

DOCTOR GUSTAVO BUENDIA
Profesor de Derecho Penal de la Universidad Central

Supuesta Inconstitucionalidad del Art. 68 del Código Penal



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 68 DEL CODIGO PENAL

**(Respuesta a la Consulta formulada por la Honorable Co-
misión Legislativa)**

Quito, a 30 de marzo de 1953.

Señor doctor Don Gustavo Buendía,
Profesor de Código Penal de la Universidad Central,
Ciudad.

Muy distinguido doctor:

La Comisión Legislativa que me honro en presidir se halla al terminar la codificación del Código Penal, y habiéndose suscitado discusión acerca de si la vigente Carta Fundamental ha derogado o no el Art. 68 de dicho Código, acordó, antes de adoptar ninguna resolución, oír su ilustrado criterio de jurisconsulto y Profesor de Código Penal de la Universidad Central, sobre el particular.

Las disposiciones constitucionales que ha tomado en cuenta la Comisión durante los debates, son las contenidas en los Arts. 187, numeral 3º; 189, inciso 1º y 195.

La valiosa opinión que se sirva darnos, sabrá estimar en lo que vale la Comisión, que, por mi medio, se anticipa en agradecerle.

Aprovecho la oportunidad para saludarle y suscribirme amigo y servidor,

**Dr. J. A. Troya Cevallos,
Presidente.**

Señor

Presidente de la Honorable Comisión Legislativa,
Presente.

En contestación a su atenta nota N° 45 de 30 de Marzo del año en curso, por la cual me hace saber que la H. Comisión Legislativa ha acordado oír mi opinión como jurísculto y Profesor de Código Penal de la Universidad Central "acerca de si la vigente Carta Fundamental ha derogado o no el Art. 68 de dicho Código", agregando que en la discusión se han tomado en cuenta las disposiciones constitucionales contenidas en los Arts. 187 numeral 3º, 189 inciso 1º y 195, cúmpleme expresar mi opinión en los siguientes términos:

Se trata de un caso de interpretación de la Ley Penal, en conflicto con la Constitución de la República. Si este conflicto fuese real, bastaría la mera oposición para definirse en el sentido de la prevalencia del precepto constitucional contenido en el numeral 3º del Art. 187 de la Carta Fundamental, ya que ésta es la norma suprema de la República, debiendo entenderse derogados todos los preceptos que se opusieren a ella o se apartaren de su texto.

Y entonces se concluiría que, por lo mismo que la Constitución establece que no hay prisión por deudas, llámense costas, honorarios, impuestos, multas o con cualquier otro nombre, tampoco hay prisión por las multas impuestas por las infracciones, ya que dichas multas vendrían a ser, en definitiva, deudas que debe pagar la persona condenada en ellas; esto es, que estaría derogado el Art. 68 del Código Penal.

El conflicto proviene, pues, por el empleo de la palabra "multas" incorporada en el texto constitucional, porque en último término éstas vienen a constituir una deuda de la persona condenada a pagar una multa en favor del Fisco o del Municipio, según que la multa haya sido impuesta por delito o por contravención.

Si para esta interpretación nos guíáramos por el sentido general de las palabras, tendríamos, en realidad, que dar la razón a los que opinan que el Art. 68 del Código Penal está derogado, sin que nos sea facultativo, siquiera, investigar el pensamiento del legislador, ya que conforme a las reglas 1º y 2º del Art. 18 del Código Civil, que son reglas de

interpretación universal, cuando el tenor de la Ley es claro, no se debe desatender dicho tenor a pretexto de consultar su espíritu, y que las palabras de la ley se deben entender en su sentido natural y obvio.

La consecuencia inmediata de aceptarse este criterio sería que gran número de contravenciones y aún de delitos que están castigados tan sólo con multa, quedarían en la impunidad, por lo mismo que la generalidad de los infractores son insolventes.

La gravedad del problema se comprende, pues, por este funesto efecto. Pero, los partidarios de la derogación del Art. 68 del Código Penal replicarían, con los mismos principios de la interpretación de la Ley que contiene el Código Civil, que lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación y que la extensión que deba darse a una Ley se debe determinar por su genuino sentido. Por tanto, dirían, el hecho de que buen número de infracciones sean castigadas únicamente con multa, y de que la gran mayoría de delincuentes sea insolvente, no es una razón atendible para restringir el sentido de la garantía constitucional consignada en el numeral 3º del Art. 187. La Constitución de 1.946 no dejaría resquicio y prevalecería la disposición constitucional.

La Constitución de 1.945 evitaba, por lo menos en parte, este conflicto y dejaba una explicación cuando decía: "El Estado garantiza la libertad y seguridad personales. No hay prisión por deudas, costas, ^{DEBEN} honorarios, impuestos, multas, ni, en general, **por obligaciones de carácter civil**". (Nº 4º del Art. 141).

Todavía mucho más previsiva fue la Constitución de 1.929 que dice: "La Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador, principalmente los siguientes derechos: . . . 4º, La Libertad y seguridad personales. Prohibese el reclutamiento que no se haga de acuerdo con las leyes militares, así como la prisión por deudas **provenientes de obligaciones MERAMENTE CIVILES**". (Art. 151).

El Legislador de 1929 ya sospechó la excesiva amplitud que se podía dar a la palabra "deudas", incluyendo en ella a las multas impuestas en condenas penales y por eso se refirió a las deudas provenientes de obligaciones meramente civiles, no teniendo dicho adverbio más explicación que la de restringir la abolición a sólo las deudas provenientes de obligaciones civiles, esto es que no tienen un origen o proce-

dencia penal, con lo cual, en el criterio de aquel legislador, probablemente quedó hecha la distinción entre obligaciones meramente civiles y obligaciones penales. Pero hay que confesar que la distinción no se hizo en forma expresa, provocando, necesariamente, la discusión.

Y por eso se insiste en que la obligación civil se diferencia de la penal en que la primera recae tan sólo sobre bienes patrimoniales, mientras que la obligación penal constituye la privación de algún derecho esencial de la personalidad humana. Esto es, que la obligación civil es una deuda y que, confundiéndose e identificándose con la multa dentro de esta categoría de deuda, es evidente —dice— que no puede ser sustituída por la prisión, que está abolida en la Carta Fundamental.

Por la serie de objeciones que sucesivamente hemos expuesto, y que se las oye por doquier, se puede ver que estamos tan compenetrados en nuestro pensamiento jurídico con las reglas de interpretación del Derecho Civil, que casi es imposible rebatir la tesis de la derogación del Art. 68 del Código Penal, manteniendo la discusión en el plano de los principios generales del Derecho Civil. Debemos salir de ese campo e invitar a los debatientes a opinar en el plano propio en que se mueve el Derecho Penal, atendiendo más al examen de la naturaleza de las instituciones que a la interpretación gramatical de las palabras; al estudio de la doctrina penal más que al texto de las disposiciones legales. En materia penal, esto es lo fundamental. Ciento que se podría objetar que en esta materia hay que atenerse "estrictamente" a la letra de la ley ya que está prohibida la interpretación extensiva o analógica. Pero esta prohibición tiene un radio muy limitado. Es en lo relativo a la **tipicidad**, y es una prohibición que se refiere al Juez para impedirle la creación de figuras delictivas que no constaren en el texto de la ley penal, prohibición sin la cual se echaría por tierra el principio básico del Derecho Penal: "nullum crimen sine lege". Mas, apartando nuestra consideración de este aspecto taxativo, en todo lo demás no podemos impedir la interpretación doctrinaria que es la valedera, en especial cuando se trata de dirimir un conflicto de leyes. Es allí en donde debe prevalecer el vuelo de la inteligencia, por la interpretación doctrinaria que

desdeña, hasta cierto punto, el texto legal, para colocar las cuestiones en el terreno más lógico: el **institucional**.

Una exposición sobre la teoría general de las penas, de su fundamento, una explicación del "jus puniendi" y de la naturaleza y sistematización de las penas sería interesante y nos haría ver cómo la multa, por más que sea la obligación de pagar una cantidad de dinero, es una pena, es una sanción penal, y no una deuda.

La pena es la medida de la reacción social contra el delito. El delito es una ofensa contra el Estado que directa o indirectamente sufre el daño social que ocasiona el delito; es, directa o indirectamente, una alteración del orden público, y la pena, es la única manera de desagraviar a la sociedad, de restablecer el orden y de devolver la tranquilidad social turbada por el delito. Si esto es así, la multa debe cumplirse y la insolvencia del deudor, al provocar la imposibilidad de cumplirla, no exime al penado de la pena, sino que impone otra forma para su cumplimiento, como es: satisfacción de la multa por cuotas, devengarla en trabajo, o en días de prisión, etc., que son formas sustitutivas.

Basta con decir, pues, que la Constitución de la República, al referirse a las multas y equipararlas a una deuda, constriñó la palabra multa a las que provenían de estipulaciones o contratos, como se estila generalmente para el incumplimiento de las obligaciones, ya de dar o de hacer, a manera de cláusula penal, en los contratos civiles, o a las multas impuestas por los superiores a los subalternos, llamadas no sanciones penales propiamente dichas, sino meramente disciplinarias, o a aquellas que provienen del incumplimiento en el pago de impuestos, contribuciones, etc., pero no a las multas que impone la Ley Penal como sanción de delitos o contravenciones que, no por recaer en dinero, se pueden llamar deudas u obligaciones civiles.

La historia de la abolición de la prisión por deudas en el Ecuador se remonta al año de 1.921, con la reformatoria que se hizo al Código -de Enjuiciamiento Civil del año de 1.918, y ella nos da una idea clara y segura de que el legislador ecuatoriano en todo momento quiso envolver en el concepto de "deudas" toda clase de obligaciones civiles, excepto las multas provenientes de delitos; tanto es así que, desde entonces —1.921— al abolir la prisión por deudas, se refiere a las provenientes de contratos civiles y mercantiles, y expresamente mantiene la prisión si la deuda proviene de

depósito judicial, de estelionato, de occultación de bienes, etc., es decir que tuvo buen cuidado de excluir todas aquellas deudas que enunciaba la disposición del Código de Enjuiciamiento Civil reformada, manteniendo la misma disposición (es decir manteniendo la prisión) para todos los demás casos que implicaban deudas de orden penal.

Y el pensamiento del legislador ecuatoriano ha seguido inalterable, como se ha demostrado por el estudio de las Constituciones expedidas en el tiempo intermedio. Siempre quiso abolir la prisión por deudas, pero únicamente por "deudas", dando a éstas y a la palabra "multas" el alcance de obligaciones civiles o provenientes de éstas. Pero nunca comprendió en la abolición a las penas, ni fué ésa su intención.

Este mismo es el pensamiento de algunos penalistas, así como de la mayoría, casi la totalidad, de las legislaciones que hemos consultado respecto de este punto particular. Ningún penalista llama a la multa deuda ni obligación civil. Ninguna legislación incluye la obligación de pagar una multa entre las obligaciones civiles.

Claro, del delito nacen obligaciones penales y obligaciones civiles pero entre estas últimas no están sino la reparación del daño causado por el delito y la indemnización de perjuicios. La multa, no. La confusión proviene, justamente, de que se ha identificado a la multa como obligación civil por el hecho de recaer sobre dinero, es decir, porque constituye una merma del patrimonio, y todo lo que versa acerca de la propiedad se cree que es obligación civil o deuda. Siendo esto inexacto en lo que al Derecho Penal se refiere.

Especialmente en los delitos contra la propiedad y en las infracciones culposas la multa está tomando un gran auge en el mundo y está quitando el campo a las penas privativas de la libertad porque tiende a prevenir la codicia y los efectos de la negligencia o del descuido. No soy de los que participan de la idea de que la agravación de las penas produce la disminución de la delincuencia, pero tampoco debemos desconocer el valor preventivo de la pena.

Si bien contra la multa se ha levantado el clamor de los pobres, diciendo que es una sanción no contra el delito, sino contra la pobreza, hemos de convenir en que el daño que produce a la generalidad de las gentes es menor que el de privación de la libertad. Hay también casos, y muy frecuentes, en los que personas de posibilidades aparentan po-

breza para eludir el pago de la multa, prefiriendo la prisión, facultad de la que se ha abusado inclusive por la circunstancia de que nuestro Código, al referirse a los insolventes no exige que la insolvencia sea declarada por el Juez, previo conocimiento de causa, sino que se atiene a la situación que aparece de hecho al momento del juzgamiento, a ese estado notorio de falta de bienes del condenado y a su propia declaración. De tal modo que si se acepta ésta, sin la prisión, la impunidad frente a la Ley y la burla frente al Juez serían evidentes. Estas reflexiones quizás sean impertinentes porque la H. Comisión no está legislando. Si se pretendiera legislar, sería otro el rumbo de nuestras observaciones. Lo que se trata de saber es otra cosa: el estado actual de la Legislación en esta materia, y si, bajo un régimen de abolición de la prisión por deudas, cabe mantener la institución de la prisión sustitutiva que el Art. 68 del Código Penal consagra para los insolventes.

Y al respecto, respaldando mi criterio en el de autorizados penalistas a cuyo parecer me refiero, creo que la prisión con que se sustituye la pena de multa según el Art. 68 del Código Penal, no está abolida, y que dicho Art. 68 está vigente.

Sebastián Soler en su "Tratado de Derecho Penal Argentino" (Editorial La Ley —1.945—, Tomo II, págs. 371-392), corrobora estos mismos conceptos en su capítulo sobre el fundamento y fin de la pena, y analiza la naturaleza de la sanción penal.

El mismo autor, en la obra ya citada, Tomo II, parágrafo 67, desenvuelve la misma opinión al tratar de la pena de multa, y al estudiar el concepto, la importancia y caracteres de la multa y la fijación de la multa, como sanción penal y como multa administrativa (páginas 437-442).

Eusebio Gómez, en su "Tratado de Derecho Penal" (Edición de la Compañía Argentina de Editores.—1.939—, Tomo I, VI parte: De las Sanciones), trata de la pena de multa frente a la insolvencia del condenado, declarándose partidario de la sustitución con otras penas en caso de insolvencia del que debe pagarla.

Cuello Calón en su obra "Derecho Penal" (Editorial Dosch, Barcelona —1.937—, Tomo I, Parte General, Capítulo LIV), estudia las penas pecuniarias, y concretamente, el problema de la multa en caso de falta de pago por la insolvencia del penado, llegando a iguales conclusiones.

Sería muy interesante transcribir algunos párrafos de estos autores, pero nos abstendremos de hacerlo en gracia a la brevedad.

Debemos observar que el pensamiento de los citados penalistas refleja, seguramente, el estado constitucional de la abolición de la prisión por deudas, porque todos, uniformemente, están de acuerdo en que la multa no es una deuda ni una obligación civil, sino una sanción penal.

De la misma manera podemos decir que la mayoría de las legislaciones penales de Iberoamérica que hemos consultado en la obra de Francisco Carsis: "Los Códigos Penales Iberoamericanos" y en el "Estudio Comparativo" de Jiménez de Azúa, conserva la prisión como sustitutiva del pago de la multa, cuando ésta recae sobre persona insolvente, y lo hacen a pesar de que esos países, en sus respectivas Constituciones, han consignado la garantía de la abolición de la prisión por deudas, institución que, según, supongo es de la totalidad de los países iberoamericanos. Y sin embargo, todos los Códigos penales, en términos más o menos parecidos al de nuestro Código, traen la disposición que contempla el Código Penal Ecuatoriano en su Art. 68, y algunos de esos Códigos traen esa disposición textual y enteramente igual.

Lo antedicho es prueba inequívoca de que los Códigos Latinoamericanos han estimado que la multa no es una deuda. Al efecto, citamos las disposiciones de dichos Códigos a que nos referimos:

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Código Argentino: Arts. 21 y 22.

Código Boliviano: Art. 84.

Código Brasileño: Arts. 37, 38, 39 y 40.

Código Colombiano: Arts. 50 y 51.

Código Costarricense: Arts. 75, 76, 77 y 78.

Código de Defensa Social de Cuba: Arts. 59, letras A, B, C, D y F.

Código Chileno: Art. 49.

Código Dominicano: Arts. 52, 53, 54, y Art. 1º de la Ley de 21 de Abril de 1934.

Código Guatemalteco: Art. 46.

Código Haitiano: Art. 37.

Código Hondureño: Art. 81.

Código Mexicano: Art. 29.

Código Nicaragüense: Art. 105.

Código Paraguayo: Art. 85.

Código Peruano: Art. 21.

Código Salvadoreño: Arts. 20 inciso 2º y 78.

Código Uruguayo: Art. 84.

Por lo expuesto, es mi modesta opinión que la antinomia que se ha tratado de encontrar entre la disposición contenida en el N° 3 del Art. 187 de la Carta Fundamental vigente y el Art. 68 del Código Penal vigente, es más aparente que real y su supresión, a más de ilegal, sería una mutilación que alteraría el sistema de las penas.

La aplicación que, sin observación ni protesta alguna, respecto de la supuesta inconstitucionalidad del Art. 68 del Código Penal Ecuatoriano, viene haciéndose en todos los Tribunales y Juzgados de la República, en más de seis años de vigencia de la Constitución de 1.946, es otro síntoma de que el país ha tenido la convicción de la conformidad de la disposición penal con la Constitución vigente.

Con los debidos agradecimientos por el honor y la distinción que se ha hecho al suscrito, como jurisconsulto y Profesor de Derecho Penal, al pedirle su opinión al respecto, manifiesto que la H. Comisión Legislativa que usted tan dignamente preside puede hacer *de esta* contestación el uso que a bien tuviere.

Del señor Presidente, muy atentamente,

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN HISTÓRICA

Dr. GUSTAVO BUENDIA

NOTA: El presente trabajo fue acogido por la Comisión Legislativa y el artículo 68 del Código Penal subsiste en la nueva codificación.