenio 169. La Comisión de Expertos de la OIT, como respuesta al informe gubernamental, expresó que tomando en consideración que el Convenio fue utilizado como un marco de referencia en las negociaciones mencionadas, pidió al gobierno, que continúe suministrando informaciones sobre la evolución de la situación, en cuanto a la aplicación práctica de los acuerdos alcanzados en las rondas de negociación (Espinoza, 2001).

Acuerdos sobre derechos y cultura indígena (acuerdos de san andrés larraínzar)

Los Acuerdos de San Andrés representan un documento, el cual trasciende en particularismos del pueblo Chiapaneco, (donde inició el EZLN) y propone algunas deducciones básicas para el establecimiento de una nueva relación entre la sociedad, el Estado y los pueblos indígenas (Arias y Rodríguez, 2015).

Estos acuerdos representaron, para los pueblos indígenas de México, el instrumento a través del cual legitiman y ven reflejadas sus demandas de reconocimiento de sus derechos. Además, sientan las bases para la creación de una nueva relación, entre el Estado mexicano y los pueblos indígenas, a través de la modificación del marco jurídico, en el cual se debería incorporar a los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos y su derecho a la libre determinación, expresado en autonomía; permitiéndoles decidir y ejercer sus formas propias de organización social, política, económica y cultural; aplicar sus sistemas normativos en la resolución de conflictos internos, garantizar el acceso a la jurisdicción del Estado, tomando en cuenta sus particularidades culturales, reconocer el derecho que tienen sobre sus tierras y territorios, así como el acceso a los recursos naturales existentes en aquéllos (Espinoza, 2001).

Los Acuerdos de San Andrés establecen el reconocimiento de varios tipos de derechos de las poblaciones indígenas. Una

reforma constitucional trascendente debe asumir, como criterio básico, el significado histórico y jurídico del reconocimiento de los derechos culturales, los cuales tienen un estatus diferente de los derechos sociales establecidos en la Ley Suprema. Se debe incorporar en el sistema jurídico un nuevo tipo de derechos, capaces de operar, como premisa, la estructura básica de los derechos indígenas y de otras minorías culturales (Arias y Rodríguez, 2015).

También establece el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a ejercer una participación directa en la vida política nacional, a través del reconocimiento de sus autoridades tradicionales y sus formas propias de elección; garantiza la difusión, preservación y enriquecimiento de sus conocimientos, lenguas, y demás elementos constitutivos de sus culturas, así como el acceso a una educación bilingüe e intercultural, que les permita su desarrollo cultural (Espinoza, 2001).

La iniciativa de reforma constitucional fue encomendada, por las partes en conflicto, a la Comisión de Concordia y Pacificación del Poder Legislativo Federal (COCOPA). El 29 de noviembre de 1996 la COCOPA presentó una iniciativa de Reforma Constitucional, basada en el Convenio 169 y en el contenido de los Acuerdos de San Andrés. Esta iniciativa fue avalada por el EZLN, pero por mucho tiempo el gobierno se negó a presentarla al Congreso de la Unión para que iniciara su discusión (Espinoza, 2001).

Así, los Acuerdos de San Andrés Larráinzar se firmaron, entre el Gobierno federal y el EZLN, el 16 de febrero de 1996, y representaron los primeros acuerdos sobre derechos indígenas en México; habrían pasado a la historia de haberse cumplido con lo pactado con los pueblos indígenas, representados en la mesa de negociación por el EZLN y sus asesores, entre los que destacaban académicos e intelectuales con prestigio, identificados con las demandas de los pueblos indígenas (Sámano, 2001).

Después de un tiempo de ser firmados los Acuerdos de San Andrés, fueron desconocidos por el expresidente Ernesto Zedillo Ponce de León, haciéndose clara la postura política contraria a los intereses de las poblaciones indígenas de parte del Gobierno federal y local, donde se apoyaba a los terratenientes y ganaderos, y se organizaron fuerzas paramilitares, entrenadas por el Ejército (Casanova, 2001). Quedó así claro que ese gobierno, no estaba dispuesto a apoyar a las poblaciones más necesitadas de México.

Una reforma constitucional tardía

Para el año 2000, se dieron nuevas elecciones presidenciales en México, el partido político del estado, Partido Revolucionario Institucional (PRI), que había gobernado en México más de setenta años, perdió las elecciones, que fueron ganadas por el Partido Acción Nacional (PAN), un partido liberal-conservador de antaño, el cual tuvo el apoyo de muchas personas afectadas por la política neoliberal; esas personas vieron en ese cambio de gobierno la posibilidad de una alternancia de partidos que, sin constituir una alternativa real, económica y social, por lo menos abriría nuevas alternativas al proceso de democratización. Este triunfo representó un cambio en la nueva política hacia Chiapas, los rebeldes zapatistas y los pueblos indígenas. El presidente electo, Vicente Fox, hizo suyo el Proyecto de Derechos y Cultura Indígena, formulado por la Comisión del Legislativo en el Gobierno anterior, y fue presentado al Congreso de la Unión (Casanova, 2001).

El 5 de diciembre de 2000 el expresidente Vicente Fox Quesada, presentó ante el Senado de la República la Iniciativa de Reformas Constitucionales, elaborado por la COCOPA. En ésta, se reconoce a los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos y su derecho a la libre determinación, expresado en un régimen de autonomía. Como consecuencia de ello, se les reconocen una serie de derechos, entre los que se encuentran:

1. Se reconoce su derecho a elegir sus autoridades y formas de gobierno interno, de acuerdo a sus propias normas, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad; asimismo, el derecho de fortalecer su participación política en los distintos órganos del Estado, de acuerdo a sus características culturales. Se estableció también el compromiso de las autoridades estatales, a fin de que se estableciera competencia, en materia económica, con el propósito de que los pueblos indígenas puedan recibir la transferencia ordenada y paulatina de los recursos necesarios para el desarrollo de sus comunidades y pueblos, siendo administrados por ellos mismos y facultándose a los Congresos de los estados para determinar las competencias y funciones a ser transferidas.

2. En el ámbito económico, se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales de sus tierras y territorios, incorporando como garantía constitucional su acceso equitativo a la distribución de la riqueza nacional.

3. En materia de justicia, se establecieron nuevas normas, tanto para la impartición, como para el acceso a aquélla ante los órganos estatales. Por primera vez, se reconoció el derecho de los pueblos indígenas a aplicar sus sistemas normativos en la regulación y solución de conflictos al interior de sus comunidades, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y la dignidad e integridad de las mujeres. También se estableció que en todos los juicios y procedimientos, que involucren individual o colectivamente a los indígenas, se tomen en cuenta sus prácticas jurídicas y características culturales, respetando los preceptos de la Constitución; incorporando, además, el derecho de los procesados a contar en todo tiempo con intérpretes o traductores, quienes entiendan su lengua y su cultura.

4. En asuntos culturales, se establece el derecho de los pueblos indígenas para preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos, los cuales configuren su cultura e identidad. En materia de comunicación, se reconoce su derecho para adquirir, operar y administrar sus propios medios. En materia educativa, se estableció la obligación de las autoridades educativas, federales, estatales y municipales de consultar a los pueblos indígenas interesados para definir y desarrollar programas educativos de carácter regional, en los que se deben incluir las culturas indígenas.

5. Finalmente, en cuanto a los indígenas migrantes, su inclusión está referida a la obligación del Estado de impulsar programas específicos para su

protección, tanto en el territorio nacional, como en el extranjero (Espinoza, 2001, pp. 105-108).

El 25 de abril de 2001 el Senado de la República aprobó el dictamen sobre el proyecto de Decreto en materia indígena, modificando sustancialmente la iniciativa presidencial. En el dictamen, se proponía adicionar un segundo y tercer párrafo al artículo 1.º, se reformaba el artículo 2.º, se derogaba el párrafo primero del artículo 4.º, se adicionaba un sexto párrafo al artículo 18 y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución. El dictamen aprobado se envió a la Cámara de Diputados para su discusión y el 28 de abril lo aprobó en sus términos (Espinoza, 2001).

Días después de emitido el dictamen por el Senado de la República, el Congreso Nacional Indígena, diversas organizaciones sociales e indígenas, así como organismos públicos federales y estatales manifestaron su preocupación sobre el dictamen aprobado por el Senado de la República, argumentaron que éste no correspondía a las demandas de los pueblos indígenas, y no reflejaba la esencia, ni el espíritu de los Acuerdos de San Andrés. Específicamente, destacaban que el dictamen no garantizaba el ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos indígenas; no les reconocía personalidad jurídica, a su vez, no reconocía los derechos territoriales y les negaba el acceso colectivo a los recursos naturales existentes en sus tierras y territorios (Espinoza, 2001).

El 1 de mayo del 2001 el Congreso Nacional Indígena hizo público su rechazo al dictamen, expresando que representa una burla para los pueblos indígenas y una afrenta mayor para la sociedad mexicana, la cual ha respaldado su lucha. El 11 de mayo la Conferencia del Milenio de los Pueblos Indígenas, reunida en Panamá, rechazó la reforma y, a su vez, exigía al Congreso mexicano escuchar la voz de los pueblos indígenas del mundo y sociedad civil, los cuales se han hermanado con la lucha de los pueblos indígenas de Mé-

xico; pidió tomar en cuenta el Convenio 169 de la OIT, ley suprema vigente en México, de acuerdo con su Constitución política. El 19 de junio, 3000 personalidades, organizaciones y colectivos firmaron el documento denominado *Por el reconocimiento de los derechos y cultura indígenas*. El 2 de julio, Samuel Ruíz encabezó un manifiesto, en el cual se consideraba a la reforma como contraria a los pueblos indios, y una amenaza para la paz (López Bárcenas, 2006).

Nada de lo anterior contó para los legisladores. El 28 de ese mismo mes fue discutido el dictamen en la Cámara de Diputados y fue aprobado por mayoría. De acuerdo con el procedimiento establecido en el art. 135 constitucional, el dictamen fue turnado a las legislaturas de los estados, documento que fue rechazado en los Congresos de Baja California Sur, Chiapas, Estado de México, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Oaxaca, San Luis Potosí, Sinaloa, y Zacatecas, constituyendo las entidades federativas que concentran el mayor porcentaje de población indígena. El 18 de julio de 2001, la Comisión Permanente del Congreso de la Unión realizó el cómputo de votos de las legislaturas locales, declaró que la minuta fue aprobada por 16 congresos, que son la mayoría más uno de los que integran la Federación Mexicana, y, por tanto, el proceso de reforma quedaba consumado (Espinoza, 2001).

El 14 de agosto de 2001 se publicó el decreto de reforma constitucional, en virtud del cual se modificaron varios de los artículos de la Constitución federal, para incluir en ésta los derechos de los pueblos indígenas, que junto a las disposiciones existentes, forman la normativa constitucional en la materia. Los artículos constitucionales, los cuales hacen referencia a los derechos indígenas y fueron reformados son: el artículo 1; el artículo 2, que sustituyó al artículo 4; el artículo 18, párrafo 6.º; y, el 115, fracción tercera.

En cuanto al artículo 18, se le adiciona el párrafo 6.º, a fin de establecer la obligación del Estado de permitir a las personas, que se

encuentran privadas de su libertad que cumplan su pena en los centros más cercanos a su domicilio. Por su parte, al artículo 115 se le añade un último párrafo, donde se establece que las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, podrán coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la ley (Carbonell, 2001).

Un artículo que también fue modificado en esta reforma es el artículo 1.º de la Constitución. La reforma a este artículo significó un primer paso en materia de discriminación. Se incorporó a la Constitución el derecho fundamental a no ser discriminado, a través de la adición de un tercer párrafo a este artículo 1.º de la norma máxima, incorporándose por primera vez en la historia del constitucionalismo mexicano, una cláusula de igualdad formal, que establece la prohibición de cualquier forma de discriminación:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos o libertades de las personas.

Esta modificación implica un avance para constituir un nuevo paradigma jurídico, capaz de producir una transformación cultural, que sustituya al modelo social, basado en relaciones desiguales y jerárquicas, por otro que permita el desarrollo de relaciones autónomas y de autoridad compartida. En el futuro, esta cláusula de no discriminación pudiera verse acompañada, en el ámbito de la Constitución, por otra de igualdad material, cuyo objeto sería obligar al Estado a promover y desarrollar políticas públicas para compensar la situación en todos los grupos en situación de vulnerabilidad. Estos mandatos se han incluido en constituciones de otros países, con el objeto de hacer explícita la obligación del Estado de eliminar todos los obstáculos que impidan

el igual desarrollo de las personas (Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación, 2001).

Mirando a los indígenas: el artículo 2 constitucional

El artículo 2.º de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos significó con estas reformas un aliento hacia los derechos, siempre negados a las poblaciones indígenas de este país. Este artículo pasó a ser, tras la reforma, la norma clave que regula la materia indígena; el artículo 2.º constitucional se inicia con la afirmación de que México es una Nación única e indivisible, luego señala, en un segundo párrafo, el reconocimiento de su naturaleza pluriétnica y pluricultural, que anteriormente se contenía en el párrafo primero del artículo 4.º constitucional. En los párrafos siguientes, se da una interpretación constitucional de los pueblos indígenas, de las comunidades indígenas y de los indígenas de la región. Desde el principio, se reconoce que la atención oportuna y la protección de la cultura y los derechos indígenas requieren de la participación del Estado en sus tres niveles: federal, estatal y municipal, pero esencialmente requieren que sean las constituciones estatales y las leyes locales las que definan estos conceptos, dada la variedad étnica que prevalece en cada entidad federativa (López Bárcenas, 2006).

Respecto al apartado A, se señala, mediante sus ocho fracciones, las materias relativas a la libre determinación y autonomía de los pueblos y comunidades indígenas, formas internas de convivencia y de organización, ámbito de aplicación de sus propios sistemas normativos, la elección de sus autoridades o representantes, medios para preservar y enriquecer sus lenguas y cultura, medios para mejorar y conservar su hábitat, acceso a sus recursos naturales, elección de representantes, ante los ayuntamientos y acceso pleno a la jurisdicción del Estado, entre otras, siguiendo los términos que precisen las cons-

tituciones y las leyes de los estados (López Bárcenas, 2006).

En el apartado B, se encuentran los instrumentos para lograr la igualdad de oportunidades para los pueblos indígenas, eliminando la discriminación y obteniendo niveles de bienestar a los cuales aspiran todos los mexicanos, tales como el impulso al desarrollo regional; incremento de los niveles en todos los ámbitos de educación; acceso efectivo a todos los servicios de salud, con aprovechamiento de la medicina tradicional; mejora de la vivienda y aplicación de la cobertura de los servicios sociales fundamentales; incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo; aplicación de la red de comunicación y posibilidad para que sean los indígenas, quienes controlen sus propios medios de comunicación; impulso a las actividades productivas y al desarrollo sostenible de las comunidades; establecimiento de políticas para la protección de los migrantes indígenas y de sus familias; y, la consulta a los pueblos indígenas para la elaboración de los planes nacional, estatal y municipal sobre el desarrollo integral. Este apartado concluye con un mandato fundamental como es la asignación de recursos presupuestarios, tanto a nivel estatal como municipal. Finalmente, el último párrafo del artículo 2.º comprende el derecho a la igualdad para todos, a efectos de entender el gran compromiso que existe para con el pueblo y comunidades indígenas, con el objeto de evitar las injusticias que se han hecho en el pasado (López Bárcenas, 2006).

Comentarios al artículo 2.º constitucional

En todo debate legislativo, se identifican tres niveles de análisis: la discusión, la aprobación y la aplicación. En el nivel correspondiente a la discusión, en la reforma indígena, se enfrentaron las dos visiones de país: la monocultural y la pluricultural. De los encuentros y roces entre ambas posiciones, surgió la iniciativa de una reforma constitucional. La Comisión de Concordia y Pacificación debió ser el puente, entre el nivel de discusión y el

de aprobación, para negociar ante los grupos parlamentarios, una aprobación de la reforma, la cual no alterara el espíritu de ésta, es decir, la inclusión respetuosa y digna de los pueblos indígenas en la Constitución. Esto no sucedió y el Senado, en lugar de solo mejorar la reforma, ensombreció su actuación, con algunos agregados innecesarios, ambiguos y algunas omisiones (González, 2002).

El reconocimiento en la Constitución mexicana de los derechos de los pueblos indígenas constituye un proceso, el cual confronta dos visiones del México contemporáneo: una de ellas, considera que México es un país mestizo, prácticamente con una sola cultura y está basada en un proyecto de nación, el cual negaba implícitamente la diversidad cultural; y la otra parte, considera que este país cuenta con una sociedad pluricultural, cuya afirmación se encuentra en la comprobación histórica de la heterogeneidad cultural (González, 2002).

En el artículo 2.º constitucional, a las comunidades indígenas se las describe como «aquellas que forman una unidad social, económica y cultural, asentada en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo a sus usos y costumbres. Desde este artículo puede decirse que es un error reconocer a los pueblos indígenas y sus comunidades en el mismo rango, pues podría dar lugar a que se separaran de los pueblos de los que forman parte o impidieran su reconstitución; lo correcto hubiera sido reconocer al pueblo indígena como el sujeto de derecho frente al Estado y a las comunidades como entidades de derecho público, pero formando parte de los pueblos indígenas. Por otro lado, la definición de comunidad puede resultar estrecha pues hay comunidades que no se encuentran asentadas en un solo territorio, como las de los migrantes, pero si forman una unidad social. Ellos se encuentran en una situación de vulnerabilidad y desprotección en la mayor parte de los lugares que residen temporal o permanentemente, en especial en las zonas urbanas como en el caso de la Zona Metropolitana de

la Ciudad de México, al no tener conocimiento de sus derechos y no ser considerados ni ciudadanos ni visitantes» (López Bárcenas, 2006) —al respecto, la Asamblea de Migrantes Indígenas de la Ciudad de México dice que para que exista una nueva relación, entre los pueblos indígenas y el estado mexicano, debemos gozar del reconocimiento pleno a nuestra autonomía, la cual nos permita desarrollarnos, de acuerdo a nuestras formas propias de organización, para lo cual debemos contar con el reconocimiento de nuestros sistemas normativos, autoridades tradicionales, el acceso colectivo a nuestras tierras, territorios y recursos naturales, y que nuestras comunidades sean reconocidas como sujetos de Derecho público, así como los derechos de los indígenas residentes en las ciudades. (Asamblea de Migrantes Indígenas de la Ciudad de México. 29 julio de 2002). Carta a los medios de comunicación nacionales, internacionales y a la opinión pública frente a la reforma del 2001. México D. F.—.

Además de las comunidades indígenas, el artículo 2.º de la Constitución expresa que: «Toda comunidad equiparable a aquellos tendrá en lo conducente los mismos derechos, tal y como lo establezca la ley». En esta norma, no es claro cómo una comunidad no indígena podrá equipararse a otra que sí lo sea, si las diferencias, entre ambas, es la preexistencia de los indígenas al Estado, su continuidad histórica y la diferencia cultural. Si hubiera una comunidad con estas características, simplemente se le aplicaría el mismo criterio que a los pueblos y comunidades indígenas y si no los reúne, difícilmente se le podrían aplicar (López Bárcenas, 2006).

En esta reforma, se reconoce que somos una sociedad pluricultural, pero al mismo tiempo se añade que: «La Nación mexicana es única e indivisible», lo cual es innecesario, ya que las demandas indígenas son planteadas al interior del Estado y no pretenden desunir, ni dividir a un país. Al mismo tiempo, cuando se reconoce el derecho a la libre determina-

ción de los pueblos indígenas y se agrega que serán reconocidos como «entidades de interés público», termina siendo confuso, ya que los derechos autónomos, categorizan a los pueblos y comunidades indígenas como autoridades del Estado y no como organismos bajo su tutela (González, 2002) —.

El artículo 2.º establece sobre las personas indígenas que: «La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre los pueblos indígenas». Con esta disposición, quedan atrás los criterios biológicos, económicos y lingüísticos, los cuales afirmaban que era indígena, quien tenía sangre indígena, portaba un traje típico o hablaba una lengua indígena, adoptando el criterio cultural o de auto adscripción: es indígena quien se asume indígena, actúa y existe un pueblo indígena, que lo reconoce como tal, con sus derechos y obligaciones (López Bárcenas, 2006).

La fracción 6.ª del artículo 2.º expresa que los pueblos indígenas tienen derecho a:

Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquéllos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.

Esta disposición hace referencia a un derecho y varias condiciones para su ejercicio. El derecho consiste en la posibilidad de acceder de manera preferente al uso y disfrute de los recursos naturales existentes en los lugares que habitan y ocupan las comunidades. Las condiciones prescritas establecen que lo hagan, respetando las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra, establecida en la propia Constitución y en las leyes, los derechos adquiridos por terceros y por inte-

grantes de las comunidades y no acceder a los que correspondan a áreas estratégicas. Para todo esto las comunidades podrán asociarse entre ellas (López Bárcenas, 2006).

Entre los derechos que los pueblos indígenas pueden ejercer, en su relación con el resto de la sociedad y los órganos de gobierno, están los de elegir representantes ante los ayuntamientos en los municipios con población indígena; a que en todos los juicios y procedimientos, se tomen en cuenta sus costumbres y características culturales, «respetando los preceptos de la Constitución», para lo cual los indígenas tendrán el derecho de contar con intérpretes y defensores, quienes tengan conocimiento de su lengua y cultura; cumplir sus sentencias en los centros penitenciarios más cercanos a sus domicilios, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad, como forma de readaptación social; y, coordinarse y asociarse dentro de los municipios a los que pertenezcan (López Bárcenas, 2006).

Los límites de los contenidos de estas disposiciones presentan otro problema: la Constitución federal no los reconoce como garantía constitucional, por tanto, el reconocimiento de los pueblos indígenas, como sujetos de derechos, al igual que los derechos, a los cuales se hace referencia, tendrán que ser reglamentados en las Constituciones de los Estados de la República para que puedan ejercerse (López Bárcenas, 2006).

Por otro lado, la reforma prevé la creación de instituciones en los tres ámbitos de gobierno, que se encarguen de garantizar la vigencia de estos derechos y el desarrollo de los pueblos y comunidades indígenas. En este sentido, establece una serie de lineamientos de políticas públicas, los cuales los gobiernos deberán tomar en cuenta al elaborar sus programas de trabajo. Entre ellas, se encuentran el desarrollo regional, incorporando a las mujeres; incremento de los niveles de escolaridad; acceso a los servicios de salud; al financiamiento público; extensión de la red de comunicación; apoyo a proyectos productivos; protección a

migrantes; consulta previa para la elaboración de planes de desarrollo; y, establecimiento de partidas presupuestarias específicas. En estas líneas programáticas, se constitucionalizan las actuales políticas asistencialistas, en lugar de reconocer derechos a los pueblos indígenas (López Bárcenas, 2006).

Las reformas constitucionales han recibido fuertes críticas realizadas por parte del movimiento indígena mexicano, debido a las modificaciones encontradas, entre la propuesta original y el dictamen aprobado. A raíz de esto, más de 300 municipios indígenas solicitaron la nulidad del procedimiento, mediante 320 controversias constitucionales, presentadas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), la cual las declaró inadmisibles el 5 de septiembre de 2007. Frente a esta respuesta, los pueblos indígenas presentaron sus reclamos ante la OIT, por violaciones al artículo 6 del Convenio 169 sobre el proceso y el derecho a la consulta. No se ha hecho nada al respecto, pese a las recomendaciones hechas por instancias nacionales e internacionales. De manera irónica, la clase política de México considera victoriosa la reforma, cuando los pueblos indígenas y la sociedad civil la rechazaron claramente (CDHDF, 2006).

La Comisión Ejecutiva para la Negociación y Construcción de Acuerdos de la Cámara de Diputados, al aceptar que la Reforma Constitucional del 2001, sobre derechos y cultura indígena, no respondió con la demanda histórica de los pueblos indígenas, y —después de una revisión de la literatura de los últimos 10 años, la opinión de dirigentes de pueblos y organizaciones indígenas, las consideraciones de los partidos políticos y la apreciación de los académicos y expertos en materia indígena— concluye que los siguientes, son los principales derechos, los cuales no están contemplados en la Constitución política (Cámara de Diputados, 2008, pp. 19-20).

a. El reconocimiento a los pueblos y comunidades indígenas como sujetos de derecho público;

b. el reconocimiento pleno del derecho de libre determinación y autonomía;

c. el derecho a la remunicipalización para avanzar hacia la reconstitución de los pueblos indígenas;

d. el derecho a la redistribución en las regiones indígenas;

e. la creación de una circunscripción plurinominal para garantizar la representación indígena en el Congreso de la Unión;

f. el reconocimiento de una política pública transversal en materia de derechos y desarrollo indígena;

g. el derecho a la educación intercultural en todos los niveles;

h. el derecho de consulta con consentimiento libre, previo e informado;

i. el derecho al desarrollo integral y sustentable;

j. el derecho para adquirir y administrar sus propios medios de comunicación;

k. el derecho al reconocimiento de sus tierras y territorios, uso y disfrute de sus recursos naturales; y,

l. el derecho a proteger y promover sus manifestaciones culturales y conocimientos tradicionales.

Una de las omisiones que cometió el Senado en esta reforma constitucional, fue no considerar la propuesta de ampliar los derechos políticos de los pueblos indígenas para participar en las elecciones federales y estatales. Únicamente el artículo 3.º transitorio del decreto de reforma estableció, de manera incompleta y como recomendación, que: «Para establecer la demarcación territorial de los distritos electorales uninominales deberá tomarse en consideración, cuando sea factible, la ubicación de los pueblos y comunidades indígenas, a fin de propiciar su participación política» (González, 2002).

Podemos afirmar que las principales exigencias del pueblo indígena, que no se contemplaron en esta reforma, fueron: ser declarados sujetos de derecho público; la autonomía y libre determinación; la tierra y el

territorio; los espacios políticos de decisión nacional; el consentimiento libre, previo e informado; la cultura y educación intercultural; y, el derecho al desarrollo sustentable de los pueblos indígenas de México (Cámara de Diputados, 2008).

Debe trabajarse en una nueva reforma constitucional, donde se evite un sistema normativo conservador y rígido, el cual derive en la reproducción de las condiciones de diferenciación y propicie el regreso de formas autoritarias de ejercicio del poder. Un nuevo marco constitucional de autonomía debe incluir mecanismos y principios democráticos, los cuales posibiliten el desarrollo y enriquecimiento cultural de los diferentes pueblos indígenas (Arias y Rodríguez, 2015).

Una verdadera reforma constitucional debe tener una serie de acciones y políticas afirmativas de gobierno, las cuales busquen garantizar el desarrollo social de las comunidades indígenas, tal y como se estableció en los Acuerdos de San Andrés. Es obligación del Estado atender las demandas sociales de las poblaciones vulnerables, en este caso los indígenas, y promover su acceso, en condiciones de igualdad, a las condiciones de progreso y bienestar (Arias y Rodríguez, 2015).

Arias y Rodríguez (2015) nos dicen que la reforma constitucional aprobada, tiene limitaciones e insuficiencias, pero también la virtud de garantizar el respeto de las libertades individuales y colectivas; reconocer a las comunidades indígenas, promover la igualdad de oportunidades, rechazar la discriminación e institucionalizar la tolerancia. Lo consideran un primer paso, el cual asegura la necesidad de incluir valores e instituciones comunes para resistir y trabajar contra el racismo, disminuir la violencia y remontar las consecuencias de la pobreza. Se mantiene muy lejos de una afirmación del ideal de autogobierno y autonomía de las comunidades, en el marco de una sociedad democrática.

Si bien Arias y Rodríguez (2015) rescatan un punto central de esta reforma es-

tructural, el cual es el reconocimiento a los pueblos indígenas, donde se busca erradicar el racismo y la pobreza que por siglos han padecido, considero que aún estamos muy lejos de poder lograr algo al respecto. El que aparezcan estas intenciones en la legislación puede alentar a buscar mejores condiciones para esta población vulnerable, pero se debe trabajar mucho más a fondo no solo con su incorporación en la ley, sino con la inclusión de este pensamiento, a favor de los pueblos indígenas, circunstancia que permita establecer políticas públicas, las cuales provengan del Estado nacional, donde se busque erradicar las terribles condiciones sociales a las que la población indígena ha estado expuesta a lo largo de su historia.

Conclusiones

Resulta sorprendente que un país como México, que concentra una de las poblaciones más numerosas de indígenas en Latinoamérica, los haya tenido tanto tiempo fuera de las leyes fundamentales regidas por su Constitución. Tuvo que pasar un movimiento armado para que, por primera vez, fueran escuchados, y aun con ello, no se tomaron en cuenta sus peticiones esenciales, pero se logró, aunque de forma mínima, integrarlos por primera vez en la Constitución mexicana.

El Estado mexicano reformó su Constitución política y reconoció algunos derechos de los pueblos indígenas. Con este paso, se intentó resolver las causas, las cuales dieron origen al levantamiento en Chiapas por parte del Ejército Zapatista de Liberación Nacional. Específicamente, se trataba de cumplir lo pactado en los Acuerdos sobre Derechos y Cultura Indígena, los llamados Acuerdos de San Andrés, pero ese pacto no se cumplió, ya que no se respetaron las demandas de la población indígena.

Esta reforma la podemos considerar como un primer intento encaminado al reconocimiento e incorporación de los derechos de los indígenas, respecto a considerar sus derechos colecti-

vos, el acceso a la justicia y la no discriminación, pero nunca será suficiente. Es lamentable el considerar como positivo que, tras todo este movimiento, en un país como México, no se haya logrado incluir el conjunto de sus demandas legítimas y solo se las haya incorporado a la Ley Suprema; parecería inadmisibles que en un país, con una población multicultural, no contemplara, tiempo atrás, los mínimos derechos hacia este grupo de la población.

Así, la reforma constitucional, de agosto de 2001, en materia de derechos y cultura indígena, no cumplió con las aspiraciones y demandas de los pueblos indígenas. El pueblo indígena rechazó la Ley y se presentaron controversias constitucionales, por parte de este grupo poblacional, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación para exigir la nulidad de la mencionada reforma.

Aun es mucho lo que falta por hacer. Es necesario tener presente que la reconstrucción y el desarrollo de las culturas y la identidad de los pueblos indígenas, seguirán estando solo en los discursos, pero no en el terreno de la construcción práctica, si no se afianzan correctamente los mecanismos constitucionales, los cuales hagan posible reconocer la libre determinación y la autonomía de los pueblos indígenas. Para ello, es preciso contar con un modelo de sociedad más inclusivo, en el cual tengan cabida todas las diferencias, la pertenencia a un pueblo indígena no debe significar atraso, miseria y exclusión, sino, por el contrario, debe ser un orgullo para todo mexicano nuestro pasado y presente indígena, el cual tanto nos ha aportado como nación a lo largo de nuestra historia. La riqueza de México se encuentra en su diversidad cultural y esa diversidad debe ser escuchada.

REFERENCIAS

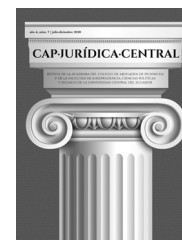
- Arias Marín, A. y Rodríguez, J. M. (2015). *Conflicto, resistencia y derechos humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH). Print.
- Asamblea de Migrantes Indígenas de la Ciudad de México. (2002). Carta a los medios de comunicación nacionales, internacionales y a la opinión pública frente a la reforma del 2001, México. Print.
- Cámara de Diputados. (2006). *Derechos del pueblo mexicano*. México a través de sus Constituciones. Comentarios, antecedentes y trayectoria del articulado constitucional. México. Print.
- Cámara de Diputados. (2008). *Los derechos de los pueblos indígenas en el marco de la reforma del Estado*. México: Comisión de Asuntos Indígenas de la Cámara de Diputados. Print.
- Carbonell, M. (2001). *Constitución y derechos indígenas: introducción a la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001*. Conferencia presentada en el Seminario los Derechos Indígenas en el Marco del Derecho Electoral, organizado por el Tribunal electoral del Poder Judicial de la Federación, el 3 de octubre del 2001.
- Carbonell, M. (2009). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Editorial Porrúa. Print.
- Castañeda, A. y Saldívar, E. (2001). *Ciudadanías excluidas: Indígenas y migrantes en México*. Simposio realizado en abril. San Diego: Universidad de California.
- Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación. (2001). *La discriminación en México: por una nueva cultura de la igualdad. Informe General de la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación*. México: Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación.
- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF). (2006). *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en la Ciudad de México, 2000-2004*. México: CDHDF.
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL). (2014). *La pobreza en la población indígena de México, 2012*. México: CONEVAL. Print.

- Diario Oficial de la Federación. (11 de marzo de 1995). México. Jurídico.
- Diario Oficial de la Federación. (28 de enero de 1992). Decreto por el que se adiciona un primer párrafo al artículo 4.º Constitucional. México. Jurídico.
- Espinoza Saucedo, G. *et al.* (2001). *Los derechos indígenas y la reforma constitucional en México*. México: Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas.
- Gidi Villarreal, E. (2005). *Los derechos políticos de los pueblos indígenas mexicanos*. México: Editorial Porrúa.
- González Casanova, P. (2001). Los zapatistas del siglo XXI. *El zapatismo y los derechos de los pueblos indígenas*. Observatorio Social de América Latina (OSAL).
- González Galván, J. A. (2002). La reforma constitucional en materia indígena. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (7), México. Print.
- Hernández Navarro, L. (1998). Constitución y derecho indígena: el alcance de la norma. Poder local, derechos indígenas y municipios. *Cuadernos Agrarios Nueva Época* (16), México: Federación Editorial Mexicana. Print
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI). (2015). *Encuesta Intercensal 2015*. México: INEGI. Print.
- Izquierdo Muciño, M. E. (2005). El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en México. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* (50-51), España.
- López Bárcenas, F. (2006). *Autonomía y derechos indígenas en México*. España: Universidad de Deusto.
- Sámano, M. Á., C. Durand y G., Gómez. (2001). *Los Acuerdos de San Andrés Larráinzar en el contexto de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Americanos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

La acción popular en el sistema procesal penal español¹

Action popularis in the system of criminal procedure in Spain

AGUSTÍN-J. PÉREZ-CRUZ MARTÍN
Universidad de Oviedo (España)



Recibido:
04/08/2020

Aceptado:
23/08/2020

Resumen

El ejercicio de la acusación popular ha permitido que procesos penales en los casos GAL, fILESA MALESA y TIME-EXPORT, BALTARSAR GARZÓN o contra entidades financieras (Novacaixagalicia y Caja Madrid), dirigiéndose, en este caso, acusaciones contra los expresidentes de Caja Madrid, Rodrigo Rato y Miguel Blesa, entre otros, por el uso presuntamente fraudulento hecho con las tarjetas *black*, o contra el expresidente de la Generalitat Valenciana, Francisco Camps, en el llamado «caso de los trajes», o, quizás, sin duda, el más mediático, dirigido, entre otros, contra D.^a Cristina de Borbón y Grecia (caso Nóos), hija de S. M. el Rey Emérito de España y hermana del actual Jefe del Estado español (S. M. el Rey Felipe VI), y el marido de ésta, pudieron llegar hasta su final, mediante sentencia, pudiéndose imponer en algunos de dichos casos, o bien a la condena del acusado, o imposición de pena más grave a la que fue objeto de acusación por el Ministerio Fiscal en atención a la pena solicitada por la acusación popular.

1 El presente trabajo se realiza tomando en consideración las aportaciones realizadas en: Pérez-CruzMartín, A.-J. Constitución y Acción Popular. RodríguezGarcía, N., A., Carrizo González- Castell y F.-J., Leturia Infante. (Dirs.). (2018). *Justicia Penal Pública y Medios de Comunicación*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 119-202; *idem*. La Acción Popular en Proceso Penal Español. Reflexiones a la Luz de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Casos Botín, Atuxta e Ibarretxe y (doctrina de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Caso Nóos). (Eds.). M. J. Cachón Cadenas y J. Franco Arias. (2018). *Derecho y Proceso: Liber Amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez* (vol. III). Barcelona: Edit. Atelier, pp. 1955-1978. Incorporándose nuevas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema, básicamente a raíz de la S. TS., 2.^a Sala, *Caso Nóos*. N.º 277/2018, de 8 de junio. La cronología del citado caso se puede consultar en: Acha Esteve, P.

Abstract

The exercise of the popular prosecution has allowed criminal proceedings in the GAL, FILESA MALESA y TIME-EXPORT, BALTARSAR GARZÓN cases or against financial entities (Novacaixagalicia and Caja Madrid), in this case, accusations about the former presidents of Caja Madrid, Rodrigo Rato and Miguel Blesa, among others, for the allegedly fraudulent use made with the 'black' cards, or about the former president of the Generalitat Valenciana, Francisco Camps, in the so-called «case of suits», or, perhaps, without a doubt, the most mediatic, directed, among others, against D.^a Cristina de Borbón and Grecia (Nóos case), daughter of S. M. the King Emeritus of Spain and sister of the current Head of the Spanish State (H. M. King Felipe VI), and her husband, were able to reach their end, by means of a sentence, being able to impose in some of these cases, or at the conviction of the accused, or imposition of a more serious penalty than that which was the object of accusation by the Public Prosecutor's Office in response to the sentence requested by the popular prosecution.

Palabras clave

Ministerio fiscal, procesamiento criminal, ciudadanos, sentencia.

Keywords

Public Prosecutor's Office, criminal prosecution, citizens, judgement.

Introducción

La acusación popular es un instrumento eficaz de respuesta en los casos de corrupción económica y política.

Pone de manifiesto Pedraz Penalva, Ernesto² que diacrónica y diatópicamente son observables múltiples y variadas soluciones, a los inconvenientes de un sistema regido por un monopolio acusatorio estatal, dotándose todos los ordenamientos jurídicos de meca-

nismos de verificación de las decisiones que adopta el Ministerio Fiscal, ya sea a través de un control interno de la propia Fiscalía³ y externo por el Poder Ejecutivo,⁴ ya sea a través de mecanismos de carácter externo en los que adquiere un papel relevante la intervención de particulares y, singularmente, en el ordenamiento jurídico español, la acusación/acción popular.

El ejercicio de la acusación popular ha permitido que procesos penales en los casos

2 Pedraz Penalva, E. (agosto de 1999). Participación popular en la justicia penal. En *Revista de Derecho (especial)*, p. 72.

3 Tolodi Gómez, A. (2013). *La potestad de acusar del Ministerio Fiscal en el proceso penal español. Naturaleza, posibilidades de su ejercicio discrecional, alcance de sus diferentes controles y propuestas de mejora del sistema*. Valencia: U. de Valencia, pp. 191-225.

4 *Ídem*. *La potestad de acusar del Ministerio Fiscal en el proceso penal español. Naturaleza, posibilidades de su ejercicio discrecional, alcance de sus diferentes controles y propuestas de mejora del sistema*. *op. cit.*, pp. 225-236.

GAL,⁵ Filesa Malesa y Time-Export,⁶ Baltasar Garzón o contra entidades financieras (Novacaixagalicia y Caja Madrid), dirigiéndose, en este caso, acusaciones contra los expresidentes de Caja Madrid, Rodrigo Rato y Miguel Blesa, entre otros, por el uso presuntamente fraudulento hecho con las tarjetas «black», o contra el expresidente de la Generalitat Valenciana, Francisco Camps, en el llamado «caso de los trajes», o, quizás, sin duda, el más mediático, dirigido, entre otros, contra D.^a Cristina de Borbón y Grecia (caso Nóos), hija de S. M. el Rey Emérito de España y hermana del actual Jefe del Estado

español (S. M. el Rey Felipe VI), y el marido de ésta, pudieron llegar hasta su final, mediante sentencia, pudiéndose imponer en algunos de dichos casos, o bien a la condena del acusado (Baltasar Garzón, Atutxa⁷ o Cristina de Borbón y Grecia⁸ o imposición de pena más grave a la que fue objeto de acusación por el Ministerio Fiscal en atención a la pena solicitada por la acusación popular.⁹

La acción popular es una particularidad de la justicia penal española, calificada, por Jiménez García de «[...] rareza exclusiva del sistema procesal español»,¹⁰ mientras que el TSE (S., 2.^a sala, n.º 1045/2007, de

5 «El 23 de marzo de 1988, 104 profesionales, intelectuales y abogados presentaron ante la Audiencia Nacional una querrela contra el subcomisario José Amedo y el inspector Michel Domínguez, a los que acusaban de ser miembros de los Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL). En el juicio, la acusación popular, que ya había intervenido en el caso por el secuestro de Segundo Marey -la primera acción atribuida a los GAL-, sirvió de contrapeso a la defensa y fue clave para que Amedo y Domínguez fueran condenados a 108 años de cárcel en el primer proceso de la 'guerra sucia' contra ETA». GRUPOS ANTITERRORISTAS DE LIBERACIÓN (GAL). (1 de junio de 2001). Cronología del «Caso Marey».- Documentación de El Mundo. En *El Mundo*, España. <http://www.elmundo.es/elmundo/2001/05/31/espana/991332870.html>

6 Caso de corrupción, consistente en la creación de una trama de empresas (Filesa, Malesa y Time-Export), cuyo fin era la financiación ilegal del PSOE, para hacer frente a los gastos originados por las campañas electorales del año 1989. Todos estos hechos fueron establecidos como probados por la Judicatura, como consecuencia de la querrela presentada por la acusación, la cual dirigió el abogado del Partido Popular, Juan Ramón Montero. Véase TSE. 2.^a Sala, S. N.º 1/1997, de 28 de octubre de 1997, (Roj.: STS 6410/1997).

7 Si bien, el TEDH señaló en el Caso Atutxa, Mendiola y otros vs. España, que se había violado el artículo 6.1 del CEDH, en consideración a que Atutxa como los otros dos parlamentarios del Parlamento Vasco (Knorr Borrás y Bilbao Cuevas) fueron privados de su derecho a someter a contradicción las acusaciones, las cuales se realizaron contra ellos, ya que fueron condenados por el TSE, sin que los hechos pudieran ser examinados por una instancia inferior. TEDH. Sección 3.^a, S., de 13 de junio de 2017, Caso Atutxa, Mendiola y otros vs. España. Dicho pronunciamiento motivó, en atención a lo previsto en el artículo 954.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la interposición (tras su modificación por L. 41/2015, de 5 de octubre, la cual entró en vigor el 6 de diciembre), de una petición de revisión de la sentencia expedida por el TSE. TSE. 2.^a Sala, S. N.º 510/2019, de 28 de octubre (Roj.: STS 3371/2019); accediendo dicho Tribunal a la revisión y anulación de la condena, que el propio Tribunal había dictado de los aludidos diputados Atutxa y otros en atención a que: «En las sentencias de esta Sala 1/2009, de 14 de enero y 652/2011, de 17 de junio, afirmamos que el recurso de revisión constituye un medio excepcional que permite subsanar situaciones acreditadamente injustas, rescindiendo una sentencia firme a través de un nuevo proceso. El recurso de revisión es un proceso extraordinario con el que se pretende, fundamentalmente, encontrar el necesario equilibrio entre la seguridad jurídica que reclama el respeto a la cosa juzgada y la exigencia de la justicia en que sean anuladas aquellas sentencias condenatorias de quienes resulte posteriormente acreditado que fueron indebidamente condenados (STS 232/2010, de 9-3). Representa, pues, el triunfo de la verdad material frente a la verdad formal amparada por los efectos de la cosa juzgada». El subrayado y la letra negrilla son mías para poner de manifiesto el craso error (a mi juicio), en el cual incurrió la Corte Constitucional del Ecuador. CCE. Dictamen N.º 003-19-DOP-CC, de 19 de marzo de 2019, § 177-194.

8 Si bien la responsabilidad como partícipe, a título lucrativo, impuesta por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, se dejaría, finalmente, sin efecto por el TSE. 2.^a Sala, S. N.º 277/2018, de 8 de junio, apartado 7.º).

9 Véase Pérez-Cruz Martín, A.-J. La acción popular en proceso penal español. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los casos «Botin», «Atutxa» e «Ibarretxe». *op. cit.*, p. 1957.

10 Jiménez García. (2010). Reflexiones sobre la acusación popular a la vista de la última jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo. En *Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales*. Bilbao: U. de Deusto, p. 214.

17 de diciembre)¹¹ pone de manifiesto que constituye: «una característica de notable singularidad del proceso penal español respecto de otros países de su entorno socio-cultural», sosteniendo Ochoa Monzó que: «[...] España no siga los modelos europeos continentales no parece un demérito, antes al contrario tal vez debiera ser visto como un mérito de nuestro sistema, en especial por lo que se refiere a la acción popular».¹² No existen precedentes similares en el derecho comparado,^{13 14} hasta en el Reino Unido, paradigma de la acusación popular, donde teóricamente cualquier ciudadano puede ejercitar la acción pública, aunque se haga

en nombre de la Corona, la *Crown Prosecution Service*, recogida en la Constitución desde abril de 1986^{15 16} y básicamente equiparable en sus funciones al Ministerio Fiscal de cualquier otro país, es el órgano competente para llevar ante los tribunales las acusaciones por delitos investigados por la policía, lo que erige en «el brazo forense» de ésta, ha asumido la mayor parte de las acusaciones penales, dejando en segundo plano a la acusación popular.¹⁷ Constituye una forma de participación popular en la Administración de Justicia,¹⁸ consistente en que una persona —física o jurídica—,¹⁹ voluntariamente, comparece en el proceso

11 Roj.: STS 8025/2007.

12 VV.AA. y V., Ochoa Monzó. (2011). La acción popular. A. J. M. Mellado y O. Fuentes Soriano. (Dir.). *La reforma del proceso penal*. Madrid: Edit. La Ley, p. 117.

13 Recuerda el TSE que: «*Si se observa el derecho procesal de las democracias europeas se comprobará que la tendencia legislativa es sumamente restrictiva, pues sólo se suele reconocer el derecho a tomar parte en el proceso penal, junto al Ministerio Público, a los perjudicados civiles (por ejemplo, los códigos procesales italiano, [Art. 74 y ss.], francés, [Art. 85 y ss.], portugués [Art. 71 y ss.] o permitir solo una participación adhesiva supeditada a la del Fiscal [Alemania, StPO, § 395], o admitir una participación subsidiaria en el caso de desistimiento del Fiscal [Austria, StPO, §§ 46 y ss.]). Ello es consecuencia de la atribución del ius puniendi al Estado en forma monopolista que caracteriza al Derecho penal moderno*». TSE. 2.ª Sala, S. N.º 1045/2007, de 17 de diciembre de 2007, (Roj.: STS 8025/2007). Solo en el Principado de Andorra se otorga una participación comparable a la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Véase Sabater I Tomás, A. (1991). *Dret Processal Penal d'Andorra*. Barcelona, pp. 239-240; Ferreiro Baamonde, X.-X. (2003). A acusación popular: razones en pro e en contra de su mantenimiento. En *Anuario da Facultad de Dereito* (7), p. 315.

14 Véase Pedraz Penalva, E. Participación popular en la justicia penal. *op. cit.*, pp. 72-77; Heim, A. El rol de la víctima en los sistemas procesales penales de España, Francia e Italia. http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=176

15 Véase Diez-Picazo Giménez, L. M.^a. (2000). *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo* (1.ª edición). Barcelona: Edit. Ariel Derecho, pp. 56-59; Tolodi Gómez, A. *La potestad de acusar del Ministerio Fiscal en el proceso penal español. op. cit.*, pp. 98-105.

16 Recuerda Armenta Deu, T. que: «*Fórmula que, curiosamente, no fue la adoptada en otro de los países abanderados del adversativo, el procedimiento federal EE. UU., donde por un lado, actúan los fiscales federales (US Attorneys), vinculados al Attorney General, quien es miembro del Gobierno federal, y, por otro los district attorneys, cargo electivo, titulares ordinarios y de la acción que toman sus decisiones con absoluta discrecionalidad y orientación claramente política [...]*». Armenta Deu, T. (2012). *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*. Madrid: Marcial Pons Ediciones S. A., p. 120.

17 Véase Pérez-Cruz Martín, A.-J. Constitución y Acción Popular. *op. cit.*, p. 121.

18 Afirma el TSE que: «*Aunque la acción popular no sea un elemento esencial de la noción de Estado Democrático de Derecho, lo cierto es que la participación ciudadana en la administración de justicia mediante la acción popular es una manifestación del principio democrático y debe ser entendida como un medio funcional para garantizar esa participación de los ciudadanos en el proceso penal*». TSE. 2.ª Sala, S. N.º 105/2007, de 17 de diciembre. En este mismo sentido, afirma De la Oliva Santos, A., (2011) que: «*¿Por qué he relacionado la «acción popular» con la democracia? Porque la idea de participación pertenece a la entraña de cualquier sistema democrático, junto con la de la igual dignidad de las personas. Así, junto a muchas otras pruebas históricas (hechos y letras, manifestadas en obras cumbre de nuestra literatura), la «acción popular», que ni monarquías ni repúblicas se atrevieron a tocar, manifiesta la tradición democrática de España*». De la Oliva Santos, A. (25 de mayo de 2011). Historia, Democracia y «acción popular». En *Diario ABC*.

19 Afirma Torra Coll, J. M.^a: «*La S. TC. 241/1992, de 21 de diciembre reconoce legitimación activa, como acusador popular de las personas jurídicas, superándose una interpretación restrictiva terminológica. La STC 311/2005, otorga el amparo*

penal, ejercitando la acción penal, «sin necesidad de invocar la lesión de un interés propio»,²⁰ «que no resulten directamente ofendidos por el delito»,²¹ «quien no ostenta la titularidad del derecho, interés o bien jurídico vulnerado»,²² «al margen y más allá de toda ofensa personal».²³

Concepto, naturaleza y fundamento

La acción o acusación popular es la atribución de la legitimación activa²⁴ para que una persona física²⁵ o jurídica²⁶ —español-

la—²⁷ pueda voluntariamente personarse en un proceso sin necesidad de invocar lesión de interés propio, sino defensa de la legalidad.²⁸ Lo que implica, como pone de manifiesto Ochoa Monzó, que: «El sistema procesal penal español, como es sabido, y a diferencia de otros sistemas del Derecho comparado), excepto el sistema inglés, no sigue un régimen de monopolio de la acción penal por el Ministerio Fiscal como acusación pública —pese a la dicción del art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal [...], que determina la obligación del mismo de

y permite ejercer la acción popular a la Generalitat Valenciana, en un asunto de violencia de género. Es decir, posibilita el ejercicio de la acción popular por parte de entidades jurídico públicas por no incluir la CE, ni las leyes que la regulan una restricción expresa al respecto». Torra Coll, J. M.^a. *La acusación popular. Reflexiones*. <https://elderecho.com/acotaciones-a-la-acusacion-popular>

20 Cfr. Arnaldo Alcubilla, E. y E., González Hernández. Sinopsis del Artículo 125 de la Constitución. <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=125&tipo=2>

21 Cfr. Gimeno Sendra, V. (1993). La acusación popular. En *Poder Judicial* (31), p. 89.

22 Cfr. Oromí Vall-Llovera, s. (2012). *El ejercicio de la acción popular*. Madrid: Marcial Pons Ediciones S. A., p. 40.

23 Cfr. TCE. S. TC 154/1997, de 29 septiembre. De especial interés, sobre los criterios dispares, mantenidos por el TC, con relación a la vinculación de la acusación popular con el artículo 24.1 de la CE, resulta el voto particular que formula el magistrado don Pedro Cruz Villalón a la sentencia.

24 Define la acción popular Almagro Nosete, J. en los términos siguientes: «[...] una legitimación abierta, de clara significación política que extiende su eficacia en el ejercicio del derecho a la jurisdicción en su vertiente activa o promotora a todos los ciudadanos y excluye el monopolio del Ministerio Fiscal». VV. AA. y Almagro Nosete, J. (1989). (Coord.) M.^a C. Calvo Sánchez. *La Reforma del Proceso Penal* (t. II). Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Madrid: Edit. Ministerio de Justicia, p. 225.

25 No podrán ejercer la acción popular, conforme los artículos 102 y 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: 1.º El que no goce de la plenitud de los derechos civiles; 2.º El que hubiere sido condenado dos veces por sentencia firme como reo del delito de denuncia o querrelas calumniosas; 3.º El Juez o Magistrado.

Los comprendidos en los números anteriores podrán, sin embargo, ejercitar la acción penal por delito o falta cometidos contra sus personas o bienes o contra las personas o bienes de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos o uterinos y afines.

Los comprendidos en los números 2.º y 3.º podrán ejercitar también la acción penal por el delito o falta cometidos contra las personas o bienes de los que estuviesen bajo su guarda legal. Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí: 1.º Los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia; y, 2.º Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros.

26 Cfr. TCE. SS. N.º 53/1983, de 20 de junio; N.º 241/1992, de 21 de diciembre; N.º 34/1994, de 31 de enero; N.º 311/2006, de 23 de octubre, —reiterada en la S. TC. N.º 8/2008, de 21 de enero—; TSE. 2.ª Sala, S. N.º 1197/2009, de 1 de diciembre, (Roj.: STS 7707/2009).

27 Sostiene Jiménez Cardona, N. que: «Esta exclusión no puede predicarse, sin embargo, de los ciudadanos comunitarios no nacionales. Ello obedece a que el artículo 18 del TFUE consagra el principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación. Por consiguiente, todos los ciudadanos de Estados miembros de la Unión Europea deben gozar de los mismos derechos y facultades que los nacionales del Estado miembro en el que se hallen. Por lo tanto, los ciudadanos comunitarios no pueden ser considerados ciudadanos extranjeros, debiendo incluirse dentro del término «ciudadano español», a todo particular nacional de un Estado miembro, de acuerdo con el principio de primacía característico del Derecho de la Unión Europea ante el Derecho interno de nuestro Estado». Jiménez Cardona, N. (2014). La Acción Popular en el Sistema Procesal Español. En *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* (vol. II, p. 60).

28 Véase Pérez-Cruz Martín, A.-J. Constitución y Acción Popular. *op. cit.*, p. 129.

ejercitar acciones penales—, sino que la titularidad de la acción penal aparece compartida con otros posibles acusadores a los que el ordenamiento legitima igualmente para el ejercicio de la acción penal».²⁹

Se trata, por tanto, en opinión de Arnaldo Alcubilla y González Hernández de: «[...] una manifestación del derecho público subjetivo al libre acceso a los tribunales en que las pretensiones que se mantengan sean de interés público».³⁰ Esta misma línea es apuntada por Bernabenu al afirmar que:

La acción popular es un derecho público subjetivo al libre acceso a los tribunales donde las pretensiones que se mantengan sean de interés público. Contra las voces que cuestionan si la acción popular acarrea el reconocimiento de un derecho o no, encontramos la historia legislativa de la Constitución que considera la acción popular un derecho público subjetivo y como tal la potestad que tiene toda persona, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, de actuar cuando tal actuación se refiera a un bien o a un interés público. Es decir, el artículo 125 de la Constitución reconoce al individuo la capacidad jurídica de poner en movimiento al Estado y sus instituciones (en este caso los tribunales de justicia) y esta capacidad jurídica se considera inherente al individuo».³¹

Por consiguiente, la acción popular se enmarca dentro del más amplio espacio del derecho a la tutela judicial efectiva.^{32 33}

La tutela jurisdiccional, en materia penal, incluye, sostiene el TS, «[...] el ejercicio de la acción penal por las personas privadas, como consecuencia de lo cual, e independientemente de la que viene encomendada al Ministerio Fiscal que tiene el derecho-deber de ejercitar la acción penal (artículo 105 Ley de Enjuiciamiento Criminal), como defensor de la legalidad (artículos 124.1 Constitución y 435 Ley Orgánica del Poder Judicial), se atribuye su ejercicio a los propios perjudicados por el delito mediante la llamada acción particular, así como también a todos los ciudadanos, sean o no ofendidos por el delito, a través de la acción popular, lo cual nada tiene que ver para que el legislador tenga previsto una serie de particularidades en este último caso, con objeto de evitar abusos ilegítimos, tales como las referidas a la presentación de la querrela a la que alude el artículo 270 o a la prestación de fianza del artículo 280 ambos Ley de Enjuiciamiento Criminal (SS. TS, sala 2.^a de 10 de julio de 1995».³⁴

29 VV. AA. y V., Ochoa Monzó. (2011). La Acción Popular. En *La Reforma del Proceso Penal*. *op. cit.*, p. 117.

30 Véase sinopsis del artículo 125 de la Constitución. <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=125&tipo=2>

31 Bernabenu. (2014). La legitimación popular de la justicia. Salvar la acusación popular. En *Debates Jurídicos* (1), p. 2.

32 La S. TC 62/1983, de 11 de julio, diferenciando que mientras que el derecho a la acusación particular tendría una naturaleza personal, el derecho a la acusación popular tendría, por su parte, un carácter general, afirmando que «cuando un miembro de la sociedad defiende un interés común sostiene simultáneamente un interés personal», y esto conllevaría a que entorpecer el ejercicio de la acusación popular implica, de hecho, entorpecer el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido de que se estaría impidiendo el acceso a la jurisdicción. En contra, la S.TC N.º 147/1985, de 29 de octubre, llega a considerar a la acusación popular, más que un derecho relacionado con el acceso a los tribunales, como uno de carácter procesal, pero se admite que pueda llegar a ser objeto de tutela, porque se trata de un mecanismo, por el cual un sujeto puede llegar a recabar su derecho a la tutela judicial efectiva, pero solamente se podría alegar en un proceso de manera indirecta. La S. TC N.º 34/1994, de 31 de enero, afirma, ya de manera definitiva, que el ejercicio de la acusación popular integra el contenido a la tutela judicial efectiva, por lo que se reconduce el artículo 125 al 24, ambos de la Constitución, alcanzando así el rango de derecho fundamental. Por último, de la S. TC N.º 41/1997, de 10 de marzo, puede concluirse que el Tribunal Constitucional fijó que el derecho a la acción popular, reconocido en el artículo 125 de la Constitución, implica un derecho al proceso (*ius ut procedatur*), pero en ningún caso un derecho a la condena, en base a un derecho de carácter subjetivo-material penal y, por consiguiente, se tendrá que denegar el amparo en los supuestos de sentencias absolutorias.

33 Véase Pérez-Cruz Martín, A.-J. Constitución y Acción Popular. *op. cit.*, p. 140.

34 TSE. 2.^a Sala, S. N.º 363/2006, de 28 de marzo de 2006, (Roj.: STS 7937/2006).

El fundamento de la acción popular es la defensa de la sociedad. Viene a coincidir con la idea de Hegel³⁵ de que cuando se comete un delito, su autor, perturba la conciencia jurídica de la comunidad a la que pertenece y ofende a todos.³⁶

No cabe hablar, como ya hemos tenido ocasión de señalar, de monopolio de la acción penal por el Ministerio Fiscal,³⁷ dado que los ciudadanos españoles pueden ejercitar esta acción con arreglo a las prescripciones legales, como ofendidos o perjudicados, a través del ejercicio de la acusación particular, y como no ofendidos ni perjudicados, la acción popular, con arreglo a las prescripciones legales.³⁸

Es una constante poner de relieve el tradicional cierto grado de desconfianza, de recelo, que despierta en el proceso penal la actuación del Ministerio Fiscal por su criticada dependencia del Ejecutivo. En

este mismo sentido coincido con la aseveración de Pedraz Penalva cuando afirma que: «[...] Centrándome en este papel ciudadano destacaré que es muestra de un constante y extendido intento de establecer garantías de correcta utilización del poder estatal de acusación, ligado a su consideración como válvulas de seguridad para casos de déficit en el ejercicio de aquel. En verdad, la vigencia del ejercicio ciudadano de la acusación en sede criminal supuso, y en España aún se sigue afirmando por un sector doctrinal que comporta, un singular modo participativo popular en la justicia con plurales significados, objetivos y consecuencias, lo que en diverso grado, según la intensidad participativa, es predicable de los demás países que examinaré».³⁹

Otro de los aspectos es controlar la utilización del principio de oportunidad reglado por parte del Ministerio Fiscal *versus* prin-

35 Hegel. (1937). *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Edit. Claridad, p. 99.

36 Véase: Pérez-Cruz Martín, A.-J. La acción popular en el proceso penal español. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los casos «Botín», «Atuxta» e «Ibarretxe». *op. cit.*, p. 1961.

37 Véase Ramos Méndez, F. (2016). *Enjuiciamiento criminal. Duodécima lectura constitucional*. Barcelona: Edit. Atelier, p. 130.

38 El alcance de lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución, donde se regulan las dos modalidades de participación popular en la Administración de Justicia (el Tribunal del Jurado y la acción popular) han dado lugar a un vivo debate doctrinal, que no puede prescindir de los debates parlamentarios, los cuales dieron lugar a la dicción legal.

Sin duda alguna, es Gimbernat Ordeig, E. quien más elocuente y brillantemente ha planteado el tema, sosteniendo que: «Si, como hasta ahora se ha expuesto, el origen y el espíritu del art. 125 CE impiden que se pueda cercenar el régimen de la acción popular previsto en la LECrim de 1882 -por eso se le consolida constitucionalmente-, a la misma conclusión se llega sobre la base de una interpretación que tenga en cuenta el tenor literal del precepto. Y es que, en efecto, como, según el art. 125 CE, «[l]os ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y respecto de aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales», la última frase (desde «mediante la institución del Jurado...») tiene que ir referida in toto, y exclusivamente, a la «participación en la Administración de Justicia», ya que la acción popular obviamente no puede desempeñar en los tribunales consuetudinarios y tradicionales (como, por ejemplo, el Tribunal de las Aguas de Valencia) papel alguno, entre otras razones porque la acusación no es una forma de «participar en», sino, como se establece tajantemente en el Título VII LOPJ, de «cooperar con» la Administración de Justicia. Con otras palabras: La frase que en el art. 125 se refiere conjuntamente -estableciendo restricciones de forma y procesales- al jurado y a los tribunales consuetudinarios y tradicionales rige únicamente para la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia, y no es aplicable, en cambio, a la acción popular, ya que, si también a ella la sometiéramos a dichas restricciones, tendríamos que mantener que, entonces, igualmente regía para ella -como sucede con la participación popular en la Administración de Justicia- esa frase hasta el final y llegar al inimaginable resultado de que la acusación popular podría tener alguna función en el Tribunal de las Aguas de Valencia.

La sentencia del TS de 17 de diciembre de 2007 confunde churras (la acción popular) con merinas (con el jurado) y su interpretación del art. 125 CE es incompatible con el origen, el espíritu y el tenor literal de ese precepto. Por ello, debe ser tenida como no existente por los tribunales inferiores y, también, por las ulteriores resoluciones del mismo TS, ya que en España sólo hay un inapelable y vinculante «intérprete supremo de la Constitución»: el Tribunal Constitucional». Gimbernat Ordeig, E. (8 de enero de 2008). Cerco a la acción popular. En *Diario El Mundo*.

39 Pedraz Penalva, E. (1999). Participación popular en la justicia penal. *op. cit.*, p. 73.

cipio de legalidad y el descubrimiento de la verdad procesal de los hechos.⁴⁰

En esencia se entiende, sostiene Pedraz Penalva: «[...] como expresión del derecho público subjetivo a la jurisdicción, y como tal, prevalente, no susceptible de limitación sino a través de ley y con sometimiento al imperativo de proporcionalidad asimismo es visto como cauce de control popular de la justicia, posibilitador de su legitimación democrática, al aportar la sensibilidad social ciudadana en la persecución delictiva».⁴¹

Se trata, en suma, indudablemente de un mecanismo de democratización de la Justicia,⁴² como derecho de configuración legal reconocido como derecho fundamental en la Constitución, junto a la manifestación, por antonomasia, la de los ciudadanos jurados que emiten el veredicto en el procedimiento del Tribunal del Jurado.⁴³ La acción popular se convierte, en opinión de Bernabeu, «[...] en un mecanismo que permite restablecer el equilibrio y la equidad en comunidades que, a pesar de ser democráticas en su Constitución y vocación, presentan profundas desigualdades y donde la participación democrática está demasiadas veces limitada al momento electoral y, como en nuestro caso, al ejercicio de la acción popular»;⁴⁴ mientras que en opinión

de Martín Ríos, «[...] una parte acusadora autónoma, no un mero coadyuvante del Ministerio Fiscal, [...]».⁴⁵

Especial interés cobra la actuación de la acusación popular, como subraya el TSE:

[...] en el momento actual en relación con la persecución de aquellos delitos que pueden infringir un bien perteneciente a la esfera o patrimonio social, con respecto a los cuales se ha podido observar un escaso celo por parte del Ministerio Fiscal a la hora de ejercitar la acción y sostener la acusación penal. El bien jurídico protegido es comunitario, de los denominados “intereses difusos”, pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica, en mayor o menor medida —a toda una colectividad, bien jurídico— que en el supuesto de esta prevaricación especial, se complementa con el recto y normal funcionamiento de las administraciones públicas que constituye un presupuesto básico de una sociedad democrática.

Se trata, en todo caso, de intereses difusos que no pueden ser encarnados por ninguna persona en particular ni siquiera por aquellas que están integradas también en el organismo y corporación en que se han desarrollado los hechos que presumiblemente pudieran tener el carácter delictivos. Pertenece a la comunidad en general y por ello —como precisa la S. TS, sala 2.ª, n.º 537/2002, de 5 de abril (Roj.: STS 2436/2002)— la única forma de personarse en unas actuaciones pena-

40 Afirma Almagro Nosete, J. que: «[...] la acción popular entendida como medio de control de la acusación pública, vigila, complementa y suple, de forma que en cuanto vigila, no actúa, simplemente observa; en cuanto complementa se muestra coincidente con los intereses que representa el Ministerio Fiscal; y en cuanto suple, actúa como sustituta de aquellos intereses». Almagro Nosete, J. (1989). *Acción Popular. op. cit.*, p. 228.

41 Pedraz Penalva, E. (1999). Participación popular en la justicia penal. *op. cit.*, p. 74.

42 El Tribunal Supremo tiene declarado que: «[...] aunque la acción popular no sea un elemento esencial de la noción de Estado de Derecho, la participación ciudadana en la Administración de Justicia mediante la acción popular es una manifestación del principio democrático y debe ser entendida como un medio funcional para garantizar esa participación de los ciudadanos en el proceso penal». TSE. S. TS. 2.ª Sala, N.º 1045/2007, de 17 de diciembre, (Roj.: S.TS 8025/2007).

43 Véase a Salom Escrivá, J. S., J. L., Gómez Colomer y J. L., González Cussac. (1999). *Comentarios a la Ley del Jurado*. Navarra: Edit. Aranzadi; De la Oliva Santos, A. (1999). *Comentarios a la Ley del Jurado*. Madrid: Edit. Universitaria Ramón Areces; Pérez-Cruz Martín, A.-J. (1995). Reflexiones sobre la instrucción en el nuevo proceso penal ante el Tribunal del Jurado. Especial consideración de los Arts. 24 a 35 de la LO 5/1995, del Tribunal del Jurado. En *Revista Jurídica de Derecho* (610-611), pp. 8085-8103.

44 Bernabeu. (2014). La legitimación popular de la Justicia. *Salvar la Acusación Popular. op. cit.*, p. 1.

45 Martín Ríos. (2012). *Sistema acusatorio: las partes del proceso. Curso de Especialización en Sistema Penal Acusatorio*. México: p. 167.

les en concepto de parte es a través del ejercicio de la acción popular».⁴⁶

Los criterios sobre la legitimación de la acusación popular, siendo controvertidos, están también relativamente asentados en la jurisprudencia. Y, en este sentido, recuerda el TSE (2.^a sala, S. n.º 277/2018, de 8 de junio)⁴⁷ que:

Está vedada su acusación solitaria frente a delitos en los que predominan intereses cuya titularidad está en personas jurídicas; públicas o privadas, concretas, identificables, cuando éstas expresamente, y en armonía con la posición del Ministerio Público, exteriorizan su decisión de apartarse de la acusación por considerar que los hechos no tienen relieve penal. Se les reconoce sin embargo legitimación aun contradiciendo la posición procesal del Ministerio Público en infracciones que tutelan intereses sociales que no radican en nadie en particular, sino que son difusos, colectivos, de forma que no puede señalarse un concreto perjudicado diferente al genérico cuerpo social. Así las cosas, el tema queda ceñido a dilucidar en qué categoría encajar el delito de tráfico de influencias.

La respuesta es obvia: no podemos identificar perjudicados concretos, como sucede con delitos de carácter predominantemente patrimonial o con bienes jurídicos más tradicionales como los delitos

contra la libertad sexual o contra la integridad corporal o la libertad. El bien jurídico ligado al funcionamiento transparente, objetivo, neutral e imparcial de la Administración Pública es de titularidad (si es que puede hablarse así) social, de todo el colectivo. En esas infracciones viene reconociéndose a la acusación popular una autonomía no estrictamente vicaria de la posición del Ministerio Público. Según la doctrina de esta Sala, esa situación difiere en puntos sustanciales de la que se presenta cuando el Ministerio Público, órgano imparcial que constitucionalmente tiene atribuida la misión de hacer valer ante los tribunales la legalidad y el interés social y, como consecuencia de ello y entre muchas otras funciones, enarbolar la pretensión acusatoria que entiende procedente en el proceso penal (y, en su caso, oponerse a las improcedentes lo que es también un interés de toda la sociedad), solicita el sobreseimiento y lo hace en concordancia y sintonía, en confluencia con el titular concreto del bien jurídico tutelado por el delito».

El reconocimiento constitucional de la acción popular

La acusación popular se regula, en el ordenamiento jurídico constitucional, en su artículo 125,^{48 49} indicándose, como requi-

46 TSE. 2.^a Sala, S. N.º 363/2006, de 28 de marzo, (Roj.: STS 7937/2006).

47 oj.: S TS. N.º 2056/2018.

48 «Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales». Ubicado sistemáticamente el artículo 125 de la CE, en su Título VI, relativo al Poder Judicial, reconoce junto al Tribunal del Jurado, a la acusación popular como formas de participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia. Véase Pérez-Cruz Martín, A.-J. (1992). *La participación popular en la Administración de Justicia: el Tribunal del Jurado*. Madrid: Edit. Montecorvo S. A., pp. 45-78; ídem. El Jurado en la LOPJ, de 1 de julio de 1985. En *Revista Jurídica La Ley* (1, 987/2), pp. 1149-1158; ídem. (1992). El Tribunal del Jurado en España, pasado, presente y futuro. En *Revista General de Derecho* (574-575), pp. 6533-6593; ídem. (1996). La LO 5/1995 del Tribunal del Jurado: sus avatares legislativos y post-legislativos. En *Justicia* (1), pp. 139-143.

Los antecedentes constitucionales del vigente Art. 125 CE se pueden localizar en la Constitución de 1812, que regulaba, en su Art. 255, referido a los delitos de soborno y prevaricación de jueces y magistrados. De igual modo, la preveían los Arts. 98 de la Constitución de 1869 y el Art. 29 de la de 1931, si bien éste se refería a los delitos de detención y prisión ilegal. En el nivel legislativo ordinario y bajo la vigencia de la Constitución de 1869, se reguló por la LECrim. de 1872, en su Art. 2. Cfr. Arnaldo Alcubilla, E. y E., González Hernández. Síntesis del artículo 125 de la Constitución. <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=125&tipo=2> Se instauró, durante el «trienio liberal» -1820-1823-, la legislación de imprenta, con el objeto de que los ciudadanos pudieran perseguir los delitos, que atentaran contra la libertad de imprenta, para pasar después a ser prevista en la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 y, finalmente, en la actual Ley Procesal Penal de 1882, que la contempla especialmente en sus artículos 101 y 270. Cfr. Pérez Gil, J. (1997). La acusación popular (tesis doctoral). Valladolid: pp. 37-107; Gimeno Sendra, V. (1993). La acción popular. En *Poder Judicial* (31), p. 87; ídem. (junio de 2010). ¿Qué hacer con la acción penal popular? En *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (14), p. 60; vv. AA. y V., Ochoa Monzó. (2014). La acción popular. *op. cit.*, p. 119; Giagnorio, M. Brevi note in tema di azioni popolari. https://www.academia.edu/22296079/Brevi_note_in_tema_di_azioni_popolaride2020

49 Afirman Gutiérrez-Alviz Conradi, F. y Moreno Catena, V.: «Pocas consecuencias se pueden extraer de la norma constitucional,

sito, que sea la ley la que determine los procesos penales en los que tal acción deba existir.^{50 51} Esta circunstancia abre un espacio de disponibilidad al legislador para que pueda determinar en qué procesos puede o no ejercitarse tal acción, sin que merezca reproche alguno —desde la perspectiva del ámbito de protección constitucional— la ley procesal que decida no dar cabida al ejercicio de tal acción.⁵² No obstante lo anterior, conviene precisar que, una vez que una concreta norma da cabida a su ejercicio —como acontece en la ley procesal penal—, dicha acción puede «relacionarse con el derecho de tutela judicial efectiva, integrarse en su contenido, y beneficiarse de sus medios constitucionales de garantía».⁵³

La legislación ordinaria contempla la acción popular en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde el artículo 101 se pone de manifiesto por el Juzgado Central de Instrucción n.º 5:

[...] [T]ras declarar el carácter público de la acción penal, reconoce a todos los ciudadanos españoles la facultad de ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley, y el artículo 270, faculta a todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, aquerellarse, ejercitando la acción popular que establece el artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. También el artículo 19.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la Ley. Habiéndose ampliado por el Tribunal Constitucional la legitimación para el ejercicio de la acusación popular, a partir de la S. TC 53/1983, de 20 de julio, tanto a las personas físicas como a las jurídicas.

Bajo tal marco legal, y como se ha encargado de destacar la doctrina más autorizada, la acción penal popular se configura como un derecho fundamental, cívico y activo, que se ejercita en forma de querrela, mediante el cual todos los sujetos de derecho, con la capacidad de actuación procesal necesaria y que no resulten directamente ofendidos por el delito, pueden suscitar la incoación del proceso penal y comparecer en él como partes acusadoras en orden

*y a poco viene obligado el legislador, pues queda habilitado para regular la acción popular del modo que repute conveniente; se trata de una norma constitucional en blanco que deja al libérrimo criterio del legislador su régimen jurídico. Con todo, cabe apuntar a esta regla una excepción al menos: el legislador no está facultado para establecer la supresión de la acción popular de nuestro ordenamiento, pues no resulta posible responder al reconocimiento constitucional con el olvido o la desaparición». VV. AA., F., Gutiérrez-Alviz Conradi y V., Moreno Catena. Artículo 125: la participación popular en la Administración de Justicia. O. Alzaga Villamil (Dir.). (1996). *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid: Edit. Edemas (9), pp. 168-169.*

50 Véase TCE. SS. N.º 64/1999, de 26 de abril; N.º 280/2000, de 27 de noviembre; A.TC N.º 186/2009, de 16 de junio. «.../ abre a la ley un amplio espacio de disponibilidad, sin precisa limitación, para que en relación con determinados ámbitos jurisdiccionales o tipos distintos de procesos la acción popular pueda, o no, establecerse; y por ello es perfectamente adecuado a dicho precepto constitucional que en determinados procesos no exista tal acción».

51 El artículo 19.1 h) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa reconoce la acción pública a determinados ámbitos públicos que, como recuerda Teso Gamella, M.^a-P. (2009), «se realiza en atención a los diferentes y sensibles intereses en juego porque la acción pública lo que pretende es 'robustecer y reforzar la protección de determinados valores especialmente sensibles, haciendo más eficaz la defensa de los mismos, ante la pluralidad de intereses concurrentes' (STS de 14 de mayo de 2010...)». Teso Gamella, M.^a-P. (2009). Legitimación y acción popular. En *Novedades jurisprudenciales. Cuadernos de Derecho Público* (36), p.74. En favor de la acción popular se expresa, igualmente, Sanjurjo Rebollo, B. por entender que: «La acción popular es uno de los mecanismos jurídicos más modernos y democráticos para hacer efectivos los derechos de cuarta generación o derechos colectivos en el que se encuentra el derecho al medioambiente, y se ubica con prontitud en el contexto de una realidad, en ocasiones conflictiva, problemática y compleja de la defensa ante daños al medio natural». Sanjurjo Rebollo, B. (1 de enero de 2011). Medio ambiente y acción popular. En *Boletín Urbanismo*. <http://www.elderecho.com/medio-ambiente-y-accion-popular>

52 Véase Pérez-Cruz Martín, A.-J. *Constitución y Acción Popular. op. cit.*, p. 155.

53 Véase TCE. S. TC N.º 64/1999, de 26 de abril: El TC negó el ejercicio de la acción popular a la Associació d'Informació per a la Defensa dels Soldats por estimar que: «[...] no es irrazonable entender que tanto la L.E.Crim. como la L.O. 2/1989, regulan una sola acción penal (no dos, particular y popular) y, por ello, tampoco puede serlo interpretar, como lo han hecho las resoluciones impugnadas, que el régimen de la acción popular establecido en la L.E.Crim. no puede aplicarse como supletorio de lo establecido en la L.O. 2/1989, al resultar incompatibles dada la distinta amplitud con que una y otra norma regulan el ámbito de los legitimados para ejercer la acción penal».

a ejercitar la acusación pública. La jurisprudencia perfila más aún su concepto, señalando que «la acción popular ha de emplearse en defensa de la sociedad en su conjunto, no en nombre o interés propio o ajeno» (S.TS, sala 2.ª, n.º 895/1997, 26 de septiembre (Roj.: STS 5661/1997) —caso del síndrome tóxico—). De esta forma lo que caracteriza a la acción popular es que la puede ejercitar cualquier ciudadano que se halle en plenitud del goce de sus derechos, sin que tenga que alegar en el proceso la vulneración de algún derecho, interés o bien jurídico protegido que se encuentre dentro de su esfera patrimonial o moral; o lo que es lo mismo y más ilustrativo —en contraposición a la llamada acusación privada o particular—, sin que tenga que tratarse de un ciudadano o persona jurídica directamente ofendida o perjudicada por el delito.⁵⁴

La acción penal popular, a través de la presentación en el Juzgado de la oportuna querrela se convierte en parte acusadora, en paridad de armas con el Ministerio Público y con el acusador particular, asumiendo, en el proceso penal un papel similar al Ministerio Fiscal;⁵⁵ aunque sin derecho al ejercicio de la acción civil derivada del delito. Para que el derecho a la acción popular pueda ser protegido también por el artículo 24.1 de la Constitución, en su dimensión procesal y para que las resoluciones recurridas puedan examinarse desde el aspecto más positivo que protege el acceso al proceso, es preciso que la defensa del interés de la sociedad en su conjunto no se realice en nombre o interés propio o ajeno, pero debe servir para sostener un interés legítimo y personal.⁵⁶ Puede afirmarse que el funda-

mento de esta figura reside en que significando el delito —como mínimo— la puesta en peligro de bienes sociales tutelados por el Estado, cualquiera de los miembros de esa sociedad puede pedir al órgano competente que en su nombre se reconozca una determinada situación o derecho subjetivo y/o se condene a una determinada persona al cumplimiento de una prestación.⁵⁷

El actor popular actúa, sostiene Doig Díaz, sobre la base de un interés común, con el fin de depurar la responsabilidad penal oportuna, aunque no haya sido ofendido por el delito que se predica. Sin perjuicio de actuar en defensa de un interés común o general, se sostiene también un interés personal en tanto su defensa se consiga únicamente defendiendo el interés general.⁵⁸ En contraposición a la acción popular,

[...] [L]a acusación particular vendrá referida al interés individual que ostentan en la persecución de las infracciones criminales quienes han sido directamente perjudicados por los efectos y consecuencias lesivas de los hechos punibles (artículo 110 Ley de Enjuiciamiento Criminal), residiendo el principal interés de esta acusación —distinta a la popular— en la persona quien la ejercita, la víctima, el perjudicado u ofendido por el delito, quedando facultado por esta vía para el restablecimiento del daño o perjuicio causado, ya sea de naturaleza patrimonial o moral.⁵⁹

Limitaciones y alcance del ejercicio de la acción popular (especial consideración de la doctrina del Tribunal Supremo, sentada en

54 Véase A. recaído en Diligencias Previas, de 5 de febrero de 2013. Procedimiento Abreviado N.º 275/2008.

55 Véase TSE. 2.ª Sala, S. N.º 323/2013, de 23 de abril, (Roj.: STS 1918/2013).

56 Véase: Pérez-Cruz Martín, A.-J. La acción popular en el proceso penal español. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los casos «Botín», «Atuxtá» e «Ibarretxe». *op. cit.*, p. 1967.

57 «I. Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los artículos 637 y 641, lo acordará el Juez, excepto en los supuestos de los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20 del Código Penal, en que devolverá las actuaciones a las acusaciones para calificación, continuando el juicio hasta sentencia, a los efectos de la imposición de medidas de seguridad y del enjuiciamiento de la acción civil, en los supuestos previstos en el Código Penal».

58 Cfr. Doig Díaz, Y. La acusación particular en la justicia militar española. Un comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2001, de 10 de mayo. *op. cit.*, p. 304.

59 Véase JCI. A. N.º 5, de 5 de febrero de 2013, recaído en Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado N.º 0000257/2008.

**los denominados «caso Botín», «caso Atutxa»
«caso Ibarretxe» y «caso Nóos»^{60 61}**

Con anterioridad a la celebración del juicio, sin perjuicio de diversas resoluciones, sin duda el tema que mayor trascendencia ha tenido, en los últimos años, ha sido la fijación de la doctrina sobre el alcance de la acción popular, dictada sobre el sentido de la limitación de la acción popular en el artículo 782.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal,⁶² lo cual se ha llevado a cabo mediante tres sentencias, la primera S. TS, Pleno de la sala 2.^a n.º 1045/2007, de 17 de diciembre (caso Botín),⁶³ la segunda, S. TS, Sala 2.^a, n.º 54/2008, de 8 de abril (caso Atu-

txa),⁶⁴ complementaria pero no contradictoria de la anterior, a pesar de las críticas recibidas en tal sentido,⁶⁵ la tercera, S. TS., sala 2.^a n.º 8/2010, de 20 de enero (caso Ibarretxe)⁶⁶ y, la cuarta, S. TS., sala 2.^a n.º 277/2018, de 8 de junio (caso Nóos).⁶⁷

Las sentencias, por su extensión y enjundia del tema abordado, son de recomendable lectura, máxime por los valiosos votos particulares que las acompañan (caso «Botín»), (caso «Atutxa»)⁶⁸ y (caso «Ibarretxe»). Una síntesis de ambas resoluciones «caso Botín» y «caso Atutxa» se puede encontrar en el A. AP de Palma de Mallorca, 1.^a sección, de 29 de enero de 2016.⁶⁹ El Pleno de la sala 2.^a, contenida en la S. TS, sala 2.^a n.º 1045/2007, de 17 de diciem-

60 Coincido con Ortells Ramos, M. al señalar, en relación a las limitaciones a la acusación popular, en el procedimiento abreviado, que hoy no puede prescindirse a ambos pronunciamientos judiciales que: «En todo caso, no es a la ley a la que se mira para determinar los poderes procesales del acusador popular dado que ésta se ha revelado insuficiente para definirlos, sino que se atiende a la doctrina jurisprudencial del TS, que el TC no ha considerado viciada de arbitrariedad o error patente, y cuyas, ahora diferentes formulaciones tampoco han apreciado que sean lesivas del principio de igualdad en la aplicación de la Ley». Ortells Ramos, M. Legisladores, Jueces y renovación del proceso penal en España (1978-2015). *op. cit.*, p. 44.

61 Recoge una síntesis la doctrina acogida en Sentencias del TSE y SAP de Palma de Mallorca. Armenta Deu, T. (2007). La acción popular: claves de una reforma que conviene ponderar. En *Revista Justicia* (1), pp. 71-125.

62 «Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los artículos 637 y 641, lo acordará el Juez, excepto en los supuestos de los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20 del Código Penal, en que devolverá las actuaciones a las acusaciones para calificación, continuando el juicio hasta sentencia, a los efectos de la imposición de medidas de seguridad y del enjuiciamiento de la acción civil, en los supuestos previstos en el Código Penal».

63 Roj: STS 8025/2007.

64 Roj: STS 687/2008.

65 Gimeno Sendra, V. (2008). La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: los casos Botín y Atutxa. En *Diario La Ley* (6970), pp. 1-4; Añón Calvete, J.-C. (2014). *Doctrina Botín y doctrina Atutxa. Acusación particular y acusación popular: límites al ejercicio de la acción popular*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 88; Jorge Barreiro, A. (2008). Jurisprudencia de oportunidad: el ocaso de la acción popular. En *Jueces para la democracia* (61), pp. 27-29.

66 Roj.: STS 99/2010.

67 Roj.: STS 2056/2018.

68 Véase S. TC. 205/2013, de 5 de diciembre que, en opinión de Frago Armada, J. A., «[...] da carta de naturaleza a esta doctrina, al no considerar que haya infracción del derecho constitucional a la igualdad. Bien es cierto que no se pronuncia sobre si la doctrina es válida o errónea, sino solo sobre que la interpretación dada por el Tribunal Supremo no es contraria al principio de igualdad, por haber motivado el cambio de posición jurisprudencial». Frago Armada, J. A. La acusación popular tras la doctrina Atutxa. <http://hayderecho.com/2014/01/20/la-acusacion-popular-tras-la-doctrina-atutxa/>

69 Una opinión crítica es mantenida por Asencio Mellado, J. M.^a al señalar que: «Bajando al asunto de la infanta Cristina, la cuestión es tan simple, como evidente. El artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que cuando el Ministerio Fiscal y la acusación particular soliciten el sobreseimiento, el juez debe acceder a dicha petición. De este modo, pues, en los delitos contra la Hacienda Pública, si la Abogacía del Estado y la Fiscalía no acusan no cabe admitir la acusación popular. Y así lo manifestó el Tribunal Supremo, entre otros muchos, en el caso Botín, en doctrina nunca posteriormente discutida en este tipo de asuntos. Excepcionar la misma en el caso de la Infanta no sería satisfacer privilegio alguno, sino todo lo contrario, aplicar una regla distinta y restrictiva que precisaría de muchas explicaciones y todas con escaso fundamento legal. No un privilegio, sino una interpretación contra la institución monárquica. Ese es, no nos

bre —que cuenta con siete votos particulares, dos concurrentes y cinco opuestos al fallo, que fueron acogidos, en parte, en el «caso Atutxa»— valida la interpretación del tenor del artículo 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal expresada en el A. AN, Sección 1.^a, de 20 de diciembre de 2006,⁷⁰ que acordaba decretar el sobreseimiento libre de las actuaciones conforme a lo pretendido por el Ministerio Fiscal y la acusación particular. El procedimiento penal se centraba en el enjuiciamiento por un delito continuado de falsedad en documento mercantil y treinta mil delitos contra la Hacienda Pública, encontrándose, entre los acusados, el expresidente del Banco de Santander, Emilio Botín. La sentencia, en el «caso Botín», sentaba la doctrina de que, en el ámbito del procedimiento abreviado, cuando la acción penal se sostiene únicamente por la acción popular, mientras que el MF y el acusador particular solicitan el sobreseimiento, el ejercicio de la acción

popular no resulta suficiente para abrir el juicio oral. La S. TS. cuestionaba, en palabras de Armenta Deu: «Si la redacción otorgada a los arts. 782,1 y 783,1 LECrim (procedimiento abreviado) permitía entender que la referencia al ‘acusador particular’ (párrafo 1) y a «los ofendidos y perjudicados por el delito» (párrafo 2), se están circunscribiendo a la víctima, ofendidos o perjudicados, o incluye —sin mencionarlos— al acusador popular. La sentencia Botín, defendió la primera hermenéutica y de ahí dedujo la incapacidad de la acción popular para instar la apertura del juicio oral cuando el MF y la acusación particular no acompañan tal petición».⁷¹

Por su parte, la S.TSE del «caso Atutxa», y también del «caso Ibarretxe», el Ministerio Fiscal, en aplicación de la doctrina, acogida en el «caso Botín»,⁷² instó el sobreseimiento de la causa, en consideración a que solo la acción popular había instado la apertura del juicio oral. Sin embargo, en el

engañemos, el trasfondo de esta cuestión, más política en su representación mediática, que jurídica.

Cierto es que el Tribunal Supremo la ha complicado en ciertos casos, aludiendo al carácter más o menos general del interés protegido por el delito, interés que permitiría el ejercicio de la acción popular aun cuando no acusaran el resto de partes. Así lo hizo en el caso Atutxa en el que, no obstante, el delito acusado era el de desobediencia.

El interés público tributario, aunque sea general, es representado por la Abogacía del Estado, sin que pueda ser ejercitado por cualquier ciudadano. Una confusión innecesaria, que constituyó una excepción a la ley, que no distingue y que atendió a un elemento que la ley no prevé, porque el interés en el proceso penal siempre es general, en tanto el delito afecta en todo caso a la colectividad, a un interés general abstracto. No erró el Supremo en el caso Botín, sino en este último, complicando en extremo una norma que no prevé diferenciación alguna. De ahí a considerar que la excepción ha de convertirse en la regla con infracción directa de la ley, hay un abismo.». Asencio Mellado, J. M.^a. Acción popular y «caso Nóos». <http://www.bez.es/283635842/Accion-popular-y-caso-Noos.html>

Sin embargo, Gimbernat Ordeig rebate los argumentos jurídicos, a favor de que D.^a Cristina no pudiera ser juzgada en el caso Nóos. Gimbernat Ordeig, E. (7 de noviembre de 2004). La sombra de la doctrina Botín no puede ser tan larga. En *Diario El Mundo*, pp. 19- 20. <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-57582/ARTMUNDO.pdf>

70 Roj.: AAN 265/2006.

71 La citada autora sintetiza los argumentos esgrimidos por el TS para fijar la limitación del ejercicio de la acusación popular en el procedimiento abreviado en torno a cuatro ejes, a saber: a) Significado diverso de «acusador popular» y «acusador particular, ofendido y perjudicado» en la normativa legal, b) Especialidad del procedimiento abreviado y defensa del interés público por parte del acusador popular cuando converge o diverge con el acusador oficial. La incidencia del perjudicado, c) Reproche de ralentización del procedimiento por la intervención del acusador popular y d) la restricción del derecho de defensa del imputado. Armenta Deu. T. (2007). La acción popular: claves de una reforma que conviene ponderar. *op. cit.*, pp. 90-94.

72 Véase la agudísima crítica a los argumentos expuestos por el TSE, con relación al ejercicio de la acción popular y sus limitaciones en el procedimiento abreviado. Fairén Guillén, V. (2008). Un grave ataque contra la acción popular española. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 17 de diciembre de 2007. En *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (38), pp. 797-836.

presente caso, el TS que sí aceptó la suficiencia de la acción popular para sostener la acción penal y por ende la solicitud de apertura del juicio oral, fundamentándose en la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos por el delito, donde no existe posibilidad de personación de un interés particular.

Específicamente, el TSE, en el «caso Ibarretxe», afirma que las SS. TS., n.º 1045/2007, de 17 de diciembre y n.º 54/2008, de 8 de abril, recogen una doctrina, la cual es vinculante para los órganos del orden jurisdiccional penal. La doctrina jurisprudencial, en interpretación del artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es la siguiente:

[...] [E]n el procedimiento abreviado no es admisible la apertura del juicio oral a instancias, en solitario, de la acusación popular, cuando el Ministerio fiscal y la acusación particular han interesado el sobreseimiento de la causa (STS 1045/2007), doctrina que se complementa al añadir que en aquellos supuestos en los que por la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos en el delito, no existe posibilidad de personación de un interés particular, y el Ministerio fiscal concurre con una acusación popular que insta la apertura del juicio oral, la acusación popular está legitimada para pedir, en solitario, la apertura de la causa a la celebración del juicio oral (STS 54/2008).

La motivación de esta doctrina se encuentra ampliamente desarrollada en las Sentencias antedichas y los recurrentes no interesan su modificación, sino que, por el contrario, instan la aplicación de esa doctrina y, en el sentido que resulta de esa doctrina, la casación y anulación del Auto recurrido. El Auto objeto de la impugnación casacional, se limita a reproducir la primera de las Sentencias, la 1045/2007, sin

mención alguna a la STS 54/2008, que además de complementar la anterior, contiene la doctrina de la Sala en orden a la posibilidad de aperturar el enjuiciamiento de una causa seguida por las normas de procedimiento abreviado con la única actuación postulante de la acusación popular. La disensión a la doctrina de la Sala no ha sido motivada por lo que es preciso reiterar la interpretación del art. 782 en los términos anteriormente señalados que se apoya, como dijimos en la S. TS 54/2008, en que ‘satisfecho el interés público en la persecución del delito y expresada formalmente en el proceso la voluntad del perjudicado de no instar la apertura del juicio oral, el proceso penal se apartaría de sus principios fundamentadores si, pese a todo, sometiera a enjuiciamiento, a exclusiva petición de la acusación popular, a quien ni el Ministerio fiscal ni la víctima consideran merecedor de soportar la pretensión punitiva’. Cuando no concurra en el hecho que se enjuicia un interés particular que posibilite la personación de un perjudicado, la actuación en solitario de la acusación popular permite la apertura del juicio oral.

Precisamente, el alcance de la doctrina, en los casos Botín y Atutxa (e Ibarretxe) se puso de manifiesto con ocasión de la falta de acusación, por parte del Ministerio Fiscal y el resto de las acusaciones, con la salvedad de la acusación popular, ejercida, como ya se ha indicado por el Sindicato «Manos Limpias», que formuló escrito de acusación contra D.^a Cristina de Borbón Grecia. En el inicio de las sesiones del juicio oral, el Ministerio Fiscal, la Abogacía del Estado y otras defensas plantearon una serie de cuestiones previas, entre otras, la referida a la falta de legitimación de la acusación popular, resultando rechazada por la Audiencia Provincial de Islas Baleares, de Palma de Mallorca,^{73 74} sosteniendo la sufi-

73 Véase A. AP de Palma de Mallorca, Sección 1.ª, de 29 de enero de 2016 (Roj.: AAP IB 1/2016).

74 No comparte dicho criterio Asencio Mellado, J.-M.^a, quien afirma:

«El artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que cuando el Ministerio Fiscal y la acusación particular soliciten el sobreseimiento, el juez debe acceder a dicha petición. De este modo, pues, en los delitos contra la Hacienda Pública, si la Abogacía del Estado y la Fiscalía no acusan no cabe admitir la acusación popular. Y así lo manifestó el Tribunal Supremo, entre otros muchos, en el caso Botín, en doctrina nunca posteriormente discutida en este tipo de asuntos. Excepcionar la mis-

ciencia de la acusación popular para solicitar la apertura del juicio oral⁷⁵ —dicha resolución había ido precedida del A. AP de Palma de Mallorca, de 7 de noviembre de 2014—,⁷⁶ habiendo sido, pues, como ya se indicó, juzgada y absuelta, en primera instancia, la Infanta de España, D.^a Cristina de Borbón y Grecia como cooperadora necesaria de dos delitos contra la Hacienda Pública, si bien fue fijada su responsabilidad civil a título lucrativo en S. AP., de Mallorca, Sección 1.^a n.º 13/2017, de 17 de febrero⁷⁷ posteriormente (aclarada por A. AP., de Palma Mallorca, sección 1.^a de 21 de febrero de 2017), casada y anulada por el T.S., en S., sala 2.^a, n.º 277/2018, de 8 de junio en atención a que no existen precedentes de que se hubiera aplicado la responsabilidad civil a título lucrativo en un delito fiscal, explicando que con el literal del artículo 122 del

Código Penal, esa responsabilidad civil solo abarca delitos de enriquecimiento: aquéllos que producen beneficios económicos directamente que vienen a engrosar el patrimonio del autor y eventualmente el de terceros beneficiados, pero no delitos que supongan un impago, es decir, no habría enriquecimiento por el hecho de no pagar, sino solo hubiera un aumento del patrimonio, pues «quien elude el pago de tributos consigue retener lo que ya tenía», no existiendo efectos procedentes de ese delito, en opinión del Tribunal Supremo.

Ámbito de la acción popular

La acusación popular se ejercita en relación con los delitos públicos, actuando en estos procesos del mismo modo que el Ministerio Fiscal, pudiendo personarse el acusador popular incluso en el caso de que el propio ofendido no desee el juicio.⁷⁸

*ma en el caso de la Infanta no sería satisfacer privilegio alguno, sino todo lo contrario, aplicar una regla distinta y restrictiva que precisaría de muchas explicaciones y todas con escaso fundamento legal. No un privilegio, sino una interpretación contra la institución monárquica. Ese es, no nos engañemos, el trasfondo de esta cuestión, más política en su representación mediática, que jurídica. [...] El interés público tributario, aunque sea general, es representado por la Abogacía del Estado, sin que pueda ser ejercitado por cualquier ciudadano. [...] El interés público tributario, aunque sea general, es representado por la Abogacía del Estado, sin que pueda ser ejercitado por cualquier ciudadano. No es una cuestión, por tanto, de titularidad del derecho o interés, sino de legitimación, que queda reducida a la Administración, sin que pueda satisfacerlo una persona particular. Es la Abogacía del Estado la que ejercita legalmente ese interés aunque Hacienda seamos todos». Asencio Mellado, J.-M.^a. Acción popular y «caso Nóos». <http://www.bez.es/283635842/Accion-popular-y-caso-Noos>
Una opinión contraria, a la expuesta, la manifiesta Gimbernat Ordeig, E. (11 de enero de 2016). La antigualla de la doctrina Botín. En *Diario El Mundo*.*

75 Véase sobre los argumentos esgrimidos por la AP de Palma de Mallorca para rechazar la cuestión previa y acordar la continuación del juicio oral. Armenta Deu, T. (2007). La acusación popular: claves de una reforma que conviene ponderar. *op. cit.*, pp. 95-97.

76 La AP, de Palma de Mallorca venía a resolver distintos recursos de apelación interpuestos contra el Auto, de 25 de junio de 2014, dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Palma de Mallorca, de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado, donde se puede leer, en referencia a la inculpación de la Infanta D.^a Cristina de Borbón y Grecia, como cooperadora necesaria en dos delitos contra la Hacienda Pública, presuntamente cometidos por su marido, y haciendo referencia a la eventual aplicación de la «doctrina Botín», lo siguiente: «... si bien comprendemos que en este caso y a diferencia del que examina la sentencia del 2007, existe un matiz o aspecto a considerar (que a priori no tendría por qué afectar a la hora de observar el principio acusatorio) en cuanto a lo allí decidido y resuelto, cual es que el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular, según se desprende de su posicionamiento acusatorio desplegado, piensan ejercer la acusación por delito fiscal (aunque no lo atribuyen a la Infanta)».

Un análisis riguroso de dicha resolución judicial se puede encontrar en Gimbernat Ordeig, E. (17 de diciembre de 2014). La Infanta Cristina, la «doctrina Botín» y la «doctrina Atutxa». En *Diario El Mundo*.

77 Roj.: SAP IB 40/2017.

78 Véase a Pérez-Cruz M. A.-J. La acción popular en proceso penal español. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Casos Botín, Atutxa e Ibarretxe. *op. cit.*, p. 1970.

En relación con la viabilidad del ejercicio de la acusación popular en la hipótesis de comisión de delitos semipúblicos, entiende Jiménez Cardona, que:

Es posible sostener que, por aplicación del principio *pro actione*, una vez salvado el requisito de perseguibilidad, no hay argumentos legales suficientes para vedar la entrada en el proceso al ciudadano acusador, pudiéndose constituir en parte acusadora tras la intervención del Ministerio Fiscal. Es más, en algunos delitos semipúblicos, como ciertos delitos societarios o relativos al mercado y a los consumidores, no se necesitaría previamente la denuncia o querrela del ofendido para instar su persecución, siempre y cuando tales hechos por su incidencia afectasen a los intereses generales de la comunidad o a una pluralidad de personas.⁷⁹

En cualquier caso, la posibilidad de intervención del acusador popular en los delitos semipúblicos se reduce a una discusión de ámbito doctrinal, pues la jurisprudencia tanto del TC como del Tribunal Supremo, con apenas fundamentación, solo permite su actuación para los delitos perseguibles

de oficio.⁸⁰ En el caso de delitos privados la acusación particular no se contempla, pues en este caso el particular ofendido por el delito que ejercita la acción penal se convierte en acusador privado, vedándose el acceso tanto al Ministerio Fiscal como a la acusación popular.⁸¹

En el caso de procedimientos penales por delitos de la competencia de la jurisdicción militar el artículo 127 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar⁸² prevé la personación de la acusación particular entendida ésta como la ejercida por toda persona que resulte lesionada en sus bienes y derechos por el hecho ilícito, sin que exista ningún precepto expreso que excluya a la acusación popular⁸³ y sin que ello suponga vulneración de los artículos 125 de la CE y 19 de la LOPJ, lo que también ha sido considerado adecuado a la Constitución por el Tribunal Constitucional.^{84 85} No obstante, nadie duda de que en dicha jurisdicción no existe la posibilidad de ejercicio de la acusación popular.⁸⁶

79 Jiménez Cardona, N. (2014). La acción popular en el sistema procesal español. *op. cit.*, p. 91.

80 Véase Pérez-Cruz M. A.-J. Constitución y Acción Popular. *op. cit.*, p. 170.

81 *Idem*. La acción popular en proceso penal español. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Casos Botín, Atuxta e Ibarretxe. *op. cit.*, p. 1978.

82 «1. Salvo el supuesto del artículo 168 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, podrá mostrarse parte en el procedimiento como acusador particular o como actor civil toda persona que resulte lesionada en sus bienes o derechos por la comisión de un delito o falta de la competencia de la jurisdicción militar, excepto cuando ofendido e inculpaado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación. A dicho efecto se hará el correspondiente ofrecimiento de acciones. 2. El ejercicio de las acciones que correspondan se realizará conforme a lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar».

El párrafo subrayado en redonda fue declarado inconstitucional por el TCE. S. N.º 179/2004, de 21 de octubre.

83 Lo que lleva a Solé Riera, J. a entender que sería aplicable a la justicia militar las normas procesales comunes referidas a la acusación popular (p. 535). Frente a dicha opinión, otros autores se muestran contrarios a dicha posibilidad. Lorca Navarrete, A.- M.ª. (1990). *Comentarios a la Ley Procesal Civil*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, pp. 188-190; Rojas Caro, J. (1991). *Derecho Procesal Penal Militar*. Barcelona: Edit. Bosch, pp. 244-245.

84 Cfr. ss. TCE. 64/1999, de 26 de abril; 81/1999, de 10 de mayo; 115/2001, de 10 de mayo; 179/2004, de 21 de octubre; 280/2000, de 27 de noviembre; A. AN, 1.ª Sección, de 20 de diciembre de 2006, entre otras.

85 Doig Díaz, Y. La acusación particular en la justicia militar española Un comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2001, de 10 de mayo. En *Anuario de Derecho Penal 2001-2002* (La reforma del Derecho Penal Militar), pp. 285-311.

86 Véase A. AN, 1.ª Sección, de 20 de diciembre de 2006, (Roj.: AAN 265/2006).

Otra limitación objetiva a la acusación particular se ha venido estableciendo en la legislación de menores, donde ha sido tradicional impedir la entrada de particulares en tareas acusadoras, debido al carácter tuitivo del proceso de menores. La LO 5/2000, de 12 de enero, tras la reforma realizada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, ha posibilitado una mayor intervención de la víctima del delito más allá de la simple participación en la pieza de responsabilidad civil, posibilitando su personación como parte en el expediente, ejerciendo una verdadera acusación particular (artículos 4 y 25). Originariamente excluía tanto la acusación particular como la popular en lo que al ejercicio de la acción penal se refiere; con una participación muy limitada de la particular que excluía, expresamente, la posibilidad de proponer o manifestarse sobre las medidas sancionadoras propuestas. Tras la reforma de la LO 5/2000, de 12 de enero, operada por la LO 15/2003 de 25 de noviembre, admite solo la acusación particular, no la popular, y aunque no se hace una exclusión de ésta, no hay duda alguna sobre su inexistencia en el proceso penal de menores.⁸⁷ En su redacción original el artículo 25 LO 5/2000, de 12 de enero, se rubricaba «participación del perjudicado e inexistencia de acción particular y popular», permitiendo solo una acusación particular limitada cuando los hechos fueran graves o muy graves y atribuibles a mayor de 16 años. En esos

casos, se permitía la intervención de la acusación particular, pero se excluía la posibilidad de que solicitara medida sancionadora alguna o que, simplemente, hiciera manifestación sobre la propuesta, «sin que en ningún caso pueda realizar manifestación alguna sobre la procedencia de las medidas propuestas», decía la ley. Esto pone de manifiesto que el legislador no solo incluye o excluye el ejercicio de la acción por los ciudadanos, ofendidos o no por el delito, sino que incluso, admitiendo ese ejercicio para una, otra o ambas categorías, lo limita en cuanto a su contenido excluyendo la facultad de pedir la imposición de una medida Sancionadora.⁸⁸ Tras la reforma mencionada, dicho artículo se titula «de la acusación particular» y en su desarrollo especifica qué facultades y derechos competen a las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, herederos o sus representantes legales, sin hacer exclusión expresa de la acusación popular. No obstante, es inconcuso —incontrovertido— que en esta jurisdicción no exista la acción popular.⁸⁹

Finalmente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en contra del reconocimiento de una acción popular en el ámbito civil, llegando a declarar que la acción popular no tiene «sustantividad propia en nuestro derecho, salvo en el ámbito del derecho penal».⁹⁰ A la vista de estas consideraciones no parece descabellado, afirma Pérez Tor-

87 Véase vv. AA. y M., Ortells Ramos. (2016). Legisladores, jueces y renovación del proceso penal en España (1978-2015). (Dir.). J. Alonso-Cuevillas Sayrol. *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*. Barcelona: Edit. Atelier, p. 42.

88 Véase Pérez-Cruz Martín, A.-J. La acción popular en el proceso penal español. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Casos Botín, Atuxta e Ibarretxe. *op. cit.*, p. 1978.

89 Véase A. AN, 1.^a Sección, de 20 de diciembre de 2006, (Roj.: AAN 265/2006).

90 TSE. S., 1.^a Sala, N.º 313/1994, de 8 de abril, (Roj.: STS 2289/1994). El TSE ha tenido ocasión de precisar que: «El motivo primero denuncia inaplicación del art. 125 de la Constitución Española y atribuye a la Sentencia recurrida que, partiendo de la ya más que tradicional distinción entre 'legitimatio ad procesum y legitimatio ad causam', estima que sus patrocinadas, que sí tienen capacidad procesal para ejercitar la acción popular, no pueden hacerlo en este caso, ya que carecen de derechos o intereses legítimos vulnerados», reconociendo el recurrente que no pueden alegar un interés inmediato frente a la inmatriculación de un inmueble llevada a efecto por el Obispado [...], «pero quieren oponerse

tosa, que: «[...] la acción popular, tal y como la entendió el legislador decimonónico y el constituyente, sólo es predicable en aquellos procesos penales en los que se establezca legalmente».⁹¹

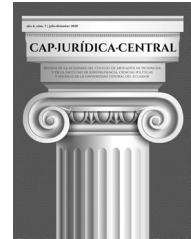
a un acto del Registrador de la Propiedad que estiman contrario a la Ley, finalidad para la que se ha previsto en la Constitución Española la acción popular, circunscrita al ámbito penal y extendida a algunos ámbitos del Derecho Administrativo. Precisamente por las propias manifestaciones del recurrente el motivo ha de parecer, pues pretende una legitimación inexistente de lege data y que no corresponde a los Tribunales examinar como problema de lege ferenda, pues ello implicaría una intromisión del Poder Judicial en otros poderes del Estado y desconocer que el orden jurisdiccional civil ha de desenvolverse en el ámbito de los derechos subjetivos privados, por lo que la inaplicación al caso del art. 125 de la Constitución es plenamente ajustada a la Ley'». S., 1.ª Sala, N.º 887/1991, de 2 de diciembre, (Roj.: STS 10395/1991.

91 Pérez Tortosa. La defensa de los intereses supraindividuales en el proceso penal. *op. cit.*, p. 632.

Delitos contra la seguridad vial: una visión crítica de la regulación española

Crimes against road safety: critical view of the Spanish regulation

MIGUEL POLAINO-ORTS
Universidad de Sevilla (España)



Recibido:
28/04/2020

Aceptado:
03/06/2020

Resumen

El derecho penal de la seguridad vial ha recibido una atención creciente por parte de la doctrina penalista en los últimos años, debido en gran medida a las profundas y sucesivas reformas legales a que ha sido sometido. En los últimos tres lustros, en la legislación penal española han operado una amplia modificación en estos delitos, introduciendo nuevas figuras y reformando substancialmente figuras antiguas, además de agravando el sistema de penas. La mayor parte de estos delitos sanciona una conducción anómala o incorrecta, que bien es realmente insegura (esto es: que genera una inseguridad en el tráfico vial), bien se presume que lo es. Junto a ellos, existen otras dos figuras heterogéneas relacionadas con el tráfico diario: por un lado, el delito de negativa por parte del conductor a someterse a un control de alcoholemia o drogadicción; por otro, la creación de un grave riesgo para la circulación mediante determinadas conductas, justamente el desarrollo de estas figuras constituirán el eje central del presente artículo. Cabe recalcar que, se contienen en esta sede unas disposiciones de carácter general.

Abstract

Criminal law on road safety has received growing attention from criminal law doctrine in recent years, largely due to the profound and successive legal reforms to which it has been subjected. In the last three decades, Spanish criminal legislation has undergone a wide modification in these crimes, introducing new figures and substantially reforming old figures, in addition to aggravating the criminal justice system. Most of these crimes punish an anomalous or incorrect driving, which is either really unsafe (that is, it creates insecurity in road traffic), or it is presumed that it is. Along with them, there are two other heterogeneous figures related to road traffic: on the one hand, the crime of refusal by the driver to submit to a breathalyzer or drug addiction control;

on the other, the creation of a serious risk to traffic through certain behaviors, precisely the development of these figures will constitute the central axis of this article. It should be noted that general provisions are contained in this headquarters.

Palabras clave

Derecho penal, seguridad vial, delito, conductor, espacio público.

Keywords

Criminal law, road safety, crime, driver, public space.

A nueva faz del derecho penal de la seguridad vial

El derecho penal de la seguridad vial ha recibido una atención creciente por parte de la doctrina penalista en los últimos años (Gómez Pavón, Gómez Rivero, Luzón Peña, Morillas Cueva, De Vicente Martínez, Requero Conde), debido en gran medida a las profundas y sucesivas reformas legales a que ha sido sometido. En los últimos tres lustros, en la legislación penal española hasta cuatro leyes (LO 15/2003, de 25 de noviembre; LO 15/2007, de 30 de noviembre, LO 5/2010, de 23 de junio, y —finalmente— la LO 2/2019, de 1 de marzo) han operado una amplia modificación en estos delitos, introduciendo nuevas figuras y reformando substancialmente figuras antiguas, además de agravando el sistema de penas. Tanto vaivén legislativo no es, desde luego, un aval de precisión legislativa ni, mucho menos, la garantía de una política criminal clara en materia de seguridad vial. Ya la doctrina (González Cussac, Mir Puig, Queralt, Vidales Rodríguez, Mera Redondo y otros) ha alarmado sobre el riesgo que corren algunos principios esenciales del derecho penal, como el principio de ofensividad, el principio de última ratio y el de intervención penal necesaria.

Los delitos de tráfico se regulan en los artículos 379 a 385, dentro del capítulo IV del título XVII del libro II del Código Penal, que desde la ley de 2007 lleva por rúbrica: *De los delitos contra la seguridad vial*, frente a la anterior denominación de delitos contra

la seguridad del tráfico, lo cual resulta más acorde a la terminología de las infracciones administrativas contenidas en la Ley de Seguridad Vial, con las que estos delitos presentan tantas similitudes (Gómez Rivero).

El capítulo incorpora, en su regulación actual, las siguientes figuras delictivas:

1. conducción a velocidad excesiva (art. 379.1);
2. conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicótropas o de bebidas alcohólicas (art. 379.2);
3. conducción con temeridad manifiesta (arts. 380 y 381), que engloban a su vez tres modalidades distintas;
4. abandono del lugar del accidente (art. 382 bis)
5. negativa a someterse al control de alcoholemia o drogadicción (art. 383);
6. conducción sin carné de conducir vigente (art. 384); y,
7. alteración de la seguridad vial mediante la creación de un grave riesgo para la circulación (art. 385).

La mayor parte de estos delitos sanciona una conducción anómala o incorrecta, que bien es realmente insegura (esto es, que genera una inseguridad en el tráfico vial), bien se presume que lo es. Junto a ellos, existen otras dos figuras heterogéneas relacionadas con el tráfico viario: por un lado, el delito de negativa por parte del conductor a someterse a un control de alcoholemia o drogadicción; por otro, la creación de un grave riesgo para la

circulación mediante determinadas conductas. Además, se contienen en esta sede unas disposiciones de carácter general:

1. regla concursal (art. 382);
2. disposiciones comunes (art. 385 bis y ter).

Elementos comunes a los tipos delictivos

Bien jurídico

El bien jurídico protegido en esta materia es la seguridad vial, según reza la rúbrica legal del capítulo en cuestión (*Delitos contra la seguridad vial*), que se inserta dentro del Título XVII, que —a su vez— lleva por título *Delitos contra la seguridad colectiva*. La sistemática legal nos da a entender que la seguridad vial es una parcela o un sector de la seguridad colectiva, un concepto más restringido que se engloba dentro de este último. En todo caso, se tratan de conceptos abstractos, no concretos sino supraindividuales, que hacen de esta materia un nuevo sector de intereses colectivos (Mir Puig).

Antes de la reforma de 2007 el legislador español empleaba, para referirse a los delitos de circulación, otra noción en la rúbrica legal: *Delitos contra la seguridad del tráfico*.

¿Significan lo mismo seguridad vial y seguridad del tráfico? El concepto anterior (seguridad del tráfico) es, a su vez, un concepto más restringido que el de seguridad vial: el primero alude a la seguridad existente en el seno de la circulación y la conducción, esto es, durante la actividad de la conducción; el segundo, en cambio, es un concepto más amplio, que no solo abarca la seguridad en la conducción, sino también la seguridad de las vías de tránsito. Ello hace que el nuevo concepto pueda englobar no solo los delitos cometidos por el conductor (conducción a alta velocidad, temeraria, bajo influjo de alcohol u otras sustancias, conducción sin carné válido) sino también por cualquier sujeto que origine un riesgo grave en la seguridad vial (realizar vertidos en la calzada, inutilización de señales de tráfico, etc.).

Sin embargo, el bien jurídico seguridad vial no es, desde luego, un concepto óptimo. Por una parte, al ser más amplio que el anterior es también un concepto más difuminado que lo mismo se puede aplicar a ataques substanciales a bienes jurídicos que a puras infracciones formales de normas reglamentarias. No en balde, no pocos de los nuevos delitos introducidos en esta materia por la reforma de 2007 son meras infracciones administrativas que el legislador ha querido elevar, un tanto artificialmente, a la categoría de delito; por otra parte, a pesar de la manifiesta amplitud y falta de precisión del concepto no logra abarcar todas las conductas descritas como delito en el capítulo en cuestión. Por ejemplo, el delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o drogadicción es, propiamente, un delito de desacato o desobediencia a la autoridad administrativa, pero no un delito contra la seguridad vial (si el conductor condujere en estado de embriaguez o drogadicción cometería otro delito distinto, cuyo bien jurídico sí sería la protección de la seguridad vial; pero en el delito de desobediencia la alusión a la seguridad vial ni es clara, ni es evidente, ni es decisiva).

Por lo demás, no pocos de los delitos inculminados en esta sede son delitos mixtos o pluriofensivos, en los que junto al bien jurídico colectivo (esto es, la seguridad vial, en tanto bien abstracto o interés difuso, según la terminología de Filippo Sgubbi) que se tutela de manera inmediata, se protege también —de un modo mediato— un bien jurídico individual, como puede ser la vida, la integridad física o la salud de los ciudadanos, interés individual que da sentido al concepto general de seguridad (Gómez Rivero).

Finalmente, existen figuras concretas en el presente capítulo (como la negativa a someterse a pruebas de alcoholemia o de drogas y el nuevo delito de abandono del lugar del siniestro) cuyo bien jurídico no es ni la seguridad vial ni el concreto bien jurídico individual, a pesar de que el legislador los haya incorporado en

esta sede. Lo veremos más detenidamente al analizar cada figura en particular.

Caracterización ratione personae: sujeto activo conductor

Elemento común a no pocos de los delitos del presente capítulo es la caracterización *ratione personae*, esto es, por razón de la persona protagonista de la conducta delictiva. Desde esta óptica, el sujeto activo es un sujeto especial, ya que no es sujeto indiferenciado sino, precisamente, el conductor de un vehículo a motor o ciclomotor.

El Código Penal no ofrece una definición penal propia de conductor —ni tampoco de vehículo a motor o ciclomotor—, como sí lo ofrece, pongamos por caso, de las nociones de funcionario público o de autoridad. Para saber cómo se define la noción normativa de conductor, habremos de acudir a la legislación especializada —que no es vinculante, pero sí orientativa—: el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (BOE n.º 261, de 31 de octubre de 2015, en vigor desde el 31 de enero de 2016). El artículo 3 de la citada Ley se remite, a efecto de la definición de los conceptos de vehículo, vía pública y usuarios al Anexo I de la misma.

El apartado 1 del mencionado Anexo nos ofrece la definición de conductor, repitiendo substancialmente la definición contenida en la legislación anterior (ap. 1.º RDL 339/1990). La ley maneja un concepto extensivo de conductor, que incluye a quien «maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo», pero también —en los vehículos que circulan en función de aprendizaje de la conducción— «la persona que está a cargo de los mandos adicionales» (ap. 1.º RDL 6/2015).

No son, en cambio, conductores los acompañantes, sin perjuicio de que pueda recaer sobre ellos responsabilidad penal en tanto partícipes: inductor, cooperador necesario

o cómplice (Olmedo), o incluso como autor mediato o autor en comisión por omisión, pero no por acompañante sino por titular de un deber institucional (por ejemplo: dueño de un vehículo que permite que otro sujeto, en estado de embriaguez, conduzca temerariamente, yendo él mismo como acompañante).

Asimismo, quedan excluidos del concepto normativo de conductor —entrando en el concepto de peatones— quienes «empujan o arrastran un coche de niño o de una persona con discapacidad o cualquier otro vehículo sin motor de pequeñas dimensiones, los que conducen a pie un ciclo o ciclomotor de dos ruedas, y las personas con discapacidad que circulan al paso en una silla de ruedas, con o sin motor» (ap. 4.º RDL 6/2015).

Objeto del delito: vehículo a motor o ciclomotor

Los delitos contra la seguridad vial comparten, en su mayoría, otro elemento común: el objeto material del delito, integrado por el vehículo a motor o ciclomotor, conceptos no definidos por el Código Penal, pero sí por la mencionada ley:

- Vehículo de motor es el «vehículo provisto de motor para su propulsión», excluyéndose de esta definición los ciclomotores, los tranvías y los vehículos para personas de movilidad reducida (ap. 12.º RDL 6/2015).

- Ciclomotor es el vehículo de dos, tres o cuatro ruedas que reúnan las condiciones mencionados en la ley:

(a) Vehículo de dos ruedas, con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h y con un motor de cilindrada inferior o igual a 50 cm³, si es de combustión interna, o bien con una potencia continua nominal máxima inferior o igual a 4 kW si es de motor eléctrico.

(b) Vehículo de tres ruedas, con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h y con un motor cuya cilindrada sea inferior o igual a 50 cm³ para los motores de encendido por chispa (positiva), o bien cuya potencia máxima neta sea inferior o igual a 4 kW para los demás motores de combustión interna, o bien cuya potencia continua nominal máxima sea inferior o

igual a 4 kW para los motores eléctricos.
(c) Vehículos de cuatro ruedas, cuya masa en vacío sea inferior o igual a 350 kilogramos no incluida la masa de baterías para los vehículos eléctricos, cuya velocidad máxima por construcción sea inferior o igual a 45 km/h, y cuya cilindrada del motor sea inferior o igual a 50 cm³ para los motores de encendido por chispa (positiva), o cuya potencia máxima neta sea inferior o igual a 4 kW para los demás motores de combustión interna, o cuya potencia continua nominal máxima sea inferior o igual a 4 kW para los motores eléctricos (ap. 9.º RDL 6/2015).

De acuerdo con la precisión legal y jurisprudencial, a los efectos de los delitos viales es indiferente que se trate un coche, camión o ciclomotor, quedando al margen del tipo, objetos como patines, sillas de rueda, etc.

Ámbito espacial y cinemático del delito viario: la vía pública

Los delitos viarios presuponen un ámbito en el que se despliega cinemáticamente la conducción y, por ello, donde tiene lugar la actividad delictiva: la vía pública. Tienen la consideración de tales:

[...] [L]as vías y terrenos públicos aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos,
[...] las vías y terrenos que, sin tener tal aptitud, sean de uso común y, en defecto de otras normas,
[...] las vías y terrenos privados que sean utilizados por una colectividad indeterminada de usuarios. (art. 2 RDL 6/2015)

La conducción únicamente adquirirá carácter delictivo cuando se circule por vía pública, con independencia de que sea idónea (calle, carretera, etc.) o no (acera, calle o plaza peatonal, jardines públicos, etc.) para la circulación —en la doctrina, Orts, Carmona, Olmedo—, incluyendo las vías de escasa o nula circulación, pero que sean, en todo caso, de dominio público —cauces secos de ríos, servidumbres, vías pecuarias para el ganado transhumante, que incluye: cañadas, cordeles, veredas, descansaderos, contaderos, etc.—. Solo en ellos, por ser espacios susceptibles de ser transitados en mayor o menor medida por

el público, podrá lesionarse un bien jurídico protegido por el derecho penal. En cambio, quedará al margen del tipo la circulación por vías privadas o no destinadas al uso público (patios, garajes, calles particulares, etc.).

Delito de conducción a velocidad excesiva (art. 379.1)

Regulación legal

La introducción *ex novo* de este tipo de delito fue una de las más llamativas aportaciones de la LO 15/2007. Apenas dos años y medio después, la LO 5/2010 (en vigor desde diciembre de 2010) mantuvo el precepto, pero modificó su redacción a efectos de penalidad. En la nueva versión el tipo queda redactado de la siguiente manera:

Art. 379.1. El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

Contenido de injusto: defectos técnicos y motivos de ilegitimidad

El delito se integra cuando la conducción de un vehículo a motor o ciclomotor supera objetivamente en una determinada cota (60 km/hora en vía urbana y 80 en vía interurbana) la velocidad permitida en el Reglamento de circulación. El legislador sitúa, pues, en el centro del injusto típico una presunción *iuris et de iure*, según la cual —cuando el sujeto sobrepase ese límite máximo— incurre automáticamente en conducción temeraria delictiva, sin necesidad de constatación ulterior de la puesta en peligro de un bien jurídico individual o colectivo, que se da por supuesto al alcanzarse dicha velocidad. Este nuevo

tipo constituye un precepto sin precedentes en nuestra legislación basado en un nuevo paradigma: el de la presunción *iuris et de iure* de lesividad de un bien jurídico colectivo (la *seguridad vial*) que no se constata, como sería lógico y aun exigible, con la referencia expresa a ese bien, sino por elevación a delito de una mera infracción administrativa (sobrepasar una cota de velocidad).

La incriminación de este delito se hace mediante empleo de la técnica denominada ley penal en blanco, pues la alusión a la velocidad «permitida reglamentariamente» constituye una remisión expresa a la normativa reglamentaria en esta materia, en concreto: a los artículos 53 a 58 del RD Legislativo 339/90, de 2 de marzo (texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial) y a los artículos 151 a 172 del Reglamento General de Circulación aprobado por RD 1428/2003, de 21 de noviembre.

La técnica legislativa empleada en el precepto adolece de varios problemas jurídico-penales, que comprometen seriamente la legitimidad de esta norma penal, al infringir principios básicos del derecho penal como son:

1. el principio de legalidad;
2. principio de igualdad;
3. principio de proporcionalidad; y,
4. principio de ofensividad.

Veamos más detenidamente estos reparos jurídicos.

(1) El delito de conducción, al remitirse a la normativa reglamentaria excesiva infringe el principio de legalidad. Conforme a este principio, la única fuente de delitos, penas y medidas de seguridad es la ley, y más concretamente: la ley orgánica (art. 81.1 CE), en tanto que los delitos, penas y medidas de seguridad desarrollan o afectan al desarrollo de derechos fundamentales y de libertades públicas (esencialmente la libertad y el patrimonio, que quedan afectados por la pena privativa de libertad y por la pena de multa). El artículo

379.1 remite, en su descripción típica, a la velocidad permitida reglamentariamente, esto es, a un texto normativo que no solo no tiene rango de Ley Orgánica sino que tiene un rango inferior a la de ley: un Real Decreto (el RD 1428/2003, de 21 de noviembre, que aprueba el Reglamento General de Circulación), en relación con la Ley 18/1989, de 25 de julio, de Bases sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial y con el RDL 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. Ello significa que, al fin y al cabo, el delito se hace depender de la regulación contenida en el RD, que de esa manera es imprescindible para configurar el contenido de injusto. Así, el Reglamento de Circulación decidirá a qué velocidad debía circularse en un caso concreto (en función de si el conductor es novel o veterano y en función del vehículo que manejaba: coche, camión, ciclomotor, etc.) y sobre esa base habrá que estimar si se supera la cota permitida o no a efectos penales, esto es, si existe delito o no. En definitiva, el núcleo del delito de velocidad excesiva no lo fija el Código Penal (una Ley Orgánica) sino el Reglamento General de Circulación (un Real Decreto), lo que constituye una infracción clamorosa del principio de legalidad penal, desoyéndose con ello la doctrina del TC, según la cual ha de ser la ley penal y no la ley extrapenal la que fije el núcleo de la prohibición (STC 24/2004; así, también, Queralt)

(2) El artículo 379.1 cuestiona también el principio de igualdad, porque las reglas específicas de permisión de velocidad en función del tipo de conductor (novel, veterano, etc.) y en función del tipo de vehículo (camión, coche, ciclomotor, etc.) contenidas en el Reglamento General de Circulación podría tener justificación para el derecho administrativo de la circulación vial pero no para el derecho penal, que se limita a sancionar puestas en peligro o lesiones a bienes jurídicos y no supuestas omisiones de prudencia, precaución o

pericia sin contenido material. Por ello, la importación sin más al ámbito penal de las cotas administrativas de tolerancia (más estrictas para el conductor novel que para el veterano y más agravadas para camiones de carga que para turismo) resulta francamente intolerable y atentatorio contra el principio de igualdad, y —con él, también— contra el principio de culpabilidad, que es el único fundamento sobre el cual se puede imponer una pena.

Ejemplo: la presunción *iuris et de iure* de que un conductor joven que haya obtenido legítimamente el carné de conducir hace 10 meses genera más peligro si sobrepasa en 60 km la velocidad permitida, que quien lo obtuvo hace 13 es insostenible en derecho penal, pues no se basa en criterios de lesividad ni de culpabilidad, sino en un derecho penal del enemigo mal aplicado en el que se presupone la lesividad sin constatación alguna de su realidad. Sobre esto, trataremos más adelante en este artículo.

(3) El tipo quebranta también el principio de proporcionalidad, porque —con la referencia rígida al exceso de velocidad (60 u 80 km/hora según la vía por la que se circule)— se omite valorar las circunstancias que realmente pueden influir en la creación de un riesgo penalmente relevante.

Ejemplo: superar en 80 km/hora la velocidad con un potente BMW deportivo durante unos instantes, en una recta de una autopista desierta, sin vehículos ni personas en la calzada, con óptimas condiciones climáticas y en situación de perfecta visibilidad es a buen seguro mucho menos peligroso que superar 10 o 20 km, la velocidad permitida en zona urbana altamente poblada, por ejemplo, en la puerta de un colegio a la hora de salida del alumnado; sin embargo, la primera conducta sería delictiva y la segunda impune (crítico, por ello, también, Queralt).

Por ello, la referencia a la vía urbana e interurbana sin valorar el contexto social en que se desarrolla la conducta es, a todas luces, insuficiente e incorrecta dogmáticamente.

Ejemplo: un motorista que circula por una zona urbana peatonal, donde la velocidad autorizada es igual a 0: ya sobrepasar en 5 km/hora la velocidad permitida puede ser altamente peligroso para los viandantes (Queralt).

(4) Finalmente, la nueva incriminación de la velocidad excesiva atenta contra el principio de ofensividad porque, al igual que en otros tipos introducidos por la reforma legal de 2007, supone la creación de *ilegítimos delitos formales* (Queralt), carentes de contenido material de injusto; se trata de acciones que no solo no son susceptibles por sí mismas de lesionar un bien jurídico, sino ni tan siquiera de ponerlo en peligro, dándose éste por supuesto sin necesidad de constatación. Ello conlleva, además, la creación de un arbitrario derecho sancionador de oportunidad que deja en manos de la Administración, substrayéndose al administrado de toda posibilidad de seguridad jurídica (Queralt).

Penalidad

El delito de conducción a velocidad excesiva ha sufrido una modificación en cuanto a su penalidad: en la versión primera, configurada por la LO 15/2007, se preveía la pena de prisión (de 3 a 6 meses) o alternativamente pena de multa (de 6 a 12 meses) más la de trabajos en beneficio de la comunidad (de 31 a 90 días), a la que se sumará en todo caso la pena de privación del carné de conducir (por tiempo de 1 a 4 años). La LO 5/2010 ha eliminado la alternativa primera (prisión o multa + trabajos comunitarios) y considera esas tres penas ahora de manera alternativa. A ellas hay que añadir, necesariamente, la pena de retirada del carné de conducir (de 1 a 4 años).

La exposición de motivos de la LO 5/2010 considera que «de este modo se concede un mayor grado de arbitrio al Juez a la hora de decidir sobre la imposición de cualquiera de las tres penas previstas, permitiendo reservar la pena de prisión, como la de mayor gravedad, para supuestos excepcionales». A ello se añade, por si fuera poco, la previsión del nuevo artículo 385 ter (introducido también por la LO 5/2010), según el cual podrá rebajarse la pena de prisión en un grado «en atención a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho».

La previsión del legislador a efectos de penalidad no puede resultar más desacertada. Primero, porque el abanico de penas posibles es excesivo: prisión, multa, trabajos comunitarios y retirada del carné, de las cuales dos (una de las tres primeras y la cuarta) recaerán con seguridad en el autor, lo cual atenta contra el principio *ne bis in idem*; segundo, porque la falta de determinación de las mismas es más que evidente, lo cual pone en peligro el principio de taxatividad. Todo ello evidencia la falta de una política-criminal clara en esta materia y una imprecisión y una improvisación que resultan contraindicadas jurídicamente.

Delito de conducción habiendo consumido drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas (art. 379.2)

Regulación legal

El apartado 2.º del artículo 379, justo después del delito de conducción a velocidad excesiva y con las mismas penas que éste, incrimina como delito la conducción habiendo consumido determinadas sustancias (bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas):

Art. 379.2: Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.

Perfiles del contenido de injusto

La regulación de este delito es altamente deficiente. En su inciso primero da a entender que cualquier consumo de las mencionadas sustancias es delictivo. En el inciso segundo se menciona, empero, una tasa de alcohol (0,60 miligramos por litro en aire espirado o 1,2 gramos por litro en sangre), pero se omite cualquier mención al resto de sustancias no

alcohólicas. El artículo 379.2 menciona cuatro clases de sustancias:

(1) Alcohol, cuya constatación se determinará por un control de alcoholemia (aire espirado o en sangre), y cuya negativa dará lugar a otro delito diferente (art. 383).

(2) Droga tóxica: que alude a la sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno.

(3) Estupefaciente: que es la sustancia narcótica (como la morfina o la cocaína) que hace perder la sensibilidad orgánica.

(4) Sustancia psicotrópica: que es aquella sustancia psicoactiva que produce efectos por lo general intensos, hasta el punto de causar cambios profundos de personalidad, afectando al sistema nervioso mediante la alteración de las funciones psíquicas.

El TS ha precisado la regulación legal exigiendo que es preciso que se conduzca *bajo la influencia* de alcohol o de las otras sustancias mencionadas en la ley, de manera que se exige la «indudable alteración de sus facultades psíquicas y físicas, en relación con sus niveles de percepción y de reacción», de manera que el consumo de dichas sustancias ha de alterar perceptiblemente la capacidad de conducción: «el solo dato del nivel de alcoholemia, sin otras connotaciones, solamente es suficiente, en principio, para motivar una sanción administrativa», con lo que se introduce el criterio ponderativo de la mayor o menor receptividad del sujeto a la sustancia ingerida. En este sentido, el TC tiene señalado que «se requiere no sólo la presencia de determinada concentración alcohólica, sino además que esta circunstancia influya en la conducción» (SSTC de 28 y 30.10.1985, 25.11.1991, etc.). La precisión no es baladí: no es infrecuente el caso de consumo de dichas sustancias sin que el conductor presente evidentes síntomas de alcoholismo o drogadicción que impidan la normal percepción y reacción.

En este sentido, la jurisprudencia del TS y del TC ha exigido la valoración de sig-

nos externos (maniobras antirreglamentarias o zigzagueantes, existencia de accidente, actitud agresiva del conductor, signos somáticos externos, como halitosis alcohólica, ojos brillantes, enrojecidos o lacrimosos, dilatación de pupilas, habla titubeante, repetitiva, pastosa o embrollada, memoria confusa, rostro congestionado y sudoroso, lenta coordinación de movimientos, desorientación, problemas de equilibrio o deambular vacilante y padecimiento de vómitos, etc.; caso omiso a las señales luminosas o acústicas de los agentes para la detención del vehículo, intento de dar la vuelta al divisar el control policial, etc.; al respecto, Olmedo), que denoten afectación del normal desempeño de la labor de conducción. En este sentido, la STC 319/2006, de 15 de noviembre, alude al derecho a la presunción de inocencia que se vería vulnerado por la mera acreditación objetiva mediante el resultado positivo en la analítica correspondiente, que —según esta jurisprudencia— no es suficiente para concretar el tipo. En definitiva, según el TC no basta el grado de impregnación alcohólica en el conductor, sino que se debe comprobar el influjo perturbador que dicha sustancia causa en el conductor, lo que será ponderado por el juez o tribunal juzgador en una valoración de conjunto atendiendo a las circunstancias del caso y del grado de tolerancia del sujeto en relación a dichas sustancias.

Por su parte, el artículo 21 del Reglamento de Circulación dispone que los agentes de tráfico podrán someter a dichas pruebas: (1) a cualquier implicado como posible responsable en un accidente; (2) a quien conduzca con síntomas evidentes de hacerlo bajo la influencia de bebidas alcohólicas; (3) a los conductores denunciados por alguna infracción, y (4) los que sean requeridos en controles de alcoholemia.

De la doctrina jurisprudencial se infiere que la conducción con tasas inferiores de alcohol a las mencionadas en el tipo será constitutiva de infracción administrativa. Habrá de

valorarse, en todo caso, la clase de vehículo que se conduce. Si se trata de vehículos destinados al transporte de viajeros de más de nueve plazas, servicio público, transporte escolar o mercancías peligrosas y transporte de urgencia el límite se halla en 0,15 miligramos por litro en aire espirado.

La jurisprudencia y la doctrina consideran que el tipo de conducción bajo el influjo de estas sustancias constituye, habida cuenta de su configuración legal, un delito de peligro abstracto (por todos, Carmona, Olmedo; STS 1133/2001, de 11 de junio), que —salvo la conducción de un vehículo a motor bajo los efectos de las sustancias citadas— no exigiría ningún requisito adicional para la perfección del comportamiento descrito por la norma (Olmedo). Sin embargo, es complejo congeniar la constatación de la lesión a un bien jurídico colectivo o abstracto con la exigencia de que el consumo de las sustancias mencionadas realmente altere el desempeño normal de la conducción. En concreto, puede plantearse el interrogante de cuándo la conducción habiendo consumido dichas sustancias tras pasa el límite de la infracción administrativa convirtiéndose en un injusto penal. La STS 3/1999, de 9 de diciembre (ponente: Puerta Luis), exige que «para que exista el delito de conducción de vehículo de motor bajo influencia de bebidas alcohólicas es menester que la conducta enjuiciada haya significado un indudable riesgo para los bienes jurídicos protegidos (la vida, la integridad de las personas, la seguridad del tráfico, etc.)». Ello significa que el TS, procurando salvar la insoportable imprecisión legal, ha concretado el grado de abstracción de la ley penal, exigiendo acertadamente un mínimo nivel de lesividad, tanto para bienes individuales (vida, integridad personal) como para el bien colectivo (seguridad vial).

Sujeto activo del delito puede ser cualquiera, con independencia de que tenga carné de conducir o no (si no tiene, además,

incurre en otro delito diferente: el del art. 384). Algunos autores consideran que el delito del artículo 379.2 constituye uno de propia mano, que exige el tracto sucesivo de la conducción personal por parte del sujeto activo. Esta postura es errónea. La adopción de esa postura impediría que pudiera cometerse por omisión el delito de conducción bajo el influjo de las mencionadas sustancias. Sin embargo, es perfectamente imaginable la responsabilidad del garante que no omite, pudiendo y debiendo hacerlo, que el conductor maneje en tales circunstancias (comisión por omisión *ex* art. 11). En ese supuesto, respondería el garante, sin ser él mismo fácticamente conductor, por el delito del artículo 379.2.

Mayores problemas prácticos presenta la ingestión de drogas, sustancias psicotrópicas o alucinógenos. En relación con las bebidas alcohólicas, el legislador fijó un parámetro mínimo, que se omite en lo referente a esas otras sustancias prohibidas. La jurisprudencia ha considerado suficiente para la concreción del tipo del 379.2 la circulación después del consumo de una dosis de pastillas, rayas de cocaína, heroína inyectada, metadona mezclada con heroína, incluso de alcohol mezclado con pastillas *speed*, cuya ingestión resulta constatada con la prueba analítica correspondiente que desvirtúan la presunción de inocencia del sujeto en cuestión. Sin embargo, se insiste en la necesaria afectación del correcto desempeño de la conducción como elemento habilitante para la sanción penal.

Delitos de conducción con temeridad manifiesta (arts. 380 y 381)

Los artículos 380 y 381 incriminan el tipo de conducción con temeridad manifiesta, del que se prevén tres figuras delictivas diferentes:

- Tipo básico (art. 380.1), consistente en la conducción temeraria poniendo en concreto peligro la vida o integridad física de los demás.

- Tipo agravado (art. 381.1), que sanciona la conducción temeraria con manifiesto desprecio por la vida de los demás, y un

- Tipo atenuado (art. 381.2), que incrimina la conducción temeraria sin poner en concreto peligro la vida o la integridad de las personas.

Tipo básico (art. 380.1)

El nuevo artículo 380 (heredero del anterior art. 381) incrimina, en dos apartados, el tipo básico de conducción con temeridad manifiesta:

Art. 380: 1. El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.

A los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en la que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior.

En el apartado primero se describe el núcleo del injusto, que gira en torno a dos elementos:

(1) la conducción de un vehículo a motor o ciclomotor con temeridad manifiesta, de tal modo que: (2) se ponga en concreto peligro la vida o integridad física de las personas. Por su parte, el apartado segundo contiene una presunción *iuris et de iure* de temeridad. Veamos estos elementos brevemente.

El término normativo de temeridad constituye un concepto jurídico indeterminado cuya determinación de su contenido ha de ser llevada por el juez o tribunal. La ley solo menciona, en el artículo 380.2, una pauta para esa interpretación, al mencionar un supuesto en el que, en todo caso, existe temeridad manifiesta. Pero fuera de ese supuesto, el juez habrá de valorar si la conducción en cuestión reúne la condición de manifiesta temeridad (Morillas, Suárez López). La jurisprudencia ha identificado en ocasiones la conducción temeraria con la infracción grave de las normas administrativas de cuidado contenidas en

el Reglamento de Circulación y en la Ley de Tráfico. El concepto normativo de temeridad manifiesta no es un concepto administrativo, sino un concepto penal; con él se alude al modo de conducción prescindiendo de las más básicas y elementales reglas de conducción, pero necesariamente se ha de vincular con la exigencia de creación de un concreto peligro para la vida o integridad física de las demás conductores o viandantes. Temeridad manifiesta significa, pues, incremento notorio del riesgo que conlleva una elevación evidente de la probabilidad de que se acontezca un riesgo lesivo inminente jurídico-penalmente desaprobado. Para ello, el juez habrá de valorar las circunstancias o factores presentes en el caso, tales como condiciones climatológicas (tormenta, lluvia, niebla, etc.), estado de visibilidad, mantenimiento de la calzada, existencia de otros elementos (objetos o personas), etc. (Tamarit).

Ejemplo: adelantar en un cambio de rasante o invadir la calzada contraria en una curva con escasa visibilidad cuando circulan vehículos en sentido contrario, etc.

El apartado 2.º vuelve a hacer uso de la técnica de la presunción *iuris et de iure*: conforme a ella, se presume que existe temeridad manifiesta (y, por tanto, peligro concreto para la vida o la integridad física de los demás) si en la conducción concurren las dos circunstancias mencionadas en el artículo 379, a saber: el exceso desproporcionado de velocidad y la presencia de una alta tasa de alcohol (superior a 0,60 mg por litro en aire espirado o a 1,2 gramos por litro en sangre). La redacción del precepto da a entender que, para que pueda aplicarse el tipo de conducción con temeridad manifiesta, se exige la presencia de los dos elementos mencionados (velocidad excesiva y conducción étlica), de manera que si solo se da uno, se aplicaría el artículo 379 y si se dieran los dos, el artículo 380. Esta conclusión es, empero, errónea. Las relaciones concursales entre los dos delitos no son tan claras (como veremos

en el apartado siguiente) y, en todo caso, la presunción *iuris et de iure* de temeridad no agota el contenido de la conducción con temeridad manifiesta. Si se dan los elementos a que se refiere la presunción (exceso de velocidad y alcoholemia) se aplica —no hay duda— el art. 380. Pero también puede existir temeridad manifiesta sin que concorra ninguno de los dos elementos; es decir, no hace falta el exceso de velocidad y el estado de embriaguez para poder conducir de manera manifiestamente temeraria.

Ejemplo: sobrepasar a un vehículo por la derecha en una maniobra arriesgada que pone en peligro la vida de un motorista constituye temeridad manifiesta, a pesar de que el conductor no supere el límite de velocidad ni dé positivo en el control de alcoholemia.

Además, cabe plantear el interrogante siguiente: ¿por qué si se conduce con exceso de velocidad y bajo influjo del alcohol se aplica el delito más grave (del art. 380) y si se conduce con exceso de velocidad y —por ejemplo— bajo el influjo de drogas corresponde aplicarse el delito más leve del art. 379? Esta limitación del tipo al exceso de velocidad y a la tasa de alcohol, dejando fuera el resto de sustancias mencionadas en el art. 379.2 (drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas) resulta injustificable desde el punto de vista dogmático.

La pena del presente tipo básico se eleva considerablemente con relación al delito del artículo 379. En todo caso, se impondrá la pena de prisión (de 6 meses a 2 años) y, además, la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores (por un lapso de tiempo de un año mínimo, hasta un máximo de 6).

Tipo agravado (art. 381.1)

El artículo 381 (que proviene de una refundición de los anteriores artículos 384 y 385) incrimina un tipo agravado de conducción manifiestamente temeraria:

Art. 381.1: Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de doce a veinticuatro meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un período de seis a diez años el que, con manifiesto desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el artículo anterior.

Este tipo agravado comparte con el tipo básico el elemento de la temeridad manifiesta, pero a diferencia de él exige la presencia de manifiesto desprecio por la vida de los demás. La cuestión principal estriba, pues, en la delimitación entre concreto peligro y manifiesto desprecio por la vida de los demás. Ambas conductas suponen la concreción dolosa de un peligro para el bien individual, pero el manifiesto desprecio supone un plus de peligrosidad con relación al concreto peligro, de manera que la conducción supone un extraordinario peligro para el bien individual, esto es, una constituye una conducta altamente temeraria (Montaner). Por ello, el tipo agravado del artículo 381.1 se asimila a una tentativa de homicidio (con dolo eventual), razón por la cual la doctrina denomina a este tipo como conducción suicida o conducción homicida (Orts Berenguer, González Cussac).

Este tipo, introducido en los años ochenta del pasado siglo ante la proliferación de conductores suicidas en carreteras españolas, ha tenido escasa aplicación en la práctica, debido —sin duda— a las enormes dificultades de delimitación, de un lado, entre los elementos típicos concreto peligro y manifiesto desprecio por la vida, y —de otro— entre el manifiesto desprecio por la vida de los demás y la tentativa de homicidio con dolo eventual.

Aun así, en algunos supuestos de conductores suicidas se ha aplicado el tipo del 381.1. Por ejemplo, la STS de 11.4.2001 (ponente: Andrés Ibáñez) apreció manifiesto desprecio por la vida de los demás en el supuesto de un conductor que circuló, en sentido contrario, por una autovía transitada por vehículos durante un trayecto aproximado de dos km, haciendo caso omiso a las advertencias de los

vehículos que encontraba en su camino, incluso aumentando la velocidad ante las mismas. Asimismo, la STS de 25.10.1999 (ponente: Puerta Luis) constató la presencia de manifiesto desprecio por el bien individual en la conducta del motorista que circuló a elevada velocidad, con su esposa como acompañante, por una zona campestre plagada de montículos y gravilla en la calzada, de manera que incrementó notoriamente el riesgo para la vida de su esposa y aun de un guardaespaldas que le seguía.

La diferencia entre el concreto peligro y el manifiesto desprecio por la vida ha de establecerse, pues, en un parámetro objetivo de creación de un riesgo mayor para el bien individual.

Sin embargo, una parte de la jurisprudencia ha pretendido hallar una diferencia en el aspecto subjetivo. Así, la STS de 1.4.2002 (ponente: Jiménez Villarejo) consideró que la diferencia estribaba en el dolo eventual del sujeto en relación con el resultado lesivo de probable e inminente producción. De esa forma se configura el tipo como una especie de tentativa de homicidio doloso-eventual.

Este intento de explicación del tipo basado en criterios subjetivos es infructuoso, pues si el tipo constituyera, como defiende la STS citada, una incriminación específica de la tentativa de homicidio doloso-eventual entonces no puede explicarse por qué razón al supuesto general de tentativa de homicidio del artículo 138 se aplicaría una pena considerablemente mayor (prisión de 5 a 10 años) que la que se prevé para este delito del artículo 381.1 (prisión de 2 a 5 años, multa de 12 a 24 meses y privación del carné de conducción por tiempo de 6 a 10 años) siendo así que no solo se pone en peligro el bien individual (la vida) sino además otro bien jurídico colectivo (la seguridad vial).

Tipo atenuado (art. 381.2)

Por su parte, el artículo 381.2 incrimina un tipo atenuado de conducción con manifiesto desprecio por la vida de los demás cuando no

concurriere peligro concreto para la vida o integridad de los demás:

Art. 381.2: Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, las penas serán de prisión de uno a dos años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por el tiempo previsto en el párrafo anterior.

Este tipo supone, si se permite la expresión, rizar aún más el rizo en esta enmarañada configuración legislativa. Pareciera que el tipo del artículo 381.2 sería un tipo atenuado (conducción temeraria sin poner en peligro concreto el bien jurídico individual) en relación con el tipo del artículo 380.1 (temeridad manifiesta con peligro concreto para el bien individual). Sin embargo, esa interpretación no es posible porque la pena del primero (prisión de 1 a 2 años, multa de 6 a 12 meses y privación del carné de conducir de 6 a 10 años) es mayor que la del segundo (prisión de 6 meses a 2 años y privación del carné de 1 a 6 años), a pesar de que en aquel no concurre peligro concreto para el bien jurídico individual y en este sí. La única interpretación plausible pasa, pues, por concebir el tipo del artículo 381.2 como un tipo atenuado del artículo 381.1, esto es, como un delito de conducción con manifiesto desprecio por la vida de los demás, aunque no se llega a poner en peligro concreto dicho bien jurídico individual.

De esta manera, la configuración típica del artículo es criticable, en tanto hace depender el injusto no de una constatación objetiva de un peligro concreto (que no existe) sino de un elemento subjetivo como es el manifiesto desprecio por la vida de los demás. Lo relevante sería, desde esa perspectiva, la actitud interna o personal de rebeldía o enemistad que muestre el conductor con relación a la vida de los demás, pero sin realizar una conducta que llegue a poner en peligro dicho bien. De esta forma, se configura un tipo penal de autor, cercano a un derecho penal de la voluntad o del ánimo, cuya legitimidad es francamente cuestionable a la luz del principio del hecho.

Problemas concursales

las difíciles relaciones concursales entre los artículos 379, 380 y 381 cp

Además de las dificultades intrínsecas a la interpretación individual de cada figura típica, los delitos descritos en los artículos 379, 380 y 381 CP plantean graves problemas concursales, por mor de la invasión y del solapamiento material de su correspondiente contenido. A priori, el tipo del artículo 379 parece describir un tipo básico, mientras los demás serían tipos agravados dependientes de él. Pero en una lectura más detenida esa supuesta diferencia se torna menos nítida y más confusa. Un intento de delimitar el ámbito propio de los delitos contenidos en los tres preceptos citados podría esquematizarse de la siguiente manera:

1. Artículo 379: describe un tipo de peligro abstracto de conducción temeraria, fundamentado bien en la velocidad excesiva o bien en la presencia de una determinada cota de alcohol (superar en 60 u 80 km/hora el máximo de velocidad), la tasa de alcohol (0,60 o 1,2 en aire o en sangre) u otra sustancia tóxica.

2. Artículo 380: tipo de peligro concreto basado en la temeridad manifiesta, la cual se da bien cuando concurren las dos circunstancias del artículo 379 (velocidad excesiva y tasa etílica) o bien sin ninguna de esas dos circunstancias cuando se constate una especial peligrosidad.

3. Artículo 381.1: tipo de peligro concreto que exige un manifiesto desprecio por la vida con peligro para la vida, pero que —a su vez— no llega a constituir propiamente tentativa de homicidio. Si llegara a ser tentativa de homicidio se sancionaría como tal, conforme a la regla concursal del artículo 382 (véase, a continuación).

4. Artículo 381.2: tipo de peligro mixto abstracto-concreto o —mejor aún— abstracto hipotético: es peligro abstracto en cuanto al elemento manifiesto desprecio por la vida, pero es peligro hipotético en tanto que ese desprecio,

siendo idóneo para poner en peligro un bien individual (sin peligro concreto), no llega a ponerlo, aunque el legislador valora dicha idoneidad y castiga hipotéticamente su producción.

Regla concursal y de penalidad (art. 382)

El artículo 382 contiene una doble regla concursal y de penalidad: la primera, correspondiente al primer párrafo del artículo 382, resulta aplicable a los artículos 379 a 381 en caso de resultado lesivo sobrevenido; y la segunda, contenida en el párrafo segundo del precepto, fue introducida por la LO 2/2019, de 1 de marzo (BOE de 2 marzo y vigente desde el 3 de marzo), y se refiere a la agravación de la pena cuando el resultado lesivo coincida con un delito agravado de conducción temeraria con manifiesto desprecio por la vida del artículo 381:

Art. 382: Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado.

Cuando el resultado lesivo concorra con un delito del artículo 381, se impondrá en todo caso la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores prevista en este precepto en su mitad superior.

En los supuestos a los que se refiere el párrafo primero, el legislador opta por un concurso de delitos de manera que, a efectos de determinación de la pena, se estará únicamente a la infracción más grave, cuya pena se impondrá en su mitad superior, además del resarcimiento civil a que hubiera lugar. Esta regla concursal puede resultar contraproducente, toda vez que algunos de los tipos penales descritos en esta sede ya incorporan en su contenido de injusto, junto a la lesión del bien colectivo seguridad vial, la referencia al peligro concreto de un bien individual.

Ejemplo: un sujeto supera en 60 km/hora la velocidad permitida en zona urbana (art. 379.1). Si añadimos un peligro a un bien individual, nos seguimos encontrando dentro del ámbito de los delitos contra la seguridad vial, ahora en sede del delito de conducción temeraria del artículo 380.1 o del tipo agravado del artículo 381.1 (temeridad manifiesta).

Para ello, no nos hace falta ninguna regla concursal, porque esos tipos penales ya incorporan una referencia a un bien individual. Pareciera, pues, que la regla concursal del artículo 382 tendría cabal sentido si todos los tipos penales contra la seguridad vial, fueran tipos abstractos o difusos, en los que se conducción temeraria—sobreviniera además un ulterior resultado lesivo (lesiones o muerte) que afectara un bien individual se apreciaría únicamente la infracción más grave (en principio, la afeción del bien individual: el delito de lesiones u homicidio imprudente). Pero mientras se mantengan los tipos mixtos (lesión de bien colectivo y afeción del bien individual) la regla concursal perderá parte de su capacidad de rendimiento, en tanto que *de facto* se imposibilita que a un tipo penal que ya incorpora una puesta en peligro de un bien individual se le añada una (ulterior) lesión de otro bien jurídico.

Por lo demás, con la distribución de la penalidad en los tipos delictivos el tipo colectivo es, muchas veces, el más grave, quedando por tanto impune la sobrevenida lesión de un bien individual.

Ejemplo: un sujeto conduce su vehículo a motor temerariamente con *manifiesto desprecio por la vida de los demás*, incurriendo en el delito del artículo 381.1 y siendo sancionado a una pena de prisión de 2 a 5 años, multa de 12 a 24 meses y privación del derecho a conducir por un tiempo de 6 a 10 años. Imagínese que con motivo de dicha conducción atropella temerariamente a un viandante causándole incluso la muerte.

Este resultado lesivo sobrevenido podría ser sancionable como delito doloso de homicidio (lo cual exigiría la prueba de un —muchas veces difícilmente demostrable— dolo concreto de matar en el agente, aunque sea como dolo eventual) o, si no se llegara a demostrar

tal dolo, como homicidio por imprudencia grave, incriminado en el artículo 142.1 y 2, y que sigue siendo el título de imputación mayoritario en la práctica judicial en materia de tráfico vial. Conforme a este tipo penal, «[e]l que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años» (art. 142.1) y además a «la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores» por tiempo de uno a 6 años (art. 142.2). De ahí se deriva que el resultado delictivo causado (la muerte del viandante) que, en principio, debiera integrar un delito más grave, es paradójicamente menos grave que el delito de conducción temeraria del 381.1. Eso significa que cuando sobreviene la muerte de un viandante al conductor se le impone, en su mitad superior, las penas del primer delito contra la seguridad vial (que ya incorpora la afección al bien jurídico colectivo y también al bien individual). O, lo que es lo mismo, que al conductor que maneja temerariamente su vehículo con manifiesto desprecio por la vida de los demás el hecho de atropellar y matar de manera imprudente a un viandante le sale gratis, porque en todo caso únicamente le van a imponer (en su mitad superior) las penas que ya le hubieran impuesto o le hubieran podido imponer si no hubiera producido dicho atropello y dicha muerte.

De estas consideraciones se derivan como conclusión: primero, que la regla concursal del 382 sirve para poco, y además origina más problemas que los que puede resolver. Y segundo, que los nuevos delitos contra la seguridad vial desconocen en absoluto la mínima proporción que debiera existir entre la penalidad de los tipos penales. El legislador ha agravado los delitos contra la seguridad vial, configurando delitos que atentan contra bienes de diversa entidad e imponiéndoles penas tan graves que incluso, sin producir muerte alguna, superan la penalidad del mismo delito de homicidio imprudente.

El nuevo delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis)

(Re) introducción de la figura en la legislación española

La reciente LO 2/2019, de 1 de marzo (BOE de 2 marzo y en vigor desde el 3 de marzo) introdujo *ex novo* en el Código Penal el artículo 382 bis que incrimina en los siguientes términos el delito de abandono del lugar del accidente, también llamado delito de fuga:

Art. 382 bis: 1. El conductor de un vehículo a motor o de un ciclomotor que, fuera de los casos contemplados en el artículo 195, voluntariamente y sin que concurra riesgo propio o de terceros, abandone el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que fallecieron una o varias personas o en el que se le causare lesión constitutiva de un delito del artículo 152.2, será castigado como autor de un delito de abandono del lugar del accidente.

2. Los hechos contemplados en este artículo que tuvieran su origen en una acción imprudente del conductor, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años.

3. Si el origen de los hechos que dan lugar al abandono fuera fortuito le corresponderá una pena de tres a seis meses de prisión y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de seis meses a dos años.

La nueva figura plantea diversas cuestiones esenciales y problemáticas, que enunciaremos aquí de manera esquemática y desarrollaremos a continuación:

- *Ratio* de su introducción, antecedentes y derecho comparado: ¿por qué se introduce en nuestra legislación?, ¿se hace por primera vez?, ¿regulan otros códigos penales figuras similares?

- Bien jurídico: ¿se protege aquí la misma «seguridad vial» que anuncia la rúbrica?

- Contenido de injusto: ¿cuál es el contenido material de injusto y en qué elementos se fundamenta el mismo?

- Pertinencia político-criminal: ¿qué valoración merece la introducción de esta figura?

Ratio essendi de la figura, antecedentes y derecho comparado

1. El reformador penal de 2019 señala, en el preámbulo de la LO 2/2019, la razón de ser y los caracteres esenciales de la figura:

- Autonomía respecto de la conducta precedente: el legislador configura el delito de fuga como un tipo doloso, diferente, autónomo e independiente de la conducta imprudente o fortuita anterior, originadora del accidente.

- Maldad intrínseca del abandono, solidaridad con las víctimas y expectativa de recibir atención: según el legislador, triple es la razón de ser que justifica la inclusión de esta figura, pues:

[L]o que se quiere sancionar en este caso es la maldad intrínseca en el abandono de quien sabe que deja atrás a alguien que pudiera estar lesionado o incluso fallecido, la falta de solidaridad con las víctimas, penalmente relevante por la implicación directa en el accidente previo al abandono, y las legítimas expectativas de los peatones, ciclistas o conductores de cualquier vehículo a motor o ciclomotor, de ser atendidos en caso de accidente de tráfico.

- Subsidiariedad respecto de la omisión de socorro: finalmente, el Preámbulo de la ley de reforma pretende delimitar el tipo de abandono del lugar del siniestro y la omisión del deber de socorro para evitar el concurso de normas, de manera que configura el tipo de fuga de manera subsidiaria y atenuada en relación a la omisión de socorro, pues en el tipo de fuga engloba «los casos de personas que sufran lesiones graves pero en las que no concurren los requisitos del peligro manifiesto y grave que exige la omisión del deber de socorro».

2. Frente a lo que insinúa el legislador, que presenta la figura como una novedad plena de su reciente reforma, la doctrina (Lanzarote Martínez, Vargas Cabrera) ha señalado algunos antecedentes del delito de fuga en nuestra legislación.

Así, se mencionan el artículo 537 del CP de 1928 (Código de Primo de Rivera) o el artículo 5 de la Ley del Automóvil de 1950 «el conductor [...] que no presta a su víctima el socorro debido y, dejándola abandonada, huye para eludir las consecuencias de su hecho [...]», aunque algún autor ha considerado que —más que precedentes del delito de fuga— esas dos figuras son antecedentes del delito de omisión del deber de socorro (así, Díaz y García-Conlledo, Benítez Ortúzar, Traperro Barreales).

Por su parte, De Vicente Martínez menciona otro significativo precedente, que no conformaba entonces un delito, sino una infracción administrativa: artículo 49.a) del Código de Circulación de 26 de septiembre de 1934, según el cual «todo conductor de un vehículo cualquiera que, sabiendo que ha causado u ocasionado un accidente, no se pare, escape o intente escapar para eludir la responsabilidad penal o civil en que pueda haber incurrido [...]».

3. El delito de fuga encuentra figuras equivalentes en el derecho comparado, en países como Alemania, Francia o Italia (al respecto, Benítez Ortúzar, Castro Moreno, De Vicente Martínez, Lanzarote Martínez), en los que no se castiga tanto la falta de solidaridad ni la desatención de deberes de socorro cuanto el acto de eludir hacer frente a las obligaciones de resarcimiento de las víctimas.

En Alemania, por ejemplo, dentro de los *delitos contra el orden público* (§§ 123 a 145d StGB) se incrimina el *alejamiento no permitido del lugar del hecho* (§ 142.1), que castiga con pena de prisión de hasta tres años de duración o con multa al «sujeto que, habiendo tomado parte en un accidente de tráfico, se aleje del lugar del hecho antes de que: 1. haya facilitado a los restantes intervinientes y damnificados la identificación de su persona, de su vehículo y la clase de intervención en el accidente, mediante su presencia y la declaración de haber intervenido en el accidente; o 2. haya aguardado, según las circuns-

tancias, un tiempo adecuado sin que nadie haya estado dispuesto a efectuar las identificaciones mencionadas». Asimismo, se castiga también a quien «se haya alejado del lugar del siniestro y no facilite con posterioridad de inmediato las identificaciones: 1. una vez que haya transcurrido el tiempo prudencial; o 2. lo haga excusándose o justificándose» (§ 142.2), aunque queda exonerado de delito si facilita, incluso con posterioridad, al beneficiario o a la policía tales datos, poniéndose a disposición (§ 142.3), así como podrá atenuarse o incluso eximirse de pena si facilita, dentro de las 24 horas posteriores al accidente, la identificación de manera voluntaria y se trate de un accidente que únicamente genera un daño material insignificante (§ 142.4).

Bien jurídico: ¿un ataque a la seguridad vial?

El nuevo delito se incorpora dentro de los *delitos contra la seguridad vial* (cap. IV del título XVII). Ello plantea la cuestión del bien jurídico protegido en esta figura.

- Parece claro que la seguridad vial no es el bien jurídico protegido en esta figura, como tampoco lo es la vida ni la integridad personal de las personas a quienes se abandona, en la medida en que el tipo admite que tales personas hayan fallecido, de suerte que no habría bien alguno que proteger.

- El legislador, en el Preámbulo de la LO 2/2019, al mencionar la esencia del delito (la «maldad intrínseca» que entraña abandonar a un lesionado o un fallecido) parece indicar, otros posibles bienes jurídicos: la solidaridad con las víctimas y las legítimas expectativas de ser atendido después de un accidente de tráfico:

- Empezando por éstas últimas, las «legítimas expectativas de los peatones, ciclistas o conductores de cualquier vehículo a motor o ciclomotor, de ser atendidos en caso de accidente de tráfico», habría que decir que serían inexistentes en el supuesto, contemplado por el legislador, de que los accidentados estuvieran muertos, de manera que no puede ser un criterio decisivo y, en todo caso, si estuvie-

ran heridos y se les dejara desamparados, no se distinguiría la presente figura del tipo de omisión del deber de socorro tras accidente fortuito o imprudente (art. 195.3).

- La *falta de solidaridad con las víctimas*, en el sentido de atención altruista al prójimo, tampoco puede ser un criterio idóneo ni decisivo en esta materia, primero porque eso es lo que se combate en el tipo de omisión de socorro y, segundo, porque no tendría sentido que un delito contra la seguridad vial protegiera la solidaridad humana.

- Algún autor ha señalado que el tipo sanciona la obstaculización al correcto funcionamiento de la Administración Pública a través de la labor de identificación e investigación de la Fuerza Pública, de manera que, en puridad, el tipo se configuraría como un delito contra la Administración de Justicia (así, Castro Moreno). Ello supondría, en todo caso, el castigo del autoencubrimiento (Bustos Rubio) algo inaceptable en un Estado de derecho respetuoso con el derecho a la presunción de inocencia, a no declarar contra sí mismo y con el derecho de defensa. En todo caso, se compromete la constitucionalidad de la figura (por todos, Castro Moreno).

- En realidad, no es extraña la dificultad de hallar un bien jurídico idóneo. El motivo de la dificultad estriba en que no nos encontramos ante una conducta inequívocamente penal sino, todo lo más, ante una conducta de relevancia administrativa o civil (lo que se pretende es que el sujeto no eluda el pago de las eventuales obligaciones resarcitorias que eventualmente se originen por su interacción en el accidente de tráfico) pero incluso también ante una conducta que no debiera merecer reproche penal alguno pues el sujeto que se ausenta del lugar del siniestro producido fortuitamente ni siquiera tiene responsabilidad alguna resarcitoria o civil respecto de los lesionados. Se trata, más bien, de un delito sin ofensa, de un tipo penal sin contenido de injusto, cuya tipificación es superflua porque si la víctima del accidente se halla en peligro,

se aplicará el artículo 195.3 (cuando no, claro está, un delito de lesiones o aun de homicidio imprudente o doloso), y si está muerta, no se lesiona solidaridad ni integridad física ni vida alguna con la huida del sujeto.

Análisis dogmático: inconvenientes

El núcleo del tipo se substancia con la conducta abandonar el lugar de los hechos tras causar un accidente. Varias consideraciones deben realizarse al respecto:

- El tipo exige, pues, una conexión causal entre la producción del accidente y el acto subsiguiente del abandono.

- La expresión *tras causar* exige que el sujeto activo sea el conductor de un vehículo a motor o ciclomotor implicado en un accidente (delito especial), no bastando con que sea un mero peatón que observa la situación ni un usuario en silla de ruedas que cruza indebidamente y causa el accidente: no es conductor a efectos típicos, ni existe vehículo a motor ni ciclomotor a efectos penales.

- La locución *tras causar* pareciera exigir que el conductor que luego se marcha del lugar del accidente sea responsable del mismo. Pero no se exige ello, al menos en la modalidad de accidente fortuito (art. 382 bis.3): si el accidente es fortuito no es imputable a nadie.

- Dos son los tipos penales incriminados por el legislador:

(a) Que el abandono fuera subsiguiente a una conducta imprudente del propio fugado (art. 382 bis.2). En este primer supuesto la penalidad es desproporcionadamente elevada: pena de prisión de seis meses a cuatro años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años: en concreto, la misma pena de prisión que la omisión del deber de socorro tras un accidente imprudente, más la privación del carné de conductor, que no existe en la omisión de socorro. De esta manera, resulta paradójico que el delito de fuga, que el legislador intenta distinguir de los casos de omisión de socorro (*fuera de los casos*

contemplados en el artículo 195, dice el tipo), y que, en todo caso, debiera ser menos grave que aquél (en la medida en que la fuga se produce «sin que concurra riesgo propio o de terceros» y la omisión de socorro consiste en no socorrer a una persona que se halle desamparada y exige «peligro manifiesto y grave»), resulta que es castigado absurdamente con una pena mayor aunque el contenido de injusto es menor.

(b) Que el abandono siga a un accidente fortuito (art. 382 bis.3). También la pena aquí (de tres a seis meses de prisión y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de seis meses a dos años) es superior a la de la omisión de socorro tras un accidente fortuito (prisión de seis meses a 18 meses), con lo que el delito de menor gravedad es sancionado con una pena mayor que el delito de mayor gravedad.

- Por lo demás, en el accidente se exige que haya fallecidos (uno o varios) o al menos accidentados (con lesiones, dice el legislador, que constituye *un delito del artículo 152.2*, cuando en realidad quería decir lesiones subsumibles en los artículos 147.1, 149 y 150 CP; así, Trapero Barreales), con lo cual, el conductor, antes de fugarse, ha de cerciorarse de que realmente existe algún fallecido o algún herido por un delito de ese precepto. Pero sucede que si el accidente fue causado fortuitamente, no existe delito de lesiones, de manera que se haría, paradójicamente, impracticable el tipo penal.

- Finalmente, la huida ha de realizarse *voluntariamente* (¿se excluyen los casos en los que el conductor, al ver la sangre, huye asustado despavoridamente?) y no debe concurrir *riesgo propio o de terceros*, exigencia ésta absurda porque, para el conductor, si se va, incurre en el presente delito (con lo cual sí existe siempre riesgo propio) y el accidentado, si ha sobrevivido, también estaría en peligro, con lo cual, una vez más, no podrían darse las condiciones del tipo penal.

Pertinencia político-criminal

Con lo dicho, quedan claras varias cosas:

- El delito de fuga no constituye una novedad en nuestra legislación ni llena laguna alguna.

- Existen dudas (rayanas en la certeza) de inconstitucionalidad: carece de contenido de injusto, lesiona derechos fundamentales (como el de defensa, el derecho a no declarar contra sí mismo y la presunción de inocencia) cuando no la libertad de movimiento de quien, habiéndose visto implicado contra su voluntad en un accidente fortuito, se ausenta del lugar de los hechos para acudir, por ejemplo, a su propia boda, a un partido de fútbol o a su lugar de trabajo.

- Su introducción es plenamente contraindicada, porque configurándose como un tipo de menor gravedad que la omisión de socorro que sigue a un accidente (fortuito o imprudente) es castigado absurdamente con mayor pena que él.

Delito de negativa a someterse al control de alcoholemia o drogadicción (art. 383)

Previsión legal

El artículo 383 incrimina un delito autónomo consistente en la negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o de presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en el conductor:

Art. 383: El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

Antes de la reforma de 2007, este delito se configuraba (en el antiguo art. 380) como un delito de desobediencia grave (art. 556), al cual se remitía a efectos de determinación del injusto y de la penalidad. La LO 15/2007 concedió autonomía a este delito, dándole carta

propia de naturaleza como delito contra la seguridad vial, con una particular descripción típica y con una penalidad propia, si bien la descripción típica permanece inalterada.

Concreción del injusto típico y legitimidad punitiva

No obstante, el cambio locativo del tipo y la autonomía del injusto, la esencia de este delito sigue siendo una desobediencia o desacato a la autoridad. Se trata, pues, de un delito eminentemente administrativo donde se afecta el bien jurídico tutelado de la incoercibilidad de la función pública, y no un bien jurídico colectivo (como podría ser la seguridad vial) ni tampoco un bien jurídico individual.

Las penas, en este caso, son también cumulativas: prisión de 6 meses a un año y privación de la licencia de conducir de uno a 4 años. Aunque la pena de prisión permanece idéntica a la prevista en la regulación anterior, llama la atención que el legislador haya incorporado también de manera conjunta la pena de privación del permiso de conducir. Esa privación de un derecho perteneciente a la esfera de personalidad del ciudadano (conductor) únicamente puede entenderse (lo cual no equivale a su justificación) en el marco político-criminal de agravación pertinaz de las sanciones contra conductores, a quienes se observa más como un foco de peligro capaz de originar riesgos socialmente desestabilizadores que como un ciudadano responsable, gestor eficaz de riesgos y titular de derechos y obligaciones (persona en derecho). En una palabra: esa privación adicional y obligatoria del carné de conducir únicamente puede explicarse dentro de la idea de combate del conductor como enemigo que ha inspirado la reforma penal de 2007 en esta materia. En el último apartado veremos que la indiscriminada tipificación realizada por el legislador no es, desde luego, la más acertada de todas las posibles.

El TC ha desechado la idea de que el presente delito pueda considerarse contrario al derecho a no declarar contra sí mismo y

a no confesarse culpable, pues únicamente se exige al sujeto someterse a una prueba con su colaboración no equiparable en el ámbito de los derechos de los artículos 17.3 y 24.2 CE (SSTC 103/1985 y 161/1997). Por su parte, el TS ha rechazado la presencia de delito en las situaciones en que, incluso negándose el conductor a someterse al control en cuestión, no presente síntomas de hallarse *bajo la influencia del alcohol* u otras sustancias, situación ésta que —en todo caso— podría acarrear una sanción administrativa. Con ello, se reduce sensiblemente el ámbito de eficacia y aplicación del presente delito, que —para algunos autores— representaría un ejemplo de derecho penal simbólico, sin mayor trascendencia práctica ni real que el mero efecto intimidatorio de la conminación penal.

El TS ha establecido criterios orientativos a efectos de fijar los límites entre la sanción penal y la administrativa. Negarse al control de alcoholemia o drogadicción será delito cuando: (1) el conductor esté implicado en un accidente, o (2) presente síntomas evidentes de hallarse bajo efectos del alcohol. Sin embargo, en casos de conductores denunciados por alguna infracción o que sean requeridos en un control preventivo, solo será delito cuando los agentes advierten síntomas evidentes de que el conductor se encuentra bajo efectos del alcohol o drogas, haciéndoselo saber al requerido. Sin embargo, cuando no se adviertan tales síntomas, la negativa al control dará lugar únicamente a una sanción administrativa.

Delito de conducción sin carné de conducir vigente (art. 384)

regulación de la figura delictiva

La LO 15/2007 introdujo en el art. 384 el tipo delictivo de conducción sin licencia válida:

Art. 384: El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con

la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días.

La misma pena se impondrá al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción.

El presente delito constituye una figura hasta ahora inédita en el moderno panorama legislativo español. Previsto como delito en el CP de 1928 y en otros textos posteriores (por ejemplo, en la Ley 3/1967), fue destipificado definitivamente por obra de la LO 8/1983, que reputa esta conducta como un simple ilícito administrativo, sin contenido de injusto material relevante para el derecho penal. El reformado de 2007, sin embargo, rescató un cuarto de siglo después esta figura, y lo hizo de tal manera que sus perfiles normativos resultan francamente criticables.

Modalidades típicas y dificultades de legitimación

El núcleo de la acción típica consiste en conducir careciendo el conductor de carné o licencia válida y vigente habilitante para ello. En concreto, según la descripción típica, ello puede suceder en tres situaciones, que son las tres modalidades de conducta previstas en este delito:

1. Pérdida de todos los puntos del carné: a esta primera modalidad la podríamos llamar suspensión administrativa de la licencia o permiso de conducir y se rige por el sistema de puntos previsto por Ley 17/2005, de 19 de julio.

2. Privación cautelar o definitiva del carné por decisión de un juez o tribunal: que constituye una suspensión judicial en forma de medida cautelar o de condena penal, y finalmente.

3. Conducir sin haber obtenido en absoluto licencia para manejar.

Estas formas de conducta son modalidades fenotípicas: entre ellas no existe diferencia material alguna, esto es, el tipo de injusto es idéntico en los tres casos. Por ello, para que se integre el tipo penal es indiferente que se realice cualquiera de las tres modalidades, pues todas ellas de manera autónoma integran el injusto típico y todas ellas reciben la misma conminación penal.

Pues bien, este delito, de tan reciente partida de nacimiento en nuestro ordenamiento, constituye también un ejemplo de elevación de una infracción administrativa a categoría de delito. Anteriormente, la conducción sin carné de conducir vigente constituía un ilícito administrativo. Ahora se le ha creado a esa conducta carta de naturaleza entre las conductas delictivas y se halla tipificada como tal en el CP. La creación de este nuevo tipo penal no puede, sin embargo, merecer aplauso, debido principalmente a dos argumentos: (1) la lesión o puesta en peligro para el bien jurídico *seguridad vial* se presupone mediante una presunción *iuris et de iure*, pero no es propiamente real o —al menos— constatado; y (2) la equiparación legal de las tres formas de conductas es más que cuestionable: se trata de conductas que en sí, hilando fino, son de muy diferente significación jurídica. Veamos un poco más detenidamente estos argumentos.

La incriminación como delito de la ausencia de carné de conducir se fundamenta en la presunción de un peligro. Por ello, este tipo constituye un delito de peligro —no concreto ni abstracto sino— hipotético, según la terminología acuñada por Torío López. El legislador presupone, con una presunción que no admite prueba en contrario (presunción *iuris et de iure*) que siempre que el conductor conduzca sin carné vigente atenta contra la seguridad vial. Pero este atentado no se somete a prueba, sino que se da por supuesto, lo cual quebranta gravemente el principio de ofensividad penal, y da lugar a que conductas que no crean inseguridad vial se sancionen como si realmente la crearan.

Ejemplo: un conductor experimentado, que carece de carné de conducir (esto es, que ha omitido el trámite administrativo de la realización de las pruebas y expedición del carné correspondiente) pero que se caracteriza por su especial pericia al volante y por una conducción exquisitamente respetuosa y prudente, incurre automáticamente en este delito pudiendo ser condenado a una pena de hasta ¡6 meses de prisión! Su injusto consiste en la omisión de un deber administrativo (obtener el carné) que es elevado artificialmente a delito y que se sanciona como si creara inseguridad vial, cuando consta fehacientemente que no solo no la crea, sino todo lo contrario.

Por ello, el delito del artículo 384 carece de un contenido material de suficiente entidad como para ser castigado como delito, y ello porque el tipo penal es un delito de mera desobediencia administrativa para el que no se tiene en cuenta la verdadera peligrosidad penal del sujeto ni la creación real de inseguridad vial. Pero, además, el nuevo tipo infringe también otros principios esenciales del derecho penal, como son el principio de proporcionalidad y el principio de culpabilidad por el hecho. Pues el legislador concede la misma relevancia normativa a conductas que, en sí, tienen un significado jurídico-penal radicalmente diverso.

No es lo mismo, aunque para el legislador penal sí lo sea, conducir cuando ya se han perdido los puntos del carné por conducción incorrecta o cuando judicialmente se ha privado a un conductor de su licencia igualmente por infracciones anteriores que el caso de un conductor experimentado y especialmente cuidadoso que conduce sin carné de conducir. En los dos primeros casos el conductor ya ha demostrado su incompetencia en el tráfico vial, esto es, ya ha manifestado inidoneidad como gestor de riesgos en la conducción; en el último supuesto el sujeto ha olvidado obtener o actualizar el carné, pero no ha demostrado peligro alguno para la seguridad vial. En otras palabras, la presunción legal de que conducir sin carné válido genera inseguridad en el tráfico, o sea, violencia vial, tiene en los dos primeros supuestos una constatación fáctica (el conductor ya de-

mostró impericia al volante); en el segundo, es una mera suposición del legislador sin asidero de ninguna clase, con lo que —frente a la garantía usual del principio de culpabilidad— se termina por imputar no una lesión ni una puesta en peligro sino algo mucho más etéreo: una sospecha de peligro. Con ello, no se respeta el principio del hecho, sino que finalmente al sujeto se le sanciona no por su conducta lesionada de bienes jurídicos, sino por una supuesta actitud de enemistad frente a ellos, actitud que ni siquiera es constatada por el legislador, sino supuesta por él sin la más mínima comprobación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penalmente relevantes. A pesar de ello, defienden la regulación legal, francamente indefendible, algunos autores como Carbonell o Prieto González.

Los evidentes defectos del tipo no se salvan, lógicamente, por el hecho de que la reforma de 2010 haya previsto las penas como alternativas (prisión de 3 a 6 meses o multa de 12 a 24 meses, unidas —en todo caso— a la de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días): tal como está configurado el tipo bordea y, en mi opinión, se inmiscuye ampliamente en el ámbito de la ilegitimidad.

delito de creación de grave riesgo para la seguridad vial (art. 385)

Previsión legal

Finalmente, el artículo 385 (heredero del anterior art. 382), incrimina el delito consistente en originar un grave riesgo para la circulación mediante alguna conducta perturbadora de la seguridad vial:

Art. 385: Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o a las de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de diez a cuarenta días, el que originare un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas:

1. Colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, sustrayendo o anulando la señalización o por cualquier otro medio.

2. No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo.

Modalidades típicas y contenido de injusto

El tipo menciona, en dos apartados, diferentes modalidades posibles de conducta:

1. colocar en la vía obstáculos imprevisibles;
3. mutar, sustraer o anular la señalización;
4. no restablecer la seguridad de la vía existiendo obligación de hacerlo; y,
5. además, el artículo 385.1 in fine añade: *por cualquier otro medio*.

Las modalidades mencionadas son formas fenomenológicas de la conducta genérica consistente en originar un grave riesgo para la circulación. El legislador enumera esas conductas *ad exemplum* para añadir finalmente la fórmula jurídica indeterminada que da cabida teórica a cualquier otra modalidad posible: *por cualquier otro medio*. La alteración del curso normal del tránsito puede consistir, pues, en una acción (*v. gr.* verter un bote de aceite deslizante en la carretera) o en una omisión (p. ej.: no retirar un vehículo averiado o mal aparcado a la salida de una curva), e —incluso— pueden consistir en el bloqueo de la vía con personas, vehículos inmóviles o en marcha, etc. Lo importante no es, pues, cómo se haga —todas las modalidades mencionadas son posibilidades fenomenológicas de las conductas—, sino que se cree un grave riesgo para la circulación. Ahí reside la clave de injusto del delito.

No basta, por ello, causar un simple retardo o molestia en la circulación, sino que es preciso originar un peligro elevado alterando la normal seguridad vial.

Ejemplo: conducir a reducida velocidad, de manera que se origina una larga fila de vehículos, no es *per se* una conducta subsumible en este tipo de delito.

En la modalidad de inutilización de señales de tráfico (que materialmente consiste en un

delito de daños), no es suficiente cualquier mutación, sustracción o anulación de la señalización, sino que igualmente ha de generarse un grave peligro para la circulación.

Ejemplo: no entra dentro del ámbito del tipo desdibujar una *d* a la palabra Madrid en una señal de tráfico; sí es delictiva, en cambio, derribar una señal de *stop* en un cruce, de manera que se propicien accidentes de tráfico.

La penalidad para este delito es la de prisión de 6 meses a 2 años o, alternativamente, la de multa de 12 a 24 meses a la que además se añade (y aquí reside la novedad de 2007) la de trabajos en beneficio de la comunidad de 10 a 40 días.

Las modalidades de conductas incluíbles en el delito del artículo 385 pueden generar conflictos concursales con otras figuras de delito.

Ejemplos: Vaciar una lata de aceite sobre la calzada cuando nos sigue un motorista a escasos metros o tirar un objeto contundente (*v. gr.*: una piedra) desde un puente en un momento en que pasa un vehículo por la carretera son acciones perfectamente subsumibles en el tipo de homicidio o de asesinato; o —como se ha dicho— la destrucción de una señal podría ser considerada un delito de daño en propiedad ajena consistente en un bien de dominio o uso público o comunal (art. 264.4).

No deja de ser llamativo, sin embargo, que algunas de las conductas subsumibles en otras figuras de delito (*v. gr.*: el mencionado delito de daños) sean sancionadas con mayor pena que la prevista en el presente delito, donde además del daño se crea un grave riesgo para la circulación. Ello es indicativo de la muy deficiente configuración de esta figura de delito.

Ejemplo: el delito de daño en un bien de dominio o uso público o comunal (art. 264.4) lleva aparejada una doble pena de prisión de uno a 3 años más multa de 12 a 24 meses, sensiblemente mayor que la que se prevé en el artículo 385 (prisión de 6 meses a 2 años o, alternativamente, la de multa de 12 a 24 meses, además de la de trabajos en beneficio de la comunidad de 10 a 40 días). Ello es completamente disparatado y da lugar a un tratamiento injusto: si se borra la *a* final de la palabra *Sevilla* en una señal de tráfico el autor será condenado a cárcel y a multa por un delito

de daños; en cambio, si derriba la señal de stop, creando con ello un grave riesgo para la circulación es posible que solo sea sancionado a multa y trabajos en beneficio de la comunidad.

Disposiciones comunes (art. 385 bis y ter)

El artículo 385 bis y ter, refundidos y reformulados por la LO 5/2010, contiene dos disposiciones comunes:

- Conforme a la primera, «el vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en este Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128» (art. 385 bis).

- De acuerdo con la segunda, «en los delitos previstos en los artículos 379, 383, 384 y 385, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, podrá rebajar en un grado la pena de prisión en atención a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho» (art. 385 ter). Esta segunda disposición evidencia que el mismo legislador es consciente que las penas impuestas en cada figura de delito pueden resultar excesivas o desproporcionadas al no crear un riesgo de suficiente entidad, pues de lo contrario no tendría sentido esta disposición disminuidora de la pena. La solución no es, empero, satisfactoria. Si, con carácter general, se prevén para ciertos delitos unas penas que, en función de su injusto, pueden resultar excesivas la solución no pasa por arbitrar un sistema, como el presente, de rebaja y saldo final, sino en derogar de raíz los preceptos que puedan ocasionar dicha injusticia.

El moderno derecho penal de la seguridad vial: valoración político-criminal de conjunto

Al exponer cada figura de delito hemos podido comprobar que la nueva regulación de los delitos contra la seguridad vial es altamente deficitaria, y se halla plagada de errores y de incoherencias. En una valoración de conjunto podemos concluir que: (1) la nueva regulación responde al patrón del llamado derecho penal del enemigo; (2)

se trata, en todo caso, de un derecho penal del enemigo incorrectamente aplicado.

Un nuevo capítulo de derecho penal del enemigo: el conductor como enemigo y el vehículo como arma

El derecho penal del enemigo es un derecho de especial peligrosidad que combate a sujetos más asegurativamente en tanto constituyen focos de especial peligro. Al sujeto no se le trata, respetando toda su personalidad (todos sus derechos) como persona en derecho, sino como enemigo: heteroadministrando parte de sus derechos ante su incapacidad para gestionarlos correctamente. El nuevo derecho penal de la seguridad vial responde a ese patrón. Conforme a ello, el conductor no es visto como alguien que origina confianza de respeto a los derechos de los demás (ante todo, de respeto a la seguridad vial, así como de respeto a la vida e integridad física de los demás) sino lo contrario: como alguien que inspira desconfianza o recelo. La interacción entre conductor y vehículo a motor o ciclomotor (esto es, entre gestor del riesgo y objeto peligroso) es vista por el legislador como un foco de peligro que hay que combatir normativamente con especiales medidas de aseguramiento: ello hace que el conductor sea visto como enemigo y el vehículo como arma que desestabiliza las bases de la sociedad e impide que los demás ciudadanos puedan confiar normalmente en esa interacción sujeto-objeto peligroso.

En circunstancias normales el ciudadano es considerado un gestor privado de riesgos colectivos. Una vez que demuestra habilidad o aptitud para gestionar un riesgo (*v. gr.* al obtener el carné de conducir), el ordenamiento jurídico le permite que gestione personalmente el riesgo público en cuestión. Pero en el ámbito de la conducción, si el conductor defrauda sus expectativas sociales (esto es, traiciona la confianza que la sociedad depositó en él al considerarle apto para gestionar el riesgo de la conducción), entonces se desencadena un mecanismo de especial asegura-

miento (derecho penal del enemigo), mediante el cual se le heteroadministra ese derecho (se le retira el carné de conducir) y se le combate de manera proporcional al riesgo que ha creado en la conducción. En definitiva, el conductor, o mejor: binomio conductor/vehículo no es visto como un alguien que cumple naturalmente un mínimo deber de civilidad sino como un foco de peligro (*es un peligro al volante: enemigo*) para la seguridad vial que hay que tratar con especial escrupulosidad jurídica: concretamente, mediante la heteroadministración de (algunos de) los bienes o derechos del sujeto, entre ellos:

a. Libertad, en tanto se prevén contundentes penas de prisión (¡en algún tipo penal más elevadas incluso que la pena del homicidio imprudente!).

b. Salud o integridad física, en tanto se prevén penas de trabajos en beneficio de la comunidad.

c. Otras manifestaciones de la libertad: privación del carné o licencia de conducir, que puede durar largos años o incluso llegar a ser definitiva.

d. Patrimonio, mediante la imposición de substanciosas penas de multa o incluso mediante el comiso del vehículo a motor que es tratado como arma peligrosa o como instrumento del delito.

En resumen, se produce una invasión contundente en la personalidad del sujeto, que determina una heteroadministración coactiva de determinados bienes de la personalidad del conductor, afectándose algunos de sus bienes más preciados. La clave de esta heteroadministración reside —según el propio reformador de 2007— en la creación de «violencia vial e inseguridad normativa» por parte del conductor: en el Preámbulo de la LO 15/2007 se afirma que el «contenido básico de la ley persigue incrementar el control sobre el riesgo tolerable», estimándose la conducción a velocidad excesiva, la conducción temeraria o la ingesta de alcohol como «fuentes de pe-

ligro», a efectos de evitar que: «determinadas conductas calificadas como de violencia vial puedan quedar impunes».

De esa manera, el conocido lema publicitario *si bebes, no conduzcas* (o *si te drogas, no conduzcas*) es elevado aquí a categoría de norma cuya infracción da lugar a la responsabilidad más contundente que existe en el Estado: la responsabilidad por delito. Y el motivo de dicha punición (contundente, por demás) es claro: si se mantuvieran impunes estas conductas de violencia vial se perturbaría de tal modo el normal desarrollo de la vida por parte de los demás ciudadanos (resto de conductores, viandantes) que prácticamente se les imposibilitaría ejercer con un mínimo de normalidad su vida social, paralizándose el desarrollo del mundo. Precisamente para evitar esa paralización, se combaten a los causantes de esa violencia vial de manera especialmente contundente (como enemigos), para asegurar la mínima seguridad que requieren los ciudadanos para poder desarrollar su vida social.

Todo se ello se hace mediante la técnica de la elevación de la desobediencia de normas administrativas a rango de delito, como se ve muy claramente en el delito de conducción sin licencia válida (art. 384) o en el delito de conducción a velocidad excesiva (art. 379). Con ello, tiene lugar una invasión del derecho penal por el derecho administrativo, rellenando los tipos penales de conductas sin entidad suficiente, donde no se valora la peligrosidad originada y constatada sino la ausencia de una licencia administrativa habilitadora para la conducción.

Crítica: un derecho penal del enemigo indiscriminado y mal aplicado

El derecho penal del enemigo se ha de aplicar de manera muy excepcional, frente a aquellos sujetos (terroristas, agresor familiar, delincuente sexual) que realmente representen un alarmante foco de peligro. En esos (pocos) casos, la única posibilidad para mantener el Estado de derecho y proteger los derechos

fundamentales de los ciudadanos es aplicar mensuradamente el derecho penal del enemigo a los focos de peligro (enemigo) que se enfrentan al Estado de derecho. Sin embargo, el legislador penal ha configurado, en esta materia, un derecho penal del enemigo indiscriminado y mal aplicado, que trata el conductor como enemigo solo por el hecho de ir al volante, pero sin comprobar muchas veces la realidad del peligro supuestamente creado por él.

Ejemplos: ello se ve muy claramente en el artículo 384, donde se trata del mismo modo al sujeto que conduce después de demostrar incompetencia, temeridad y peligro al volante (razón por la cual le quitaron todos los puntos del carné o le imposibilitaron judicialmente ejercer el derecho de conducción del vehículo a motor) que al que lo hace de manera impecablemente respetuosa de las reglas del tráfico, solo que omitió el deber administrativo de obtener la licencia que le habilita para conducir. La inobservancia del deber administrativo no solo se eleva a delito, sino que se recorta contundentemente al sujeto de algunos de sus derechos fundamentales, anticipando una actuación penal y suponiendo un peligro no real, sino meramente hipotético (supuesto), que se imputa contra el sujeto.

Otro ejemplo es el delito de negativa a someterse al control de alcoholemia o drogadicción: quien conduce en perfectas condiciones, sin haber ingerido alcohol ni sustancia prohibida, y —por las razones que sea— se niega a someterse al control correspondiente, desde luego su negativa no crea un peligro real para la seguridad vial, sino que ese peligro es ficticio e inexistente, aunque el legislador lo da por supuesto, castigando al conductor como si lo hubiera realmente creado (esto es, como foco de peligro: enemigo).

Con ello, se trata como enemigos a sujetos que no lo merecen (esto es, se crean legislativamente más enemigos de los que realmente hay), y se hace pasar por violencia vial una conducta que, en verdad, no genera ninguna violencia real (¿qué peligro real origina, para la seguridad vial, quien conduce prudentemente aunque carezca de carné de conducir?, ¿por qué razón se le retira el carné de conducir y el vehículo (comiso) como si fueran un enemigo en la conducción y un arma

de una agresión vial si el sujeto cumplió, durante la conducción, todas las normas del tráfico?, ¿por qué al conductor prudente que se niega a someterse a pruebas de alcoholemia ha de privársele del carné de conducir, como si fuera un peligro al volante?). Si se aplicara correctamente el derecho penal del enemigo en sentido funcionalista (Jakobs; al respecto, con referencias: Polaino-Orts) se evitaría esa regulación indiscriminada y antigarantista, pues —como requisito habilitante

para poder aplicar una medida contundente de derecho penal del enemigo— se exigiría necesariamente la comprobación previa de la realidad del peligro, con lo que se impediría definitivamente la aplicación de estas normas a sujetos que no crean violencia vial. En otras palabras, el correcto derecho penal del enemigo exige que se pruebe el grave peligro y no, como hace el legislador, que se dé por supuesto, haciendo pasar peligro ficticio por peligro real.

Consideraciones para autores

Instrucciones para los autores

1. La revista CAP Jurídica Central es una publicación del Colegio de Abogados de Pichincha y de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas. 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 Políticas y Sociales 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, revistacapjuridica@gmail.com o a la dirección del Colegio de Abogados de Pichincha: Vicente Piedrahíta N15-134 (e4-62) y Av. Seis 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, éstas se deberán entregar numeradas.

- Las colaboraciones a la revista CAP Jurídica Central pueden ser: artículos de investigación, de reflexión, comunicacio-

nes en congresos, reseñas de libros, entre otros, con primacía de contenido científico-académico y deberán contener como mínimo quince páginas y máximo treinta. 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 de pares 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 veintidós días hábiles para evaluar y enviar sus observaciones con respecto al artículo, las cuales podrán incluir: (a) si aceptan, rechazan o sugieren revisiones previas a su publicación; (b) comentarios para el autor —indicando, en su caso, puntos a reconsiderar, explicar o modificar—, y (c) 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 au-

tor 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 —por ejemplo, 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 —por ejemplo, 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 los revisores externos

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:

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 <https://www.publicacionesjurisprudenciauce.com.ec>

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.

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.

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.

MODALIDAD DE ARBITRAJE. Los artículos emitidos por los autores son enviados a los pares revisores externos, bajo el sistema de *blind peer review* (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 artículos evalúan y emiten un dictamen sobre la viabilidad de la publicación. Previamente, se somete a los artículos originales recibidos al sistema antiplagio Urkund.

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.

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. La instancia final responsable de la edición es la coordinadora científica de la revista.

Código de conducta y mejores prácticas para editores

Antecedentes/estructura

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). 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. 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;
- 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; y*
- *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); e,

- *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); y
- 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); y
- 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 el 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 in-

investigación o de las interacciones profesionales (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; y
- 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 Pub-Med 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; y

- 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 procurará 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:

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.

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.

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.

Creación y entrega del informe

Cuando el proceso finaliza, se genera una visión general del análisis y se entrega al usuario (par ciego). Los resultados del análisis se presentan en un informe comprensible para que el usuario 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.

Estilo de citación

Esta revista debe citarse así:

CAP JURÍDICA CENTRAL (7), Quito: Colegio de Abogados de Pichincha y Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, julio-diciembre de 2020.



Esta revista se terminó de diseñar para su versión digital en Editorial Universitaria en el mes de diciembre de 2020 siendo rector de la Universidad Central del Ecuador el Dr. Fernando Sempértegui Ontaneda y director de Editorial Universitaria el Prof. Gustavo Pazmiño.



 DITORIAL
UNIVERSITARIA

